



**Canada
Supreme Court
Reports**

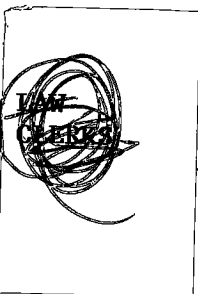
**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2002 Vol. 3

1^{er} cahier, 2002 Vol. 3

as [2002] 3 S.C.R. 3-207

Renvoi [2002] 3 R.C.S. 3-207



Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	NICOLA SUTTON
CHANTAL DEMERS	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
ANDRES GARIN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	
SALLY GRIFFIN	JACQUELINE STENCEL	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
PAULINE MCTAVISH	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Babcock v. Canada (Attorney General).....3

Evidence — Disclosure of government information — Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council — Government claiming in litigation with staff lawyers that certain documents were Cabinet confidences and consequently exempt from disclosure under s. 39 of Canada Evidence Act — Processes by which Cabinet confidentiality may be claimed and relinquished — Requirements for valid certification — Whether by releasing some documents Crown has waived its right to invoke s. 39 over other documents — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.

Constitutional law — Validity of legislation — Legislation exempting Cabinet confidences from disclosure — Whether legislation unconstitutional by reason of unwritten principles of Canadian Constitution — Whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39 — Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.

CIBC Mortgage Corp. v. Vasquez168

Hypothecs — Exercise of hypothecary rights — Taking in payment — Need for hypothecary creditor to obtain authorization from court before taking property in payment where debtor has already discharged one-half or more of obligation secured by hypothec — Whether expression "obligation secured by the hypothec" in art. 2778 C.C.Q. refers to capital and interest on capital.

R. v. Shearing.....33

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Leader of a cult charged with sexual offences relating to multiple complainants — Two complainants not members of accused's cult but resident with accused — Remaining complainants disciples of accused — Whether evidence of each count of sexual misconduct was admissible as similar fact evidence of all other charges.

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Sexual offences — Diary — Trial judge permitting cross-examination of one complainant with respect to specific entries in her diary arguably inconsistent with her testimony at trial but not with respect to absence of any references to abuse in diary — Whether cross-examination on absence of reference to abuse should have been allowed.

Somersall v. Friedman.....109

Insurance — Automobile insurance — Underinsured driver coverage — Subrogation — Limits agreement between insured and underinsured tortfeasor made without notice to insurer — Agreement providing that tortfeasor would admit

Continued on next page

SOMMAIRE

Babcock c. Canada (Procureur général).....3

Preuve — Divulgence de renseignements du gouvernement — Opposition à la production de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine — Prétention du gouvernement, dans un litige l'opposant à des avocats à son emploi, que certains documents étaient des renseignements confidentiels du Cabinet et pouvaient donc être exemptés de divulgation en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Mécanismes par lesquels le Cabinet peut invoquer la confidentialité de renseignements ou y renoncer — Conditions d'une attestation valide — En divulguant certains documents, la Couronne a-t-elle renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 à l'égard d'autres documents? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Droit constitutionnel — Validité de la loi — Loi exemptant de divulgation les renseignements confidentiels du Cabinet — La loi est-elle inconstitutionnelle par application des principes non écrits de la Constitution canadienne? — La décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39 — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.

CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez168

Hypothèques — Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Nécessité pour le créancier hypothécaire d'obtenir l'autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement lorsque le débiteur a déjà acquitté la moitié ou plus de l'obligation garantie par hypothèque — L'expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l'art. 2778 C.c.Q. vise-t-elle le capital et les intérêts qu'il produit?

R. c. Shearing.....33

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Chef d'une secte accusé d'infractions d'ordre sexuel contre plusieurs plaignantes — Deux plaignantes ne sont pas membres de la secte de l'accusé mais résident avec lui — Les autres plaignantes sont des adeptes de la secte de l'accusé — La preuve produite à l'égard de chaque chef d'accusation d'inconduite sexuelle était-elle admissible à titre de preuve de faits similaires relativement à toutes les autres accusations?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Infractions d'ordre sexuel — Journal intime — Juge du procès autorisant le contre-interrogatoire de l'une des plaignantes sur certaines inscriptions contenues dans son journal intime qui contrediraient son témoignage au procès, mais non sur l'absence de mention de sévices dans ce

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

to fault at trial and that insured would not pursue damages beyond limits of tortfeasor's insurance — Insurer denying insurer's claim for damages over and above tortfeasor's coverage limit — Whether limits agreement justifying denial of claim.

SOMMAIRE (Fin)

journal — Y avait-il lieu d'autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention de sévices?

Somersall c. Friedman.....109

Assurance — Assurance automobile — Garantie sous-assurance des tiers — Subrogation — Convention de limitation entre l'assuré et l'auteur du délit sous assuré conclue à l'insu de l'assureur — Convention prévoyant que l'auteur du délit s'avouerait responsable au procès et que l'assuré ne ferait valoir contre lui aucune demande de dommages-intérêts excédant sa garantie d'assurance — Rejet par l'assureur de la demande d'indemnité de l'assuré pour les dommages excédant la garantie d'assurance de l'auteur du délit — La convention de limitation justifiait-elle le rejet de la demande d'indemnité?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2002

3^e volume, 2002

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada and in his capacity as Minister of Justice, the Treasury Board of Canada and the Deputy Minister of Justice *Appellants*

v.

Patricia Babcock, Linda Bell, Victoria Bryan, Lynn Burch, Karl Burdak, George Carruthers, Gordon Carscadden, Margaret E.T. Clare, Timothy W. Clarke, Moyra Dhaliwal, Mary Jane Dodge, Jonas Dubas, S. David Frankel, Greg D. Franklin, Valerie Hartney, Bruce Hilchey, John Kennedy, Digby Kier, Daniel L. Kiselbach, Ingeborg E. Lloyd, Josephine Loncaric, John Loo, William Mah, Ian McKinnon, Robert Moen, Nancy Oster, Michael Owens, Brent Paris, Darlene Patrick, Paul Pelletier, David Prest, Brian Purdy, Christopher Randall, Brian Sedgwick, Karen Shirley, Pamela Lindsay Smith, Tim Stokes, Cory Stolte, Josée Tremblay, Karen A. Truscott, Max Weder, Harry Wruck and Wendy Yoshida *Respondents*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Information Commissioner of Canada and the British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

and between

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada and in his capacity as Minister of Justice, the Treasury Board of Canada and the Deputy Minister of Justice *Appellants*

v.

Rosemary Lutter and Emily Reid *Respondents*

Le procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et en sa qualité de ministre de la Justice, le Conseil du Trésor du Canada et le sous-ministre de la Justice *Appelants*

c.

Patricia Babcock, Linda Bell, Victoria Bryan, Lynn Burch, Karl Burdak, George Carruthers, Gordon Carscadden, Margaret E.T. Clare, Timothy W. Clarke, Moyra Dhaliwal, Mary Jane Dodge, Jonas Dubas, S. David Frankel, Greg D. Franklin, Valerie Hartney, Bruce Hilchey, John Kennedy, Digby Kier, Daniel L. Kiselbach, Ingeborg E. Lloyd, Josephine Loncaric, John Loo, William Mah, Ian McKinnon, Robert Moen, Nancy Oster, Michael Owens, Brent Paris, Darlene Patrick, Paul Pelletier, David Prest, Brian Purdy, Christopher Randall, Brian Sedgwick, Karen Shirley, Pamela Lindsay Smith, Tim Stokes, Cory Stolte, Josée Tremblay, Karen A. Truscott, Max Weder, Harry Wruck et Wendy Yoshida *Intimés*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Commissaire à l'information du Canada et la British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

et entre

Le procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et en sa qualité de ministre de la Justice, le Conseil du Trésor du Canada et le sous-ministre de la Justice *Appelants*

c.

Rosemary Lutter et Emily Reid *Intimées*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Information Commissioner of Canada and the British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: BABCOCK v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 57.

File No.: 28091.

2002: February 20; 2002: July 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Evidence — Disclosure of government information — Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council — Government claiming in litigation with staff lawyers that certain documents were Cabinet confidences and consequently exempt from disclosure under s. 39 of Canada Evidence Act — Processes by which Cabinet confidentiality may be claimed and relinquished — Requirements for valid certification — Whether by releasing some documents Crown has waived its right to invoke s. 39 over other documents — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.

Constitutional law — Validity of legislation — Legislation exempting Cabinet confidences from disclosure — Whether legislation unconstitutional by reason of unwritten principles of Canadian Constitution — Whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39 — Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.

The respondents, who are staff lawyers with the federal Department of Justice in Vancouver, sued the

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Commissaire à l'information du Canada et la British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BABCOCK c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 57.

N^o du greffe : 28091.

2002 : 20 février; 2002 : 11 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Preuve — Divulgence de renseignements du gouvernement — Opposition à la production de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine — Prétention du gouvernement, dans un litige l'opposant à des avocats à son emploi, que certains documents étaient des renseignements confidentiels du Cabinet et pouvaient donc être exemptés de divulgation en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Mécanismes par lesquels le Cabinet peut invoquer la confidentialité de renseignements ou y renoncer — Conditions d'une attestation valide — En divulguant certains documents, la Couronne a-t-elle renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 à l'égard d'autres documents? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Droit constitutionnel — Validité de la loi — Loi exemptant de divulgation les renseignements confidentiels du Cabinet — La loi est-elle inconstitutionnelle par application des principes non écrits de la Constitution canadienne? — La décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39 — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.

Les intimés, des avocats à l'emploi du ministère fédéral de la Justice à Vancouver, ont poursuivi la

federal Crown for breach of contract and breach of fiduciary duty when they failed to be paid the same salary as staff lawyers in Toronto. Lists of documents were exchanged, in which the government listed a number of documents as producible. In support of a motion to have the action transferred to the Federal Court, which was dismissed, the government filed the affidavit of an officer of the Treasury Board Secretariat which set out the rationale for the pay raise for Toronto lawyers. The government later changed its position on disclosure and delivered a certificate of the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act* objecting to the disclosure of 51 documents and any examination thereon, on the ground that they contain "information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada". The certificate claimed protection for 12 government documents previously listed as producible (some of which had already been disclosed), for five documents in the control or possession of the respondents, and for 34 government documents and information previously listed as not producible. The chambers judge dismissed the respondents' application to compel production of the documents for which the government claimed protection. A majority of the Court of Appeal reversed this decision and ordered production on the ground that the government had waived its right to claim confidentiality by listing some of the documents as producible and by disclosing selective information in the affidavit.

Held: The appeal should be allowed in part. The documents certified but disclosed are no longer protected and may be used in the litigation.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Section 39 of the *Canada Evidence Act* is Canada's response to the need to provide a mechanism for the responsible exercise of the power to claim Cabinet confidentiality in the context of judicial and quasi-judicial proceedings. Certification by the Clerk of the Privy Council or by a minister of the Crown is the trigger by which information becomes protected. Before certifying information, however, the Clerk or minister must answer two questions in the affirmative: first, is it a Cabinet confidence within the meaning of ss. 39(1) and 39(2); and second,

Couronne fédérale pour rupture de contrat et manquement à son obligation fiduciaire parce qu'elle ne leur accordait pas la même rémunération qu'aux avocats internes de Toronto. Les parties ont échangé des listes de documents dans lesquelles le gouvernement a énuméré une série de documents décrits comme pouvant être produits. À l'appui d'une requête visant à faire transférer l'instance à la Cour fédérale, qui a été rejetée, le gouvernement a déposé un affidavit d'une cadre du Secrétariat du Conseil du Trésor qui explique pourquoi la rémunération des avocats de Toronto a été majorée. Plus tard, le gouvernement a modifié sa position concernant la divulgation des documents et produit une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour faire valoir son opposition à la divulgation de 51 documents et à tout interrogatoire les concernant au motif qu'ils contenaient [TRADUCTION] « des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». L'attestation invoquait l'immunité à l'égard de 12 documents du gouvernement préalablement énumérés comme des documents pouvant être produits (dont certains avaient déjà été divulgués), de cinq documents sous le contrôle des intimés ou en leur possession, ainsi que de 34 documents et renseignements préalablement décrits comme ne pouvant être produits. Le juge en chambre a rejeté la demande des intimés visant à contraindre le gouvernement à produire les documents qu'il prétendait protégés. Les juges de la Cour d'appel, à la majorité, ont infirmé cette décision et ordonné la production des documents au motif que le gouvernement avait renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité en indiquant sur sa liste que certains documents pouvaient être produits et en divulguant des renseignements sélectifs dans l'affidavit.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Les documents visés par l'attestation mais déjà divulgués ne sont plus protégés et peuvent être utilisés dans le cadre de l'instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Le Canada a édicté l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour répondre au besoin d'établir un mécanisme assurant l'exercice responsable du pouvoir d'invoquer la confidentialité des délibérations du Cabinet dans le contexte d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. C'est l'attestation du greffier du Conseil privé ou d'un ministre qui enclenche l'application de la protection à un renseignement. Le greffier ou le ministre doivent toutefois répondre par l'affirmative à deux questions avant de délivrer une attestation : Premièrement,

is it information which the government should protect taking into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality? Once certified, information gains greater protection than at common law since the absolute language contained in s. 39 goes beyond the common law approach of balancing the public interest in protecting confidentiality and disclosure on judicial review. The requirements for valid certification are as follows: (1) it must be done by the Clerk or minister; (2) it must relate to information within s. 39(2); (3) it must be done in a *bona fide* exercise of delegated power; (4) it must be done to prevent disclosure of hitherto confidential information. If there has been disclosure, s. 39 no longer applies, since its only purpose is to prevent disclosure. The only timing limits are those found in s. 39(4). The protection of s. 39 continues indefinitely unless: (1) the certificate is successfully challenged on the ground that it related to information that does not fall under s. 39; (2) the power of certification of the Clerk or minister has otherwise been improperly exercised; (3) s. 39(4) is engaged; or (4) the Clerk or minister chooses to decertify the information.

The concept of waiver in any ordinary sense of the term does not apply on the facts of this case, and this is consistent with the common law. By releasing some documents, the Crown has not waived its right to invoke s. 39 over other documents. Moreover, the language of s. 39(1) does not permit one to say that disclosure of some information removes s. 39 protection from other, non-disclosed information.

The wording of s. 39(1) leaves little scope for judicial review of a certification of Cabinet confidentiality. However, the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised still applies. The certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1), or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1). It does not follow from the fact that s. 39 makes it difficult to attack a certification that the procedure is unlawful. All bodies expressly mentioned in s. 39, not just superior courts,

s'agit-il d'un renseignement confidentiel au sens des par. 39(1) et (2)? Deuxièmement, s'agit-il de renseignements que le gouvernement doit protéger compte tenu des intérêts opposés voulant, d'une part, qu'ils soient divulgués et, d'autre part, que la confidentialité soit préservée? Une fois sa confidentialité attestée, un renseignement bénéficie d'une protection plus grande que celle offerte par la common law, puisque les termes absolus édictés à l'art. 39 vont plus loin que le critère de la common law qui consiste à déterminer, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, si l'intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué. Les conditions de validité d'une attestation sont les suivantes : (1) l'attestation émane du greffier du Conseil privé ou d'un ministre; (2) elle vise des renseignements décrits au par. 39(2); (3) elle est délivrée dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir délégué; (4) elle vise à empêcher la divulgation de renseignements demeurés jusque-là confidentiels. Si les renseignements ont déjà été divulgués, l'art. 39 ne s'y applique plus, car son seul but est d'en empêcher la divulgation. Quant au délai, les seules limites sont celles fixées au par. 39(4). La protection offerte par l'art. 39 continue de s'appliquer indéfiniment, sauf si : (1) l'attestation est contestée avec succès pour le motif qu'elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l'art. 39; (2) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l'attestation de façon irrégulière; (3) le par. 39(4) s'applique; ou (4), le greffier ou le ministre décident de révoquer l'attestation délivrée à l'égard des renseignements.

Compte tenu des faits de l'espèce, la notion de renonciation dans son sens courant ne trouve pas application et cette conclusion est compatible avec la common law. En communiquant certains documents, la Couronne n'a pas renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 relativement à d'autres documents. Le libellé du par. 39(1) ne permet pas d'affirmer que la divulgation de certains renseignements empêche d'autres renseignements non divulgués de bénéficier de la protection de l'art. 39.

Le libellé du paragraphe 39(1) limite beaucoup la portée du contrôle judiciaire d'une attestation de confidentialité d'un renseignement du Cabinet. Toutefois, il n'écarte pas le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière. Il est possible de contester l'attestation délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l'égard desquels l'immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu'il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère. Le fait que l'art. 39 rende difficile la

are competent to inquire into the validity of s. 39 claims for protection.

The s. 39 certification does not apply to the documents already disclosed, nor does it apply to the five documents that were in the respondents' possession or control. Section 39 cannot be invoked regarding the affidavit, since the government disclosed selective information from it; therefore, the affidavit must be disclosed and the affiant may be cross-examined on its contents. As to related information, if it has been voluntarily disclosed in other documents, then s. 39 does not apply and the documents must be produced. By contrast, the government is under no obligation to disclose related information contained in documents that have been properly certified under s. 39, but runs the risk that refusal may permit the court to draw an adverse inference. The remaining documents are protected by s. 39 of the Act. These conclusions are made without prejudice to future applications in this case.

Section 39 of the Act is constitutional. The unwritten constitutional principles do not limit government actions in this case. It is well within the power of the legislature to enact laws, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government. Moreover, Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences does not impermissibly invade the core jurisdiction of the superior courts. Section 39 does not entirely exclude judicial review of the determination by the Clerk that the information is a Cabinet confidence. It does not, in and of itself, impede a court's power to remedy abuses of process.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is substantial agreement with the majority's reasons. Before certifying information as confidential under s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, however, the Clerk or minister need not take into account the "competing interests" in disclosure. The Clerk or minister must only answer two questions before certifying, namely, (1) whether the document is a Cabinet confidence; and (2) whether it is information that the government wishes to protect.

contestation de l'attestation n'emporte pas pour autant l'illégitimité de la procédure. Tous les organismes mentionnés expressément à l'art. 39, et non simplement les cours supérieures, sont habilités à examiner la validité des demandes de protection fondées sur l'art. 39.

L'attestation délivrée en vertu de l'art. 39 ne s'applique pas aux documents déjà divulgués et il ne s'applique pas non plus aux cinq documents qui étaient en la possession des intimés ou sous leur contrôle. L'article 39 ne peut être invoqué relativement à l'affidavit, puisque le gouvernement a divulgué des renseignements sélectifs inclus dans l'affidavit; celui-ci doit donc être divulgué et son auteur peut être contre-interrogé relativement à son contenu. En ce qui concerne les renseignements connexes, s'ils ont été divulgués volontairement dans d'autres documents, l'art. 39 ne s'applique pas et les documents doivent être produits. Par contre, le gouvernement n'est nullement tenu de divulguer les renseignements connexes contenus dans les documents qui ont fait à bon droit l'objet d'une attestation sous le régime de l'art. 39, mais il court le risque que son refus de les divulguer permette à la cour de tirer une inférence défavorable. Les documents restants sont protégés par l'art. 39 de la Loi. Ces conclusions n'ont aucune incidence sur les demandes qui pourraient être présentées à l'avenir dans le dossier.

L'article 39 de la Loi est constitutionnel. Les principes non écrits de la Constitution ne limitent pas les actes du gouvernement en l'espèce. La législature a entièrement compétence pour édicter des lois, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement. De plus, la décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet ne constitue pas une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures. L'article 39 n'exclut pas tout contrôle judiciaire de la décision du greffier portant que des renseignements constituent des renseignements confidentiels du Cabinet. Il n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure.

Le juge L'Heureux-Dubé : Il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs de la majorité. Toutefois, avant d'attester que des renseignements sont confidentiels en vertu du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le greffier ou le ministre ne sont pas tenus de tenir compte des « intérêts » en jeu en ce qui concerne la divulgation des renseignements. Ils doivent se poser seulement les deux questions suivantes : (1) S'agit-il de renseignements confidentiels du Cabinet? (2) S'agit-il de renseignements que le gouvernement désire protéger?

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Leeds v. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681; *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Makanjuola v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.

Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.

Ombudsman Act, R.S.B.C. 1996, c. 340.

Authors Cited

Great Britain. *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs*. London: HMSO, January 1976.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 142 B.C.A.C. 161, 76 B.C.L.R. (3d) 35, [2000] 6 W.W.R. 577, [2000] B.C.J. No. 1127 (QL), 2000 BCCA 348, allowing the respondents' appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1999), 176 D.L.R. (4th) 417, 70 B.C.L.R. (3d) 128, [1999] B.C.J. No. 1777 (QL). Appeal allowed in part.

David Sgayias, Q.C., and *Christopher Rupar*, for the appellants.

Richard R. Sugden, Q.C., and *Craig P. Dennis*, for the respondents.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

James C. Robb, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681; *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Makanjuola c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 38, 39 [mod. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, art. 5)].

Ombudsman Act, R.S.B.C. 1996, ch. 340.

Doctrine citée

Grande-Bretagne. *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs*. London: HMSO, January 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 142 B.C.A.C. 161, 76 B.C.L.R. (3d) 35, [2000] 6 W.W.R. 577, [2000] B.C.J. No. 1127 (QL), 2000 BCCA 348, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 176 D.L.R. (4th) 417, 70 B.C.L.R. (3d) 128, [1999] B.C.J. No. 1777 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

David Sgayias, c.r., et *Christopher Rupar*, pour les appelants.

Richard R. Sugden, c.r., et *Craig P. Dennis*, pour les intimés.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

James C. Robb, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Daniel Brunet, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Christopher Jones*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This case raises the issue of when, if ever, Cabinet confidences must be disclosed in litigation between the government and private citizens.

On June 6, 1990, the Treasury Board of Canada set the pay of Department of Justice lawyers working in the Toronto Regional Office at a higher rate than that of lawyers working elsewhere. Vancouver staff lawyers brought an action in the Supreme Court of British Columbia, contending that by failing to pay them the same salaries as Toronto lawyers the government breached their contracts of employment and the fiduciary duty toward them.

The action proceeded, and the parties exchanged lists of relevant documents in December 1996, as required by the B.C. Supreme Court Rules. A supplemental list of documents was delivered by the government in June 1997. The government listed a number of documents as producible.

The government then brought a motion to have the action transferred from the Supreme Court of British Columbia to the Federal Court. In support of its application, it filed an affidavit by Joan McCoy, an officer of the Treasury Board Secretariat. The affidavit stated that the rationale for the Order-in-Council authorizing the pay raise for Toronto lawyers was that lawyers in Toronto generally commanded higher salaries than lawyers

Daniel Brunet, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Christopher Jones*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, des renseignements confidentiels du Cabinet doivent être divulgués dans le cadre d'une instance entre le gouvernement et de simples citoyens.

Le 6 juin 1990, le Conseil du Trésor du Canada fixe la rémunération des avocats du ministère de la Justice en poste au bureau régional de Toronto à un niveau supérieur à celui des avocats en poste ailleurs. Les avocats internes de Vancouver intentent une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle ils prétendent qu'en ne leur accordant pas la même rémunération qu'aux avocats de Toronto, le gouvernement contrevient à leurs contrats de travail et manque à son obligation de fiduciaire envers eux.

L'action suit son cours et, en décembre 1996, les parties échangent des listes de documents pertinents conformément aux règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En juin 1997, le gouvernement dépose une liste complémentaire de documents. Il y énumère une série de documents décrits comme pouvant être produits.

Le gouvernement présente ensuite une requête visant à faire transférer l'action de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à la Cour fédérale. À l'appui de sa demande, il dépose l'affidavit de Joan McCoy, cadre au Secrétariat du Conseil du Trésor. Selon cet affidavit, le décret autorisant la majoration de la rémunération des avocats de Toronto s'explique par le fait que les avocats de Toronto peuvent habituellement prétendre à une

1

2

3

4

in other parts of the country. The affidavit also disclosed the date of the Treasury Board's decision.

5

The government's motion to transfer the action was denied and the action continued in the Supreme Court of British Columbia. The government, nearly two years after it delivered the first list of documents, changed its position on disclosure of documents. It delivered a certificate of the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, objecting to the disclosure of 51 documents and any examination thereon, on the ground that they contain "information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada". The certificate claimed protection for 12 government documents previously listed as producible (some of which had already been disclosed), for five documents in the control or possession of the plaintiffs, and for 34 government documents and information previously listed as not producible.

6

The plaintiffs (respondents) brought an application to compel production of the documents for which the government claimed protection. The chambers judge, Edwards J., ruled against them, holding that s. 39 of the *Canada Evidence Act* was constitutional and clear. If the Clerk of the Privy Council filed a certificate, that was the end of the matter, and the courts had no power to set the certificate aside. A majority of the Court of Appeal reversed this decision and ordered production of the documents on the ground that the government had waived its right to claim confidentiality by listing some of the documents as producible and by disclosing selective information in the McCoy affidavit. The government appeals this decision to this Court.

rémunération plus élevée que celle des avocats des autres régions du Canada. L'affidavit révèle également la date de la décision du Conseil du Trésor.

La requête du gouvernement visant à faire transférer l'action est rejetée et l'action suit son cours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Un peu moins de deux ans après le dépôt de sa première liste de documents, le gouvernement modifie sa position concernant la divulgation des documents. Il produit une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, pour faire valoir son opposition à la divulgation de 51 documents et à tout interrogatoire les concernant, au motif qu'ils contiennent [TRADUCTION] « des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». L'attestation invoque l'immunité à l'égard de 12 documents du gouvernement préalablement énumérés comme des documents pouvant être produits (dont certains ont déjà été divulgués), de cinq documents sous le contrôle des demandeurs ou en leur possession, ainsi que de 34 documents et renseignements préalablement décrits comme ne pouvant être produits.

Les demandeurs (intimés) présentent une demande visant à contraindre le gouvernement à produire les documents qu'il prétend protégés. Le juge Edwards, siégeant en chambre, déboute les demandeurs, statuant que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est constitutionnel et clair. Lorsque le greffier du Conseil privé produit une attestation, l'affaire est réglée et les tribunaux n'ont pas le pouvoir de l'annuler. Les juges de la Cour d'appel, à la majorité, infirment cette décision et ordonnent la production des documents au motif que le gouvernement a renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité en indiquant sur sa liste que certains documents pouvaient être produits et en divulguant des renseignements sélectifs dans l'affidavit de M^{me} McCoy. Le gouvernement se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

I. Legislation

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

- (a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;
- (b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;
- (c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;
- (d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;
- (e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and
- (f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

- (a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or
- (b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)
 - (i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or
 - (ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

I. Les dispositions législatives

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un « renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada » s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :

- a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;
- d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

- a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;
- b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

II. Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 176 D.L.R. (4th) 417

8 The chambers judge dismissed the plaintiffs' application for production and upheld the government's claim to confidentiality in its entirety. He held that certification by the Clerk of the Privy Council or a minister of the Crown under s. 39 creates absolute protection, which reflects the importance of protecting the confidentiality of the Cabinet process. Since the remuneration of employees was exclusively within competence of the federal government, the Clerk's decision to certify the documents and information as confidential could not be challenged. Neither the listing of documents as producible nor the disclosure of information in the McCoy affidavit constituted waiver. Edwards J. found that barring very exceptional circumstances, prior disclosure does not waive s. 39. Finally, Edwards J. rejected the argument that confidentiality unconstitutionally trenching on the core jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, given the long recognition of cabinet privilege as a legitimate exercise of Parliament's power.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 2000 BCCA 348

9 The majority of the Court of Appeal held that Edwards J. erred in rejecting the claim that the government had waived protection to the documents and information. The Crown, as a public representative, must be able to waive privilege; otherwise, any litigant opposing the Crown would be in the untenable position of being unable to rely on the government's production of documents, regardless of how essential the documents were to their case or how late the Crown's application for immunity. While there might be a need for "extreme curtailment" of a litigant's rights to full discovery for documents concerned with sensitive matters like state defence, internal security or diplomatic relations, the

II. Les décisions

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 176 D.L.R. (4th) 417

Le juge siégeant en chambre a rejeté la demande de production présentée par les demandeurs et il a retenu dans leur intégralité les allégations de confidentialité du gouvernement. Il a statué que l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé ou un ministre en vertu de l'art. 39 confère une protection absolue, laquelle témoigne de l'importance de protéger la confidentialité des travaux du Cabinet. La rémunération des employés relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, la décision du greffier d'attester que les documents et les renseignements constituent des renseignements confidentiels ne pouvait être contestée. Ni le fait d'énumérer les documents comme pouvant être produits ni la divulgation de renseignements dans l'affidavit de M^{me} McCoy ne constituaient une renonciation. Le juge Edwards a conclu que, sauf circonstances très exceptionnelles, la divulgation antérieure n'emporte pas renonciation à l'application de l'art. 39. Enfin, le juge Edwards a rejeté l'argument selon lequel la confidentialité constitue une atteinte inconstitutionnelle à la compétence fondamentale des cours supérieures protégée par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le privilège du Cabinet étant depuis longtemps reconnu comme un exercice légitime du pouvoir du Parlement.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 2000 BCCA 348

Les juges de la Cour d'appel ont conclu à la majorité que le juge Edwards a commis une erreur en rejetant l'argument selon lequel le gouvernement avait renoncé à la protection des documents et des renseignements. La Couronne, à titre de représentante de l'État, doit pouvoir renoncer à son privilège; sinon, toute partie qui s'oppose à la Couronne dans un litige se trouverait dans la situation intenable de ne pouvoir compter sur la production de documents par le gouvernement, sans égard à l'importance de ces documents pour l'établissement de sa thèse ni du retard avec lequel la Couronne fait valoir sa demande d'immunité. Certes, il peut être nécessaire de « restreindre à l'extrême » les droits d'une partie

government must be permitted to waive protection in appropriate cases.

Applying this principle, the majority held that the government waived immunity for the 17 documents previously identified as producible. Protection was also waived for the information in the McCoy affidavit which outlined the government's rationale for the salary differential at the heart of the litigation. Any claim for privilege thereafter would be selective, requiring that claims for confidentiality on all related information be treated as waived. With respect to the remaining 34 documents, the majority held that s. 39 confers class immunity rather than selective immunity; it followed that waiver operates on a class basis. Thus, waiver of immunity for 17 of the documents covered by the s. 39 certificate waived the immunity for all of the relevant documents within the class. In view of this conclusion, it was not necessary to consider whether s. 39 was constitutional.

Southin J.A. dissented. In her view, it is "not appropriate for the judiciary to intermeddle in the business of the Cabinet and its committees and it is not at all clear to me . . . that the judiciary must regain its control over this whole field of the law, a proposition which to me has a distasteful ring of judicial arrogance" (para. 52). This said, s. 39 is limited to papers that are actually put before the Cabinet or a Cabinet committee and the Clerk must exercise her powers properly. She must properly describe the documents, bringing them within the ambit of the section, and if it can be shown, either from internal or external evidence, that the Clerk has exceeded the power conferred upon her, the court can require disclosure of all documents not within the section.

Southin J.A. held that only an act of the Clerk or of a minister of the Crown can effect waiver.

d'obtenir la divulgation complète de documents ayant trait à des questions aussi délicates que la défense de l'État, la sécurité intérieure ou les relations diplomatiques, mais le gouvernement doit pouvoir renoncer à cette protection dans les cas opportuns.

Appliquant ce principe, les juges majoritaires ont conclu que le gouvernement avait renoncé à son immunité à l'égard des 17 documents préalablement décrits comme pouvant être produits. Il avait également renoncé à la protection des renseignements contenus dans l'affidavit de M^{me} McCoy, faisant état de l'explication donnée par le gouvernement à l'appui de l'écart de rémunération qui est au coeur du litige. Toute revendication subséquente de privilège serait sélective, car il faudrait considérer qu'il y a eu renonciation à la confidentialité de tous les renseignements connexes. En ce qui concerne les 34 autres documents, les juges majoritaires ont statué que l'art. 39 confère une immunité collective plutôt qu'une immunité sélective, de sorte que la renonciation vaut pour l'ensemble d'une catégorie. La renonciation à l'immunité à l'égard de 17 des documents visés par l'attestation fondée sur l'art. 39 valait donc pour tous les documents pertinents appartenant à cette catégorie. Vu cette conclusion, il n'était pas nécessaire d'examiner la validité constitutionnelle de l'art. 39.

Madame le juge Southin était dissidente. À son avis, il est [TRADUCTION] « inopportun que les tribunaux s'immiscent dans les affaires du Cabinet et de ses comités et il n'est absolument pas évident, à [s]on sens, [. . .] que les tribunaux devraient redevenir maîtres de tous les aspects de ce domaine du droit, prétention qui, à [s]es yeux, donne une disgracieuse impression d'arrogance de la magistrature » (par. 52). Cela dit, l'art. 39 se limite aux documents réellement soumis au Cabinet ou à un comité du Cabinet, et le greffier doit exercer ses pouvoirs de façon régulière. Il doit décrire convenablement les documents, établir qu'ils sont visés par cette disposition législative et, s'il peut être démontré, par une preuve interne ou externe, que le greffier a outrepassé le pouvoir qui lui est conféré, le tribunal peut ordonner la divulgation de tous les documents qui échappent à la portée de cette disposition.

Le juge Southin a conclu que seul un acte du greffier ou d'un ministre peut opérer renonciation.

10

11

12

Otherwise, junior functionaries having no conception of the importance of Cabinet confidentiality would be able to waive it, to the detriment of the national interest.

13 Newbury J.A. concurred with MacKenzie J.A. with respect to the waiver of privilege in this case. However, she went on to state that had waiver not occurred, she would have agreed with Southin J.A.'s findings concerning the requirements of particularity on the part of the Clerk in claiming the privilege.

III. Issues

14 1. What is the nature of Cabinet confidentiality and the processes by which it may be claimed and relinquished?

2. Is s. 39 of the *Canada Evidence Act* constitutional?

IV. Discussion

A. *The Principles*

15 Cabinet confidentiality is essential to good government. The right to pursue justice in the courts is also of primary importance in our society, as is the rule of law, accountability of the executive, and the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised. Yet sometimes these fundamental principles conflict. How are such conflicts to be resolved? That is the question posed by this appeal.

16 The answer to the question lies in our understanding of Cabinet confidentiality. What is its purpose? What does it apply to? What is the process for claiming it? Once claimed, can it be relinquished or lost, and if so, how? These questions find their answers in an understanding of Cabinet confidentiality and the ambit and effect of s. 39 of the *Canada Evidence Act* that protects it.

Sinon, des fonctionnaires subalternes n'ayant aucune idée de l'importance de la confidentialité des délibérations du Cabinet pourraient y renoncer, au détriment de l'intérêt national.

Madame le juge Newbury a souscrit à l'opinion du juge MacKenzie concernant la renonciation à l'immunité en l'espèce. Elle a toutefois ajouté que, sans cette renonciation, elle aurait adhéré aux conclusions du juge Southin en ce qui a trait à l'obligation du greffier de donner suffisamment de précisions lorsqu'il invoque l'immunité.

III. Les questions en litige

1. Quelle est la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et par quels mécanismes peut-on l'invoquer et y renoncer?

2. L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il constitutionnel?

IV. Examen

A. *Les principes*

La confidentialité des délibérations du Cabinet est essentielle au bon gouvernement. Le droit d'obtenir justice en s'adressant aux tribunaux revêt aussi une importance capitale dans notre société, à l'instar de la primauté du droit, de l'obligation du pouvoir exécutif de rendre compte de ses actes et du principe exigeant que les actes officiels relèvent d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière. Pourtant, ces principes fondamentaux entrent parfois en conflit. Comment résoudre ce conflit? Voilà la question que notre Cour est appelée à trancher dans le présent pourvoi.

La réponse à cette question tient à notre compréhension de la confidentialité des délibérations du Cabinet. Quel en est le but? Quelle en est la portée? Par quel mécanisme peut-elle être invoquée? Une fois l'immunité invoquée, peut-on y renoncer ou la perdre et, si oui, de quelle façon? Ces questions trouvent leurs réponses dans une bonne compréhension de la confidentialité des délibérations du Cabinet ainsi que de la portée et de l'effet de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui la protège.

(1) The Function of Section 39 of the *Canada Evidence Act*

Sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act* deal with objections to the disclosure of protected information held by the federal government. Section 37 relates to all claims for Crown privilege, except Cabinet confidences, or confidences of the Queen's Privy Council; s. 38 pertains to objections related to international relations or national defence; and s. 39 deals with Cabinet confidences. Under ss. 37 and 38, a judge balances the competing public interests in protection and disclosure of information. Under s. 39, by contrast, the Clerk or minister balances the competing interests. If the Clerk or minister validly certifies information as confidential, a judge or tribunal must refuse any application for disclosure, without examining the information.

The British democratic tradition which informs the Canadian tradition has long affirmed the confidentiality of what is said in the Cabinet room, and documents and papers prepared for Cabinet discussions. The reasons are obvious. Those charged with the heavy responsibility of making government decisions must be free to discuss all aspects of the problems that come before them and to express all manner of views, without fear that what they read, say or act on will later be subject to public scrutiny: see *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at paras. 21-22. If Cabinet members' statements were subject to disclosure, Cabinet members might censor their words, consciously or unconsciously. They might shy away from stating unpopular positions, or from making comments that might be considered politically incorrect. The rationale for recognizing and protecting Cabinet confidences is well summarized by the views of Lord Salisbury in the *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs* (January 1976), at p. 13:

(1) Le rôle de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* régissent les oppositions à la divulgation de renseignements protégés détenus par le gouvernement fédéral. L'article 37 vise tous les cas où la Couronne fait valoir son immunité, sauf en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada; l'art. 38 traite des oppositions relatives aux relations internationales ou à la défense nationale; enfin, l'art. 39 s'applique aux renseignements confidentiels du Cabinet. Sous le régime des art. 37 et 38, un juge détermine si l'intérêt public commande davantage la divulgation des renseignements ou, au contraire, leur protection. Par contre, pour l'application de l'art. 39, c'est le greffier ou le ministre qui soupèsent les intérêts opposés. Si le greffier ou le ministre attestent valablement que des renseignements sont confidentiels, le juge ou le tribunal est tenu de rejeter la demande de divulgation des renseignements, sans les examiner.

La tradition démocratique britannique, dont s'inspire la tradition canadienne, reconnaît depuis longtemps la confidentialité des discussions tenues dans l'enceinte du Cabinet et des documents préparés en vue de ces discussions. Cette confidentialité s'explique aisément. Les personnes auxquelles incombe la lourde responsabilité de prendre des décisions gouvernementales doivent se sentir libres de discuter de tous les aspects des problèmes dont elles sont saisies et d'exprimer toutes les opinions possibles, sans crainte de voir les documents qu'elles ont lus, les propos qu'elles ont tenus et les éléments sur lesquels elles ont fondé leur décision faire ultérieurement l'objet d'un examen public : voir *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 21 et 22. Si leurs déclarations étaient susceptibles de divulgation, les membres du Cabinet pourraient censurer leurs propos, consciemment ou non. Ils pourraient se garder d'exprimer des positions impopulaires ou de faire des commentaires qui risqueraient d'être considérés politiquement incorrects. L'opinion de lord Salisbury, exposée à la p. 13 du *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs* (janvier 1976), résume bien la raison d'être de la reconnaissance et de la protection accordées aux renseignements confidentiels du Cabinet :

17

18

A Cabinet discussion was not the occasion for the deliverance of considered judgements but an opportunity for the pursuit of practical conclusions. It could only be made completely effective for this purpose if the flow of suggestions which accompanied it attained the freedom and fulness which belong to private conversations — members must feel themselves untrammelled by any consideration of consistency with the past or self-justification in the future. . . . The first rule of Cabinet conduct, he used to declare, was that no member should ever “Hansardise” another, — ever compare his present contribution to the common fund of counsel with a previously expressed opinion. . . .

The process of democratic governance works best when Cabinet members charged with government policy and decision-making are free to express themselves around the Cabinet table unreservedly. In addition to ensuring candour in Cabinet discussions, this Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at p. 659, recognized another important reason for protecting Cabinet documents, namely to avoid “creat[ing] or fan[ning] ill-informed or captious public or political criticism”. Thus, ministers undertake by oath as Privy Councillors to maintain the secrecy of Cabinet deliberations and the House of Commons and the courts respect the confidentiality of Cabinet decision-making.

[TRADUCTION] Les discussions du Cabinet ne se prêtaient pas au prononcé de jugements mûrement réfléchis mais visaient plutôt la recherche de conclusions pratiques. Elles ne pouvaient être vraiment efficaces à cet égard que si l'échange des idées y atteignait le même degré de liberté et de spontanéité que celui propre aux conversations privées — les membres ne doivent pas se sentir entravés par la nécessité de demeurer cohérents par rapport au passé ou par le risque d'avoir à se justifier un jour. [. . .] La première règle de conduite des délibérations du Cabinet qu'il avait l'habitude de proclamer était qu'un membre ne doit jamais « rafraîchir la mémoire » d'un autre membre — c'est-à-dire comparer sa contribution actuelle au fonds commun d'opinions avec un point de vue qu'il a exprimé auparavant . . .

Le processus de gouvernement démocratique atteint son efficacité maximum lorsque les membres du Cabinet à qui incombe le choix des politiques et des décisions gouvernementales peuvent s'exprimer sans réserve au sein du Cabinet. En plus de garantir la spontanéité des délibérations du Cabinet, notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, p. 659, que la protection des documents du Cabinet était justifiée par un autre motif, soit éviter de « susciter ou attiser des critiques publiques ou politiques mal fondées ou spéculatives ». Ainsi, lorsqu'ils prêtent leur serment de membres du Conseil privé, les ministres s'engagent à ne rien révéler des délibérations du Cabinet, et la Chambre des communes et les tribunaux respectent la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

19

At one time, the common law viewed Cabinet confidentiality as absolute. However, over time the common law has come to recognize that the public interest in Cabinet confidences must be balanced against the public interest in disclosure, to which it might sometimes be required to yield: see *Carey, supra*. Courts began to weigh the need to protect confidentiality in government against the public interest in disclosure, for example, preserving the integrity of the judicial system. It follows that there must be some way of determining that the information for which confidentiality is claimed truly relates to Cabinet deliberations and that it is properly withheld. At common law, the courts did this, applying a test that balanced the public interest in maintaining confidentiality

Autrefois, la common law considérait la confidentialité des délibérations du Cabinet comme absolue. Toutefois, au fil des ans, la common law en est venue à reconnaître que l'intérêt public dans la confidentialité des renseignements du Cabinet devait se mesurer à un autre intérêt public auquel il peut parfois devoir céder le pas, soit l'intérêt public dans la divulgation de ces renseignements : voir *Carey*, précité. Les tribunaux ont commencé à évaluer la nécessité de protéger la confidentialité des affaires du gouvernement par rapport à l'intérêt public dans la divulgation, notamment pour préserver l'intégrité du système judiciaire. Il doit donc exister un moyen de déterminer si les renseignements dont on invoque la confidentialité sont réellement liés aux délibérations du Cabinet et si leur non-divulgence est

against the public interest in disclosure: see *Carey*, *supra*.

In addition, many jurisdictions have enacted laws that modify the common law and provide a statutory process for determining what documents are protected and how claims to confidentiality may be challenged: see, for example, the *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1996, c. 340. The exercise of this statutory power is subject to the well-established rule that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The courts have the power and the responsibility, when called upon, to determine whether the certifying official has exercised his or her statutory power in accordance with the law.

Section 39 of the *Canada Evidence Act* is Canada's response to the need to provide a mechanism for the responsible exercise of the power to claim Cabinet confidentiality in the context of judicial and quasi-judicial proceedings. It sets up a process for bringing information within the protection of the Act. Certification by the Clerk of the Privy Council or by a minister of the Crown, is the trigger by which information becomes protected. The Clerk must certify that the "information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada". For more particularity, s. 39(2) sets out categories of information that falls within its scope.

Section 39(1) permits the Clerk to certify information as confidential. It does not restrain voluntary disclosure of confidential information. This is made clear from the French enactment of s. 39(1) which states that s. 39 protection arises only "*dans les cas où*" (in the cases where) the Clerk or minister opposes disclosure of information. Therefore, the Clerk must answer two questions before certifying information: first, is it a Cabinet confidence within the meaning of ss. 39(1) and 39(2); and second,

justifiée. C'est ce qu'ont fait les tribunaux sous le régime de la common law en appliquant un critère qui consiste à déterminer si l'intérêt public commande davantage le maintien de la confidentialité ou la divulgation : voir *Carey*, précité.

En outre, plusieurs ressorts ont adopté des lois qui modifient la common law et prévoient un mécanisme servant à déterminer quels documents sont protégés et comment contester les allégations de confidentialité : voir, par exemple, la *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 340. L'exercice de ce pouvoir légal est assujéti au principe bien établi selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Les tribunaux ont le pouvoir et la responsabilité, lorsqu'une demande leur est soumise, de décider si l'agent de l'État qui délivre l'attestation a exercé son pouvoir conformément à la loi.

Le Canada a édicté l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour répondre au besoin d'établir un mécanisme assurant l'exercice responsable du pouvoir d'invoquer la confidentialité des délibérations du Cabinet dans le contexte d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. Cette disposition établit un processus à suivre pour placer les renseignements sous la protection de la Loi. C'est l'attestation du greffier du Conseil privé ou d'un ministre qui enclenche l'application de la protection à un renseignement. Le greffier doit attester que « le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». Pour plus de précision, le par. 39(2) énonce des catégories de renseignements qui entrent dans son champ d'application.

Le paragraphe 39(1) permet au greffier d'attester que les renseignements sont confidentiels. Il n'empêche pas la divulgation volontaire de renseignements confidentiels. Cela ressort clairement du texte du par. 39(1) qui dit que la protection de l'art. 39 s'applique seulement « dans les cas où » le greffier ou le ministre s'opposent à la divulgation d'un renseignement. Le greffier doit donc répondre à deux questions avant de délivrer une attestation : Premièrement, s'agit-il d'un renseignement

20

21

22

is it information which the government should protect taking into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality? If, and only if, the Clerk or minister answers these two questions positively and certifies the information, do the protections of s. 39(1) come into play. More particularly, the provision that “disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body” is only triggered when there is a valid certification.

23

If the Clerk or minister chooses to certify a confidence, it gains the protection of s. 39. Once certified, information gains greater protection than at common law. If s. 39 is engaged, the “court, person or body with jurisdiction” hearing the matter must refuse disclosure; “disclosure of the information shall be refused”. Moreover, this must be done “without examination or hearing of the information by the court, person or body”. This absolute language goes beyond the common law approach of balancing the public interest in protecting confidentiality and disclosure on judicial review. Once information has been validly certified, the common law no longer applies to that information.

24

This raises the issue of what constitutes valid certification. Two requirements are plain on the face of the legislation. First, it must be done by the Clerk of the Privy Council or a minister of the Crown. Second, the information must fall within the categories described in s. 39(2).

25

A third requirement arises from the general principle applicable to all government acts, namely, that the power exercised must flow from the statute and

confidentiel au sens des par. 39(1) et (2)? Deuxièmement, s’agit-il de renseignements que le gouvernement doit protéger compte tenu des intérêts opposés voulant, d’une part, qu’ils soient divulgués et, d’autre part, que la confidentialité soit préservée? C’est uniquement dans les cas où le greffier ou le ministre répondent à ces deux questions par l’affirmative et où ils attestent que les renseignements sont confidentiels que les protections prévues au par. 39(1) entrent en jeu. Plus particulièrement, la disposition selon laquelle « [l]e tribunal, l’organisme ou la personne [. . .] sont [. . .] tenus [de] refuser la divulgation [d’un renseignement], sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet » s’applique uniquement lorsqu’il existe une attestation valide.

Si le greffier ou le ministre décident d’attester qu’un renseignement est confidentiel, celui-ci bénéficie de la protection de l’art. 39. Une fois sa confidentialité attestée, un renseignement bénéficie d’une protection plus grande que celle offerte par la common law. Si l’article 39 s’applique, le « tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » et qui sont saisis de l’affaire doivent refuser d’ordonner la production du renseignement en cause : ils sont « tenus d’en refuser la divulgation ». De plus, ils doivent le faire « sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet ». Cette obligation, édictée en termes absolus, va plus loin que le critère de la common law qui consiste à déterminer, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, si l’intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué. Une attestation valide écarte l’application de la common law au renseignement qui en fait l’objet.

Il faut donc se demander ce qu’on entend par une attestation valide. Deux conditions ressortent clairement à la simple lecture de la loi. Premièrement, l’attestation doit émaner du greffier du Conseil privé ou d’un ministre. Deuxièmement, le renseignement doit appartenir à l’une des catégories décrites au par. 39(2).

Une troisième condition procède du principe général applicable à tous les actes du gouvernement, selon lequel le pouvoir en cause doit découler

must be issued for the *bona fide* purpose of protecting Cabinet confidences in the broader public interest. The function of the Clerk under the Act is to protect Cabinet confidences, and this alone. It is not to thwart public inquiry nor is it to gain tactical advantage in litigation. If it can be shown from the evidence or the circumstances that the power of certification was exercised for purposes outside those contemplated by s. 39, the certification may be set aside as an unauthorized exercise of executive power: see *Roncarelli, supra*.

A fourth requirement for valid certification flows from the fact that s. 39 applies to disclosure of the documents. Where a document has already been disclosed, s. 39 no longer applies. There is no longer a need to seek disclosure since disclosure has already occurred. Where s. 39 does not apply, there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law: *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.), at p. 630; *Leeds v. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681 (Alta. Q.B.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1 (Austl. H.C.), at p. 45. However, that issue does not arise on this appeal. Similarly, the issue of inadvertent disclosure does not arise here because the Crown deliberately disclosed certain documents during the course of litigation.

On the basis of these principles, I conclude that certification is generally valid if: (1) it is done by the Clerk or minister; (2) it relates to information within s. 39(2); (3) it is done in a *bona fide* exercise of delegated power; (4) it is done to prevent disclosure of hitherto confidential information.

It may be useful to comment on the formal aspects of certification. As noted, the Clerk must determine two things: (1) that the information is a Cabinet confidence within s. 39; and (2) that it is desirable that confidentiality be retained taking

de la loi et son exercice doit avoir pour objet véritable de protéger les renseignements confidentiels du Cabinet dans le plus grand intérêt du public. Le rôle que la Loi attribue au greffier consiste exclusivement à protéger les renseignements confidentiels du Cabinet. Elle ne lui permet pas d'entraver les enquêtes publiques ni d'obtenir des avantages tactiques dans un litige. Si la preuve ou les circonstances révèlent que le pouvoir de délivrer l'attestation a été exercé à des fins autres que celles mentionnées à l'art. 39, l'attestation peut être annulée pour cause d'exercice non autorisé du pouvoir exécutif : voir *Roncarelli*, précité.

Une quatrième condition essentielle à la validité de l'attestation tient au fait que l'art. 39 s'applique à la divulgation des documents. Lorsqu'un document a déjà été divulgué, l'art. 39 cesse de s'y appliquer. Il n'est alors plus nécessaire d'en demander la production, compte tenu de sa divulgation antérieure. Lorsque l'art. 39 ne s'applique pas, il se pourrait que le gouvernement puisse faire valoir d'autres motifs justifiant la protection contre toute nouvelle divulgation en s'appuyant sur la common law : *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.), p. 630; *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681 (B.R. Alb.); *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1 (H.C. Austr.), p. 45. Cette question ne se pose toutefois pas dans le cadre du présent pourvoi. De même, l'instance ne soulève pas la question de la divulgation accidentelle, car la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l'instance.

Ces principes m'amènent à conclure que, règle générale, l'attestation est valide si : (1) elle émane du greffier ou d'un ministre; (2) elle vise des renseignements décrits au par. 39(2); (3) elle est délivrée dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir délégué; (4) elle vise à empêcher la divulgation de renseignements demeurés jusque-là confidentiels.

Il serait peut-être utile d'expliquer les aspects formels de l'attestation. Comme nous l'avons déjà souligné, le greffier doit vérifier deux aspects : (1) Les renseignements constituent-ils des renseignements confidentiels au sens de l'art. 39?

26

27

28

into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality. What formal certification requirements flow from this? The second, discretionary element may be taken as satisfied by the act of certification. However, the first element of the Clerk's decision requires that her certificate bring the information within the ambit of the Act. This means that the Clerk or minister must provide a description of the information sufficient to establish on its face that the information is a Cabinet confidence and that it falls within the categories of s. 39(2) or an analogous category; the possibility of analogous categories flows from the general language of the introductory portion of s. 39(2). This follows from the principle that the Clerk or minister must exercise her statutory power properly in accordance with the statute. The kind of description required for claims of solicitor-client privilege under the civil rules of court will generally suffice. The date, title, author and recipient of the document containing the information should normally be disclosed. If confidentiality concerns prevent disclosure of any of these preliminary indicia of identification, then the onus falls on the government to establish this, should a challenge ensue. On the other hand, if the documents containing the information are properly identified, a person seeking production and the court must accept the Clerk's determination. The only argument that can be made is that, on the description, they do not fall within s. 39, or that the Clerk has otherwise exceeded the powers conferred upon her.

(2) Est-il souhaitable d'en préserver la confidentialité compte tenu des intérêts opposés voulant, d'une part, que les renseignements soient divulgués et, d'autre part, que la confidentialité soit préservée? Quelles sont les exigences de forme de l'attestation qui en découlent? On peut considérer que le deuxième aspect, l'élément discrétionnaire, est établi par l'acte d'attestation. Toutefois, le premier élément de la décision du greffier commande que son attestation établisse que les renseignements sont visés par la Loi. Cela signifie que le greffier ou le ministre ont l'obligation de donner des renseignements une description suffisante pour établir à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet et qu'ils appartiennent aux catégories prévues au par. 39(2) ou à une catégorie analogue; la possibilité de catégories analogues découle des termes généraux utilisés dans la disposition introductive du par. 39(2). Ce premier élément résulte du principe qui oblige le greffier ou le ministre à exercer leur pouvoir légal d'une façon régulière en conformité avec la loi. Il suffira généralement à cet égard de fournir une description semblable à celle que les règles de pratique imposent en matière civile dans les demandes visant à protéger le secret professionnel de l'avocat. La date, le titre, l'auteur et le destinataire du document dans lequel se trouvent les renseignements devraient normalement être divulgués. Si des préoccupations touchant à la confidentialité empêchent la divulgation de l'un quelconque de ces indices préliminaires d'identification, ce sera au gouvernement d'en faire la preuve en cas de contestation. Par contre, si les documents dans lesquels se trouvent les renseignements sont correctement identifiés, la personne qui en demande la production et le tribunal doivent accepter la décision du greffier. Une seule argumentation est possible : les documents, au vu de leur description, ne sont pas visés par l'art. 39 ou le greffier a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés.

29

As to the timing of certification, the only limits are those found in s. 39(4). Subject to these outer limits, it seems that information that falls within s. 39(2) may be certified long after the date the confidence existed or arose in Cabinet. At the same time, as discussed, if there has been disclosure, s. 39 no

Quant au délai imparti pour la délivrance de l'attestation, les seules limites sont celles fixées au par. 39(4). Sous réserve de ces limites, il semble que les renseignements qui relèvent du par. 39(2) peuvent faire l'objet d'une attestation longtemps après la date à laquelle remonte leur existence ou celle

longer applies, since its only purpose is to prevent disclosure.

It may be that the Clerk or minister can withdraw a certification of Cabinet confidence under s. 39 of the *Canada Evidence Act*, on the theory that the power to certify must also include a power to decertify, as suggested by Southin J.A.; and that where a certification is made in error, for example, the Clerk or minister should be able to correct the matter. However, that issue does not arise here.

(2) Waiver

On the facts of this case, the concept of waiver in any ordinary sense of the term finds no place. As discussed, the Clerk or minister is not compelled to certify Cabinet confidences and invoke the protection of s. 39(1). However, if the Clerk or minister chooses to do so, the protection of s. 39 automatically follows. That protection continues indefinitely, unless: (i) the certificate is successfully challenged on the ground that it related to information that does not fall under s. 39; (ii) the power of certification of the Clerk or minister has otherwise been improperly exercised; (iii) s. 39(4) is engaged; or (iv) the Clerk or minister chooses to decertify the information. The clear language of s. 39(1) permits no other conclusion.

This is consistent with the fact that waiver does not apply at common law. A claim for confidentiality at common law cannot be contested on the ground that the government has waived its right to claim confidentiality. As Bingham L.J. observed in *Makanjuola v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617 (C.A.), at p. 623, “[p]ublic interest immunity is not a trump card vouchsafed to certain privileged players to play when and as they wish”. Consequently, “public interest immunity cannot in any ordinary sense be

à laquelle le Cabinet en a pris connaissance. Par ailleurs, comme nous l’avons vu, si les renseignements ont déjà été divulgués, l’art. 39 ne s’y applique plus, car son seul but est d’en empêcher la divulgation.

Il se peut que le greffier ou le ministre puissent révoquer une attestation délivrée à l’égard de renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, selon le principe voulant que le pouvoir de délivrer une attestation emporte aussi nécessairement celui de la révoquer, comme l’a mentionné le juge Southin; ainsi, lorsqu’une attestation est délivrée par erreur, le greffier ou le ministre devraient pouvoir corriger la situation. Cette question ne se pose toutefois pas en l’espèce.

(2) Renonciation

Compte tenu des faits de l’espèce, la notion de renonciation dans son sens courant ne trouve pas application. Comme nous l’avons vu, rien ne contraint le greffier ou le ministre à attester la confidentialité de renseignements du Cabinet et à invoquer la protection du par. 39(1). Cependant, s’ils décident de le faire, la protection accordée par l’art. 39 s’applique automatiquement. Cette protection continue de s’appliquer indéfiniment, sauf si : (i) l’attestation est contestée avec succès pour le motif qu’elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l’art. 39; (ii) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l’attestation de façon irrégulière; (iii) le par. 39(4) s’applique; ou (iv), le greffier ou le ministre décident de révoquer l’attestation délivrée à l’égard des renseignements. Les termes clairs du par. 39(1) ne permettent aucune autre conclusion.

Cette conclusion est compatible avec le fait que la renonciation ne s’applique pas en common law. La prétention que des renseignements sont confidentiels, fondée sur la common law, ne peut être contestée au motif que le gouvernement a renoncé à son droit d’invoquer la confidentialité. Comme l’a fait observer le lord juge Bingham dans *Makanjuola c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617 (C.A.), p. 623, [TRADUCTION] « [l’]immunité d’intérêt public n’est pas un atout que certains joueurs privilégiés peuvent

30

31

32

waived” (p. 623). Issues of production pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act* fall to be resolved by the Clerk or minister responsible for balancing the public interests. If a certificate is not properly filed, and documents are released, the Crown is precluded from claiming s. 39 protection. However, by releasing some documents, the Crown has not waived its right to invoke s. 39 over other documents.

33

It is argued that unless the broad power of waiver envisioned by the majority of the Court of Appeal is recognized, litigants opposing the Crown will be placed in the untenable position of being unable to rely on the Crown’s production of documents, no matter how essential such documents are to their case or how late the Crown makes its claim to immunity. This concern is alleviated by the fact that s. 39(1) cannot be applied retroactively to documents that have already been produced in litigation; it applies only to compel disclosure.

34

The conclusion that waiver does not apply here makes it unnecessary to consider the issue of class waiver — whether disclosure of one document removes protection from all documents in the same class. However, the related issue of class disclosure of information must be addressed.

35

Section 39 protects “information” from disclosure. It may be that some information on a particular matter has been disclosed, while other information on the matter has not been disclosed. The language of s. 39(1) does not permit one to say that disclosure of some information removes s. 39 protection from other, non-disclosed information. If the related information has been disclosed in other documents, then s. 39 does not apply and the documents

à loisir sortir de leur manche ». Par conséquent, [TRADUCTION] « il n’est pas possible de renoncer, dans tous les sens courants du terme, à l’immunité d’intérêt public » (p. 623). Les questions relatives à la production sous le régime de l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* doivent être tranchées par le greffier ou le ministre qui ont la responsabilité de soupeser les intérêts publics. Si une attestation n’est pas délivrée régulièrement et que les documents soient communiqués, la Couronne ne peut se prévaloir de la protection prévue par l’art. 39. Toutefois, en communiquant certains documents, la Couronne n’a pas renoncé à son droit d’invoquer l’art. 39 relativement à d’autres documents.

On a soutenu qu’à moins de reconnaître le large pouvoir de renonciation envisagé par les juges majoritaires de la Cour d’appel, les parties qui s’opposent à la Couronne dans un litige se trouveront dans la situation intenable de ne pouvoir compter sur la production des documents par la Couronne, peu importe l’importance de ces documents pour l’établissement de leur thèse ou le retard avec lequel la Couronne invoque son immunité. Cette préoccupation est atténuée par le fait que le par. 39(1) ne peut s’appliquer rétroactivement à des documents déjà produits dans le cadre d’un litige; il ne s’applique que lorsqu’une partie désire obtenir la divulgation forcée de documents.

Vu la conclusion selon laquelle la renonciation ne s’applique pas en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner la question de la renonciation applicable à l’ensemble d’une catégorie — soit celle de savoir si la divulgation d’un document fait obstacle à la protection de tous les documents de la même catégorie. Toutefois, il faut examiner la question connexe de la divulgation d’une catégorie de renseignements.

L’article 39 protège les « renseignements » en empêchant leur divulgation. Il se peut que certains renseignements touchant un sujet particulier aient été divulgués, alors que d’autres touchant le même sujet ne l’ont pas été. Le libellé du par. 39(1) ne permet pas d’affirmer que la divulgation de certains renseignements empêche d’autres renseignements non divulgués de bénéficier de la protection de l’art. 39. Si les renseignements connexes ont été

containing the information must be produced. If the related information is contained in documents that have been properly certified under s. 39, the government is under no obligation to disclose the related information.

This raises the concern that selective disclosure of documents or information may be used unfairly as a litigation tactic. The fear is that the Crown could choose to disclose only those documents which are favourable to its position and certify those documents which are detrimental. Selective disclosure designed to prevent getting at the truth would not be a proper exercise of the Clerk's or minister's s. 39 powers: *Roncarelli, supra*. Moreover, the ordinary rules of litigation offer protection from abuse. First, government witnesses may be cross-examined on the information produced. Second, the refusal to disclose information may permit a court to draw an adverse inference. For example, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, the Attorney General's refusal to disclose information relating to an advertising ban on tobacco, led to the inference that the results of the studies must undercut the government's claim that a less invasive ban would not have produced an equally salutary result (para. 166, *per* McLachlin J.).

(3) Judicial Review

Judicial review under s. 39 arises when "a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information" is presented with an application to order disclosure of information which the Clerk or a minister has certified as a Cabinet confidence under s. 39(1). Section 39 is directed to whether a document is protected from disclosure.

divulgués dans d'autres documents, l'art. 39 ne s'applique pas et les documents contenant les renseignements doivent être produits. Si les renseignements connexes sont inclus dans des documents qui ont à juste titre fait l'objet d'une attestation par application de l'art. 39, le gouvernement n'est pas tenu de les divulguer.

Pour cette raison, on peut craindre que la divulgation sélective de documents ou de renseignements soit utilisée injustement à des fins tactiques dans le cadre d'un litige. On pourrait ainsi craindre que la Couronne décide de ne divulguer que les documents qui lui sont favorables et produire une attestation à l'égard de ceux qui lui sont défavorables. En ayant recours à la divulgation sélective afin d'empêcher que la vérité soit mise au jour, le greffier ou le ministre n'exerceraient pas correctement les pouvoirs que leur confère l'art. 39 : *Roncarelli*, précité. De plus, les règles ordinaires applicables aux instances judiciaires offrent une protection contre les abus. Premièrement, les témoins du gouvernement peuvent être contre-interrogés relativement aux renseignements produits. Deuxièmement, le refus de divulguer des renseignements peut permettre à un tribunal de tirer une inférence défavorable. Par exemple, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, le refus du procureur général de divulguer les renseignements relatifs à une interdiction de la publicité sur le tabac a mené à l'inférence que les résultats des études faisaient échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné un résultat tout aussi valable (par. 166, madame le juge McLachlin).

(3) Contrôle judiciaire

La procédure de contrôle judiciaire entre en jeu, sous le régime de l'art. 39, lorsque « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » sont saisis d'une demande visant à ordonner la divulgation de renseignements attestés par le greffier ou le ministre comme des renseignements confidentiels du Cabinet en application du par. 39(1). L'article 39 sert à déterminer si un document est protégé contre sa divulgation.

36

37

38

Section 39(1) leaves little scope for judicial review of a certification of Cabinet confidentiality. It states flatly that “disclosure of the information shall be refused” (emphasis added). Furthermore, it must be refused “without examination or hearing of the information by the court, person or body”.

Le paragraphe 39(1) limite beaucoup la portée du contrôle judiciaire d’une attestation de confidentialité d’un renseignement du Cabinet. Il indique carrément que le tribunal, l’organisme ou la personne « sont [. . .] tenus d’en refuser la divulgation » (je souligne). De plus, le tribunal, l’organisme ou la personne doivent refuser la divulgation du renseignement « sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet ».

39

As discussed, even language this draconian cannot oust the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli, supra*. It follows from this principle that the certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1), or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1). “[T]he Court may entertain a proceeding for judicial review of the issuance of a certificate although it may not review the factual correctness of the certificate if it is otherwise in proper form”: *Singh, supra*, at para. 43. The appropriate way to raise an argument that the Clerk has exercised her decision improperly is “by way of judicial review of the Clerk’s certificate” (para. 50). The party challenging the decision may present evidence of “improper motives in the issue of the certificate” (para. 50), or otherwise present evidence to support the claim of improper issuance.

Rappelons que même un libellé aussi draconien ne peut écarter le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d’un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli, précité*. On peut déduire de ce principe qu’il est possible de contester l’attestation délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l’égard desquels l’immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu’il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère. « [L]a Cour peut se saisir d’un recours en contrôle judiciaire contre la délivrance d’une attestation, bien qu’elle ne soit pas habilitée à contrôler la véracité de cette attestation si celle-ci est délivrée en bonne et due forme » : *Singh, précité*, par. 43. La voie à suivre pour faire valoir que le greffier n’a pas exercé son pouvoir régulièrement est un « recours en contrôle judiciaire contre l’attestation du greffier du Conseil privé » (par. 50). La partie qui conteste la décision peut présenter une preuve des « motifs irréguliers qui auraient présidé à la délivrance de l’attestation » (par. 50) ou présenter une autre preuve à l’appui de son allégation de délivrance irrégulière.

40

The court, person or body reviewing the issuance of a s. 39 certificate works under the difficulty of not being able to examine the challenged information. A challenge on the basis that the information is not a Cabinet confidence within s. 39 thus will be generally confined to reviewing the sufficiency of the list and evidence of disclosure. A challenge based on wrongful exercise of power is similarly confined to information on the face of the certificate and such external evidence as the challenger may be able to provide. Doubtless these limitations may have the

Le tribunal, l’organisme ou la personne qui contrôle la délivrance de l’attestation prévue à l’art. 39 doit composer avec l’inconvénient de ne pas pouvoir examiner les renseignements contestés. Une contestation fondée sur l’argument que les renseignements ne sont pas des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l’art. 39 se limitera donc généralement au contrôle du degré de précision de la liste et de la preuve de divulgation. Une contestation fondée sur l’exercice abusif du pouvoir de délivrer une attestation se limitera de la même manière

practical effect of making it difficult to set aside a s. 39 certification.

However, it does not follow from the fact that s. 39 makes it difficult to attack a certification that the procedure is unlawful. As pointed out in *Singh, supra*, at para. 50, the restrictions in s. 39(1) amount to a privative clause — an unusual privative clause perhaps, but one nevertheless open to Parliament to prescribe. Courts are not unfamiliar with privative clauses that preclude them from making certain findings of fact. Provided they are within Parliament's constitutional power, they will apply. This does not, however, prevent the tribunal from drawing inferences as to the motives of the Clerk or minister from all the surrounding evidence in determining whether the statutory power to certify has been properly exercised: see *Roncarelli, supra*, where the majority of the Court drew the inference of illegitimate exercise of power from circumstantial evidence.

One issue remains: what tribunals are competent to decide whether a s. 39 certificate's claim to protection should be set aside on grounds that the information, as described, does not fall within s. 39 or that the certification power has been improperly exercised? The wording of s. 39(1) refers to "information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information" and directs the relevant tribunal to refuse disclosure. It would seem to follow that the same bodies are competent to make orders for disclosure for improperly claimed s. 39 protection. This view is reinforced by the fact that s. 39(1) is essentially an evidentiary provision; questions of the admissibility of evidence normally fall to be decided by the tribunal seized of the matter in which the admissibility issue arises.

aux renseignements qui figurent sur l'attestation et à toute preuve externe que la partie qui la conteste sera en mesure d'apporter. Il ne fait aucun doute que ces restrictions peuvent, dans les faits, rendre difficile l'annulation de l'attestation délivrée en application de l'art. 39.

Toutefois, le fait que l'art. 39 rende difficile la contestation de l'attestation n'emporte pas pour autant l'illégitimité de la procédure. Comme on l'a souligné au par. 50 de l'arrêt *Singh*, précité, les limites à la contestation fixées par le par. 39(1) équivalent à une clause privative — une clause privative inusitée, peut-être, mais que le législateur peut néanmoins édicter. Les tribunaux judiciaires connaissent bien les clauses privatives qui leur interdisent de tirer certaines conclusions de fait. Dans la mesure où ces dispositions relèvent des pouvoirs constitutionnels du Parlement, elles s'appliquent. Cependant, cela n'empêche pas le tribunal de tirer des inférences de l'ensemble de la preuve quant aux motifs du greffier ou du ministre, pour décider s'ils ont exercé régulièrement leur pouvoir de délivrer une attestation : voir *Roncarelli*, précité, où la Cour à la majorité a inféré d'une preuve circonstancielle que l'exercice du pouvoir en cause n'était pas légitime.

Il reste une question à examiner : quels sont les tribunaux compétents pour décider si la protection invoquée dans l'attestation délivrée en application de l'art. 39 doit être écartée au motif que les renseignements qui y sont décrits ne relèvent pas de l'art. 39 ou que le pouvoir d'attestation a été exercé irrégulièrement? Le paragraphe 39(1) mentionne « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » et il exige que le tribunal compétent refuse de les divulguer. On peut supposer que ces mêmes organismes sont compétents pour ordonner la divulgation lorsque la protection prévue à l'art. 39 n'a pas été invoquée à bon droit. Cette opinion est étayée par le fait que le par. 39(1) est, essentiellement, une disposition régissant la preuve; or, les questions concernant l'admissibilité de la preuve relèvent normalement du tribunal saisi de l'affaire dans le cadre de laquelle l'admissibilité est soulevée.

41

42

43

The Federal Court of Appeal in *Singh, supra*, at para. 44, however, suggested that only judicial bodies, like the Federal Court, could review a s. 39 certificate: the R.C.M.P. Public Complaints Commission could not do so because it “is essentially an agency of the Executive and draws such powers as it has solely from an Act of the same Parliament that enacted the *Canada Evidence Act*”. It is not apparent why this should be so, however. It seems open to Parliament to confer on a court, person or body with jurisdiction the power to determine whether acts of other public officials are valid. While the issue need not be decided in this case, I see no reason why all bodies expressly mentioned in s. 39 should not have the power to inquire into the validity of s. 39 claims for protection. The same would seem to apply for reviews at common law, given that the matter is essentially one of admissibility of evidence in a proceeding. The common law does not restrict review of claims for public immunity to superior courts.

44

Against this may be put the concern that to permit a proliferation of tribunals to set aside s. 39 certificates risks undue disclosure of important Cabinet confidences. However, s. 39 review is limited by the condition that the tribunal cannot inspect the documents, undermining the concern of improvident disclosure. Moreover, the government may appeal the tribunal’s decision. Ultimately, I am not persuaded that permitting tribunals other than superior courts to determine s. 39 issues will illegitimately undermine s. 39 claims to protection.

B. *Application of the Principles*

(1) The Documents

45

The government issued a s. 39 certificate for 51 documents. Twelve of these had been identified in

Toutefois, au par. 44 de l’arrêt *Singh*, précité, la Cour d’appel fédérale a laissé entendre que seuls les organes judiciaires, comme la Cour fédérale, pourraient contrôler l’attestation délivrée en application de l’art. 39 : la Commission des plaintes du public contre la G.R.C. n’était pas habilitée à le faire puisque « [e]lle est essentiellement une agence de l’exécutif et tire ses seuls pouvoirs d’une loi adoptée par le Parlement même qui a adopté la *Loi sur la preuve au Canada* ». Toutefois, on ne voit pas vraiment pourquoi il devrait en être ainsi. Il semble loisible au Parlement de conférer à un tribunal, à un organisme ou à une personne ayant compétence le pouvoir de déterminer si les actes d’autres agents de l’État sont valides. Il n’est pas nécessaire d’examiner cette question en l’espèce, mais je ne vois pas pourquoi tous les organismes mentionnés expressément à l’art. 39 ne seraient pas habilités à examiner la validité des demandes de protection fondées sur l’art. 39. Cela vaudrait tout autant pour les demandes de contrôle fondées sur la common law, étant donné qu’il s’agit essentiellement d’une question d’admissibilité de la preuve dans une instance. La common law ne limite pas le contrôle des demandes d’immunité publique à la seule compétence des cours supérieures.

En contrepartie, on pourrait se demander si le fait de permettre à une multitude de tribunaux d’annuler les attestations délivrées en application de l’art. 39 ne risque pas d’entraîner la divulgation indue d’importants renseignements confidentiels du Cabinet. Toutefois, le contrôle effectué sous le régime de l’art. 39 est assujéti à la condition que les tribunaux ne puissent examiner les documents, ce qui atténue la crainte de divulgation intempestive. De plus, le gouvernement peut se pourvoir contre la décision du tribunal. Au bout du compte, je ne suis pas convaincue que le fait d’autoriser les tribunaux autres que les cours supérieures à se prononcer sur les questions relatives à l’art. 39 compromettrait de façon illégitime les demandes de protection fondées sur cet article.

B. *Application des principes*

(1) Les documents

Le gouvernement a délivré une attestation en application de l’art. 39 à l’égard de 51 documents.

its list of documents under “Part I: Documents to which there is no objection to production”. Of these 12, a number appear to have been not only listed, but actually disclosed to the plaintiffs. The certificate also claimed confidentiality for five documents which were in the plaintiffs’ possession or control and which the plaintiffs had listed as producible.

On the record before us, s. 39 certification applies to the 34 documents listed as not producible.

As discussed, s. 39 of the *Canada Evidence Act* does not apply to the government documents already disclosed. Nor does s. 39 apply to the five certified documents that were in the plaintiffs’ possession or control. The documents were disclosed by the government in the context of litigation. The disclosure provisions of s. 39 therefore do not apply and these documents should be produced.

(2) Information in the McCoy Affidavit

The government claims protection from disclosure for the information contained in the affidavit of Joan McCoy, which was filed in support of the government’s unsuccessful motion to transfer the plaintiffs’ case from the Supreme Court of British Columbia to the Federal Court.

Of particular importance is Ms. McCoy’s statement in para. 21 that: “The rationale for the Treasury Board’s decision to increase rates for legal officers in the Toronto Regional Office was the rise in private sector salaries to levels well above those paid in the public sector during a period of rapid economic growth in the late 1980s”. According to the McCoy affidavit, “[t]he escalation of external pay rates, matched to a large degree by increases for provincial lawyers as well, had impaired the ability of

Douze d’entre eux étaient énumérés dans sa liste de documents intitulée [TRADUCTION] « Partie I : Documents qui ne font pas l’objet d’une opposition ». De ces 12 documents, il semblerait que certains aient été non seulement énumérés dans la liste, mais effectivement divulgués aux demandeurs. L’attestation revendiquait également la confidentialité de cinq documents qui étaient en la possession des demandeurs ou sous leur contrôle et que les demandeurs avaient par ailleurs décrits comme pouvant être produits.

Selon le dossier qui nous a été soumis, l’attestation fondée sur l’art. 39 s’applique aux 34 documents énumérés dans la liste des documents décrits comme ne pouvant être produits.

Comme nous l’avons vu, l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s’applique pas aux documents gouvernementaux déjà divulgués. Il ne s’applique pas non plus aux cinq documents visés par l’attestation qui étaient en la possession des demandeurs ou sous leur contrôle. Ces documents ont été divulgués par le gouvernement dans le contexte d’un litige. Par conséquent, les dispositions de l’art. 39 concernant la divulgation ne s’appliquent pas et ces documents doivent être produits.

(2) Les renseignements contenus dans l’affidavit de M^{me} McCoy

Le gouvernement invoque la protection contre la divulgation des renseignements contenus dans l’affidavit de Joan McCoy, déposé à l’appui de la requête infructueuse du gouvernement en vue de faire transférer à la Cour fédérale l’action intentée par les demandeurs devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Au paragraphe 21, M^{me} McCoy fait une déclaration particulièrement importante lorsqu’elle précise que [TRADUCTION] « la décision du Conseil du Trésor de majorer le taux de rémunération des avocats en poste au bureau régional de Toronto s’expliquait par la hausse des salaires dans le secteur privé à des niveaux nettement supérieurs à ceux du secteur public, survenue pendant une période où la croissance économique était en plein essor à la fin des années 1980 ». Selon l’affidavit de

46

47

48

49

the Department of Justice to attract candidates for positions in the Law group in the Toronto Regional Office. It had also led to an increase in resignations from the federal Public Service as experienced legal officers, attracted by higher salaries, left for employment in the provincial government and the private sector in the Toronto area. The viability of the regional operation was imperilled by these losses and immediate action was required to stem the flow” (para. 21 of McCoy affidavit).

50 The plaintiffs take issue with this rationale and seek to cross-examine Ms. McCoy on her statement. The government refuses to permit the statement to be used in evidence and denies the right to cross-examine on the information contained in it.

51 When it filed the McCoy affidavit, the government chose to disclose the reason for the decision to pay the Toronto Law group more than other Law groups. The government disclosed that information to support the motion that the B.C. Supreme Court was not the appropriate forum for the case. Therefore, s. 39 cannot be invoked. The affidavit must be disclosed and Ms. McCoy may be cross-examined on its contents.

52 As to related information, if it has been voluntarily disclosed in other documents, then s. 39 does not apply and the documents must be produced. By contrast, the government is under no obligation to disclose related information contained in documents that have been properly certified under s. 39, but runs the risk that refusal may permit the court to draw an adverse inference.

M^{me} McCoy, [TRADUCTION] « l’escalade des taux de rémunération externes, suivie dans une large mesure par une augmentation de la rémunération des avocats à l’emploi du gouvernement provincial, avait compromis la capacité du ministère de la Justice de recruter des candidats pour les postes du groupe Droit au bureau régional de Toronto. Cette situation a également provoqué une augmentation du nombre de démissions au sein de la fonction publique fédérale : des avocats d’expérience, attirés par des salaires plus élevés, sont partis occuper des postes au gouvernement provincial et dans le secteur privé dans la région de Toronto. Ces pertes mettaient en péril la viabilité des opérations régionales et il fallait agir sur-le-champ pour stopper l’hémorragie » (par. 21 de l’affidavit de M^{me} McCoy).

Les demandeurs contestent cette explication et tiennent à contre-interroger M^{me} McCoy au sujet de sa déclaration. Le gouvernement refuse de permettre l’utilisation de la déclaration en preuve et il nie le droit des demandeurs de mener un contre-interrogatoire sur les renseignements qu’elle contient.

Lorsqu’il a déposé l’affidavit de M^{me} McCoy, le gouvernement a fait le choix de divulguer le motif de sa décision de verser au groupe Droit de Toronto une rémunération supérieure à celle des autres groupes Droit. Le gouvernement a divulgué ces renseignements à l’appui de la requête contestant la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en l’espèce. Par conséquent, l’art. 39 ne peut être invoqué. L’affidavit doit être divulgué et M^{me} McCoy peut être contre-interrogée relativement à son contenu.

En ce qui concerne les renseignements connexes, s’ils ont été divulgués volontairement dans d’autres documents, l’art. 39 ne s’applique pas et les documents doivent être produits. Par contre, le gouvernement n’est nullement tenu de divulguer les renseignements connexes contenus dans les documents qui ont fait à bon droit l’objet d’une attestation sous le régime de l’art. 39, mais il court le risque que son refus de les divulguer permette à la Cour de tirer une inférence défavorable.

C. *The Constitutionality of Section 39*

Because s. 39 applies to the undisclosed documents, it is necessary to consider the constitutional questions in this case. The respondents argue that s. 39 of the *Canada Evidence Act* is of no force or effect by reason of one or both of the preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

(1) The Preamble to the *Constitution Act, 1867*

The respondents in this case challenge the constitutionality of s. 39 and argue that the provision is *ultra vires* Parliament because of the unwritten principles of the Canadian Constitution: the rule of law, the independence of the judiciary, and the separation of powers. Although the unwritten constitutional principles are capable of limiting government actions, I find that they do not do so in this case.

The unwritten principles must be balanced against the principle of Parliamentary sovereignty. In *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215, this Court upheld as constitutional s. 41(2) of the *Federal Court Act*, the predecessor to s. 39, which permitted the government to claim absolute privilege over a broader class of confidences.

Recently, the Federal Court of Appeal considered the constitutional validity of s. 39 of the *Canada Evidence Act* in *Singh, supra*. On the basis of a thorough and compelling review of the principle of parliamentary sovereignty in the context of unwritten constitutional principles, Strayer J.A. held that federal Crown privilege is part of valid federal law over which Parliament had the power to legislate. Strayer J.A. concluded at para. 36:

... the rule of law cannot be taken to invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special

C. *La validité constitutionnelle de l'art. 39*

Étant donné que l'art. 39 s'applique aux documents non divulgués, il faut trancher les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce. Les intimés soutiennent que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inopérant en raison du préambule ou de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou des deux.

(1) Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Les intimés en l'espèce contestent la validité constitutionnelle de l'art. 39 et soutiennent que cette disposition outrepassa la compétence du Parlement par application des principes non écrits de la Constitution du Canada : la primauté du droit, l'indépendance de la magistrature et la séparation des pouvoirs. Bien que les principes constitutionnels non écrits puissent limiter les actes du gouvernement, j'estime que tel n'est pas le cas en l'espèce.

Il faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement. Dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215, notre Cour a confirmé la validité constitutionnelle du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que l'art. 39 a remplacé et qui permettait au gouvernement de faire valoir son immunité absolue relativement à une catégorie plus large de renseignements confidentiels.

Récemment, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur la validité constitutionnelle de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans *Singh, précité*. S'appuyant sur une analyse approfondie et convaincante du principe de la souveraineté parlementaire dans le contexte des principes constitutionnels non écrits, le juge Strayer a statué que l'immunité de la Couronne fédérale fait partie du droit fédéral valide à l'égard duquel le Parlement a le pouvoir de légiférer. Le juge Strayer a conclu dans les termes suivants, au par. 36 :

... le principe de la primauté du droit ne saurait être interprété de façon à invalider une loi qui a pour effet d'autoriser les représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire

53

54

55

56

law with a special result dealing with a special class of documents which, for long standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit.

57

I share the view of the Federal Court of Appeal that s. 39 does not offend the rule of law or the doctrines of separation of powers and the independence of the judiciary. It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws which some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.

(2) Section 96 of the Constitution Act, 1867

58

A second constitutional question must be considered: whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades the core jurisdiction of the superior courts?

59

There is no clear test for defining what is considered to be the "core jurisdiction" of a s. 96 court. In *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, Lamer C.J. stated at para. 56:

Section 96's "core" jurisdiction is a very narrow one which includes only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system.

Citing *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, the respondents argue that s. 39 impermissibly infringes on the core jurisdiction of a superior court because it interferes with courts' ability to control their own process. First, because the section operates to prevent a superior court from remedying an abuse of process, and second, because it denies

que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que l'art. 39 respecte la primauté du droit, ainsi que les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la magistrature. La législature a entièrement compétence pour édicter des lois — et même des lois que certains peuvent considérer draconiennes —, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement.

(2) L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Nous devons trancher une deuxième question constitutionnelle : la décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures?

Il n'existe aucun critère précis pour définir ce qui constitue la « compétence fondamentale » d'une cour constituée en vertu de l'art. 96. Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit, au par. 56 :

Cette compétence « fondamentale » [protégée par l'art. 96] est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l'existence d'une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique.

Les intimés citent *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, à l'appui de leur prétention que l'art. 39 porte une atteinte inadmissible à la compétence fondamentale d'une cour supérieure parce qu'il porte atteinte à sa capacité de contrôler sa propre procédure, et ce à deux égards. Premièrement, cette disposition

evidence centrally relevant to the core factual questions in the litigation. The respondents contend that s. 39 deprives the judiciary of its role of review, a power which a superior court possesses under the common law of public interest.

As previously stated, there is a long common law tradition of protecting Cabinet confidences. In Canada, superior courts operated since pre-Confederation without the power to compel Cabinet confidences. Indeed, at the time of Confederation, no court had any jurisdiction regarding actions against the Sovereign: see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551. Further, s. 39 has not substantially altered the role of the judiciary from their function under the common law regime. The provision does not entirely exclude judicial review of the determination by the Clerk that the information is a Cabinet confidence. A court may review the certificate to determine whether it is a confidence within the meaning provided in s. 39(2) or analogous categories, or to determine if the certificate was issued in bad faith. Section 39 does not, in and of itself, impede a court's power to remedy abuses of process.

I therefore conclude that there is no basis upon which to find that s. 39 of the *Canada Evidence Act* is unconstitutional.

V. Conclusion

I would allow the appeal in part, with costs to the respondents.

On the record before us, the documents certified but disclosed, including the McCoy affidavit, are no longer protected and may be used in the litigation. The plaintiffs may cross-examine on the McCoy affidavit. The remaining documents are protected by s. 39 of the *Canada Evidence Act*. These

empêcherait une cour supérieure de remédier à un abus de procédure et, deuxièmement, elle la priverait d'éléments de preuve directement pertinents quant aux questions de fait qui sont au coeur du litige. Les intimés soutiennent que l'art. 39 empêche les tribunaux d'exercer leur pouvoir de contrôle, pouvoir conféré aux cours supérieures par la common law d'intérêt public.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la tradition de common law qui protège les renseignements confidentiels du Cabinet est très ancienne. Au Canada, les cours supérieures fonctionnaient déjà avant la Confédération, sans avoir le pouvoir d'ordonner la production des renseignements confidentiels du Cabinet. En fait, au moment de la Confédération, aucun tribunal n'avait compétence pour connaître d'une action contre le Souverain : voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551. De plus, l'art. 39 n'a pas modifié fondamentalement le rôle de la magistrature par rapport aux fonctions qu'elle exerçait sous le régime de la common law. La disposition contestée n'exclut pas tout contrôle judiciaire de la décision du greffier portant que des renseignements constituent des renseignements confidentiels du Cabinet. Un tribunal peut examiner l'attestation pour déterminer si elle vise un renseignement confidentiel au sens du par. 39(2) ou appartenant à une catégorie analogue et pour déterminer si elle a été délivrée de mauvaise foi. L'article 39 n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure.

Je conclus donc qu'aucun motif ne permet de conclure que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, avec dépens en faveur des intimés.

Selon le dossier qui nous a été soumis, les documents visés par l'attestation mais déjà divulgués, y compris l'affidavit de M^{me} McCoy, ne sont plus protégés et peuvent être utilisés dans le cadre de l'instance. Les demandeurs peuvent contre-interroger M^{me} McCoy relativement à son affidavit. Les

60

61

62

63

conclusions are made without prejudice to future applications in this case.

The following are the reasons delivered by

64 L'HEUREUX-DUBÉ J. — While I agree substantially with the reasons of the Chief Justice and the result she reaches, I cannot agree with her view as reflected in paras. 17, 22 and 28 of her reasons that “competing interests” in disclosure must be taken into account.

65 In my view, the unequivocal language of the statute does not mandate consideration of the public interest in disclosure; I believe the Clerk or the minister must only answer two questions before certifying, namely, whether (1) the document is a Cabinet confidence; and (2) it is information that the government wishes to protect.

Appeal allowed in part with costs to the respondents.

Solicitor for the appellants: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: The Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Victoria.

documents restants sont protégés par l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces conclusions n’ont aucune incidence sur les demandes qui pourraient être présentées à l’avenir dans le présent dossier.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois d'accord, pour l'essentiel, avec les motifs du Juge en chef et le résultat auquel elle parvient, je ne partage pas l'opinion qu'elle exprime aux par. 17, 22 et 28 de ses motifs, lorsqu'elle dit qu'il faut tenir compte des « intérêts » en jeu en ce qui concerne la divulgation des renseignements.

À mon avis, le libellé non équivoque de la loi ne commande pas de prendre en considération l'intérêt public; je crois que le greffier ou le ministre doit se poser seulement les deux questions suivantes avant de délivrer une attestation : (1) S'agit-il de renseignements confidentiels du Cabinet? (2) S'agit-il de renseignements que le gouvernement désire protéger?

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur des intimés.

Procureur des appelants : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Le Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Arvay Finlay, Victoria.

Ivon Shearing *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Women's Legal Education and Action Fund, and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SHEARING

Neutral citation: 2002 SCC 58.

File No.: 27782.

2001: October 9; 2002: July 18.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Leader of a cult charged with sexual offences relating to multiple complainants — Two complainants not members of accused's cult but resident with accused — Remaining complainants disciples of accused — Whether evidence of each count of sexual misconduct was admissible as similar fact evidence of all other charges.

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Sexual offences — Diary — Trial judge permitting cross-examination of one complainant with respect to specific entries in her diary arguably inconsistent with her testimony at trial but not with respect to absence of any references to abuse in diary — Whether cross-examination on absence of reference to abuse should have been allowed.

The accused was the leader of a cult which believed that enlightenment is reached through ascension by steps of consciousness. He preached that sexual experience was a way to progress to higher levels and that he, as cult leader, could be instrumental in enabling young girls to reach higher levels through sexual and spiritual

Ivon Shearing *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHEARING

Référence neutre : 2002 CSC 58.

N° du greffe : 27782.

2001 : 9 octobre; 2002 : 18 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Chef d'une secte accusé d'infractions d'ordre sexuel contre plusieurs plaignantes — Deux plaignantes ne sont pas membres de la secte de l'accusé mais résident avec lui — Les autres plaignantes sont des adeptes de la secte de l'accusé — La preuve produite à l'égard de chaque chef d'accusation d'inconduite sexuelle était-elle admissible à titre de preuve de faits similaires relativement à toutes les autres accusations?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Infractions d'ordre sexuel — Journal intime — Juge du procès autorisant le contre-interrogatoire de l'une des plaignantes sur certaines inscriptions contenues dans son journal intime qui contrediraient son témoignage au procès, mais non sur l'absence de mention de sévices dans ce journal — Y avait-il lieu d'autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention de sévices?

L'accusé était le chef d'une secte dont les membres croyaient que l'on parvient à l'éveil en gravissant les échelons de la conscience. Il prétendait que l'expérience sexuelle était un moyen de passer d'un échelon à l'autre et que, en sa qualité de chef de la secte, il pouvait aider des jeunes filles à atteindre ces échelons supérieurs au

contact. He was charged with 20 counts of sexual offences alleged to have occurred between 1965 and 1990. Two of the 11 complainants were sisters who had resided with the accused at the cult's group residence while teenagers. They were not adherents of the cult and lived at the group home only because their mother was a member and the resident housekeeper. The other complainants were believers. The trial judge dismissed an application by the accused to sever the counts related to the sisters from the other counts. The counts were tried together and each was admitted as similar fact evidence for the others.

One of the complainant sisters kept a daily diary for eight months in 1970. She began it when she was 14 years old. The day-to-day entries covered part of the 10-year period when she alleged sexual abuse by the accused and physical abuse by her mother at the accused's instigation. When the complainant left the house six years later, her mother put some of her belongings in a cardboard box in their portion of the storage area shared with other residents. The mother moved out in 1995. About 18 months later, after the accused had been indicted, another resident of the house opened the cardboard box, found the complainant's diary and gave it to the defence. At trial, the defence sought to use the diary to contradict the complainant on the basis of entries arguably inconsistent with her evidence-in-chief, and by showing the absence of any entry chronicling physical or sexual abuse. The complainant objected and, at the *voir dire* into the admissibility of the diary, asserted a privacy interest. The trial judge permitted the accused to use the diary to cross-examine the complainant on entries the defence considered probative but did not permit cross-examination on the absence of any entries recording physical abuse by the mother or sexual abuse by the accused.

A jury convicted the accused of sexual assaults against the two sisters and five other complainants. The Court of Appeal allowed the accused's appeal with respect to two counts but otherwise dismissed the appeal.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed with respect to

moyen de contacts sexuels « spirituels ». Il a fait l'objet de 20 chefs d'accusation d'infractions d'ordre sexuel qui auraient été commises entre 1965 et 1990. Deux des 11 plaignantes étaient des sœurs qui avaient habité avec l'accusé dans la résidence commune de la secte pendant leur adolescence. Elles n'étaient pas des adeptes de la secte et elles habitaient dans la résidence commune seulement parce que leur mère était une adepte qui y résidait à titre de ménagère. Les autres plaignantes étaient des adeptes de la secte. Le juge du procès a rejeté la demande de l'accusé visant à obtenir que les chefs d'accusation relatifs aux sœurs soient séparés des autres chefs d'accusation. Les chefs d'accusation ont été instruits ensemble et chaque chef a été admis à titre de preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation.

Pendant huit mois en 1970, l'une des sœurs plaignantes a tenu chaque jour un journal intime. Elle avait 14 ans lorsqu'elle a commencé à le faire. Les inscriptions quotidiennes concernaient une partie de la période de 10 ans pendant laquelle elle aurait, d'après elle, été victime d'abus sexuels de la part de l'accusé et, à l'instigation de celui-ci, de sévices physiques de la part de sa mère. Lorsque la plaignante a quitté la maison six ans plus tard, sa mère a rangé une partie de ses biens dans une boîte de carton qu'elle a ensuite placée dans la partie de l'aire de remisage commune qui lui était assignée. La mère a déménagé en 1995. Environ 18 mois plus tard, après l'inculpation de l'accusé, une autre résidente de la maison a ouvert la boîte de carton et trouvé le journal intime qu'elle a donné à la défense. Au procès, la défense a cherché à utiliser le journal intime pour contredire la plaignante en faisant valoir qu'on y trouvait des inscriptions incompatibles avec les déclarations que cette dernière avait faites pendant son interrogatoire principal, et en démontrant l'absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels. La plaignante s'est opposée à cela et, lors du voir-dire tenu au sujet de l'admissibilité du journal intime, elle a invoqué son droit à la vie privée. Le juge du procès a permis à l'accusé d'utiliser le journal pour contre-interroger la plaignante sur les inscriptions que la défense jugeait probantes, sans toutefois l'autoriser à la contre-interroger sur l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques exercés par sa mère ou sexuels exercés par l'accusé.

Un jury a reconnu l'accusé coupable d'avoir agressé sexuellement les deux sœurs et cinq autres plaignantes. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'accusé relativement à deux chefs d'accusation, mais l'a rejeté à tout autre égard.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli à l'égard des

the counts relating to the sister who kept the diary and a new trial ordered with respect to those counts only.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Although evidence relating to an accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule arise when the probative value of similar fact evidence outweighs its prejudicial effect. In this case, the cogency of the similar fact evidence rests on the validity of the double inference that firstly, the accused had a situation-specific propensity to groom adolescent girls for sexual gratification by exploiting the cult's beliefs and its domestic arrangements, and secondly, that he proceeded in that way with each complainant. Similarity and unity of the incidents involving the complainant sisters and the others lay in the accused's *modus operandi*, his abuse of power and the theme of quack spiritualism. These incidents overlapped and were to some extent concurrent. This proximity in time made the evidence more cogent. The incidents were also spread over many years, demonstrating, if believed, a degree of extended consistency in behaviour. Similar fact evidence supported a finding of situation-specific behaviour and it was thus open to the jury to draw the double inference.

That said, the trial judge was then required to consider the countervailing issue of potential moral and reasoning prejudice to the accused. The similar fact evidence had significant potential to create moral prejudice and required a high probative value to be admissible. It was inflammatory, and painted the accused as a "bad person" albeit it was not introduced for that purpose and would only incidentally have that effect. It was introduced in response to issues raised by the defence, namely consent in the case of the complainant believers and the defence that the alleged acts never happened in the case of the housekeeper's daughters.

The combination of sex and spiritualism was inevitably inflammatory. The accused's defence to the female complainants who were believers (religiously inspired consent) became more delicate when the jury was told that he also had sexual relations with two sisters from the age of 13 who were not disciples but simply residents of his household. Similarly, the accused's denial of sexual activity with the housekeeper's daughters may have lost much of its force in light of the admitted sexual touching

chefs d'accusation relatifs à la sœur qui a tenu le journal intime, et un nouveau procès est ordonné à l'égard de ces chefs d'accusation seulement.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Même si la preuve relative à une prédisposition de l'accusé est généralement exclue, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur son effet préjudiciable. En l'espèce, la force probante de la preuve de faits similaires dépend de la validité de la double inférence voulant, premièrement, que l'accusé ait eu, dans une situation particulière, une propension à initier des adolescentes au plaisir sexuel en exploitant les croyances de la secte par la façon dont la vie commune de la secte était organisée, et deuxièmement, qu'il ait agi de cette façon avec chacune des plaignantes. La similitude et l'unité sous-jacente des épisodes relatifs aux sœurs plaignantes et de ceux relatifs aux autres plaignantes résident dans le *modus operandi* de l'accusé, dans l'abus de pouvoir qu'il a exercé et dans un thème de spiritualisme charlatanesque. Ces épisodes se sont chevauchés et étaient jusqu'à un certain point concomitants. Cette proximité temporelle rendait la preuve plus probante. Les épisodes étaient aussi étalés sur plusieurs années et démontraient, si on y ajoutait foi, l'existence d'un comportement très constant. La preuve de faits similaires étayait une conclusion à l'existence d'un comportement adopté dans une situation particulière. Il était donc loisible au jury de faire la double inférence.

Cela dit, le juge du procès était alors tenu d'examiner la question opposée du préjudice moral et du préjudice par raisonnement que risquait de subir l'accusé. La preuve de faits similaires présentait un risque important de préjudice moral et devait avoir une grande valeur probante pour être admissible. Elle était incendiaire et présentait l'accusé comme une « mauvaise personne », bien qu'elle n'ait pas été produite à cette fin et qu'elle n'ait eu cet effet qu'accessoirement. Elle visait à répondre aux questions soulevées par la défense, à savoir que les plaignantes adeptes étaient consentantes et que les actes allégués n'avaient jamais été accomplis dans le cas des filles de la ménagère.

Le mélange de sexe et de spiritualisme était inévitablement incendiaire. Le moyen de défense invoqué par l'accusé dans le cas des plaignantes adeptes (consentement fondé sur des motifs religieux) s'est fragilisé lorsque le jury a été informé que l'accusé avait aussi commencé à avoir des relations sexuelles avec deux sœurs au moment où elles étaient âgées de 13 ans, lesquelles étaient non pas des adeptes, mais simplement des résidentes de son foyer. De même, la dénégation par l'accusé de toute

of other adolescent girls, to which the only defence was consent (vitiated, so the jury must have found, by the abuse of authority).

With respect to reasoning prejudice, the danger was that the jury might become confused by the multiplicity of incidents, and become distracted by the cumulative force of so many allegations from their task of deciding carefully each charge one by one. However, the accused was not taken by surprise nor limited in his response to any allegation and the jury was properly warned about the prohibition on inferring guilt from general disposition.

After weighing up probative value against prejudice, the trial judge concluded that both the prejudicial effect and the probative value of the similar fact evidence were “significant”, but that in the end the probative value prevailed. There is no reason to interfere with that conclusion. Absent error in principle, the decision on weighing probative value against moral and reasoning prejudice rests with the trial judge.

While there was some evidence of opportunity for collusion or collaboration and motive, and of communication among complainants, the evidence was not strong, and the trial judge was right to let the question of collusion go to the jury. The trial judge adequately outlined the defence and did not err by failing to review for the jury each of the alleged dissimilarities in the acts. The dissimilarities clearly emerged in the narrative of each count by each complainant and did not detract very significantly from the probative value of the evidence on the issue of *modus operandi*.

Cross-examination of the complainants was of critical importance. Evidence relevant to a defence can be excluded only if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. Cross-examination in a sexual assault case may distort the search for truth if it puts the complainant on trial and limitations have been imposed by the courts to protect a complainant’s privacy interest, particularly where cross-examination may be directed to rape myths. This concern lay at the heart of the trial judge’s ruling. The cogency of the proposed cross-examination rested on the unspoken premise that sexual

activité sexuelle avec les filles de la ménagère risquait d’être affaiblie considérablement par les aveux d’attouchements sexuels sur d’autres adolescentes, à l’égard desquels le seul moyen de défense invoqué était le consentement (vicié par l’abus d’autorité, comme doit l’avoir conclu le jury).

En ce qui concerne le préjudice par raisonnement, il existait un risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et que la force cumulative d’un nombre aussi élevé d’allégations l’empêche d’accomplir la tâche qui lui incombait de se prononcer soigneusement sur chacune des accusations l’une après l’autre. Cependant, l’accusé n’a pas été pris au dépourvu et sa réponse aux allégations n’a pas été limitée. De plus, le jury a reçu une mise en garde appropriée au sujet de l’interdiction d’inférer la culpabilité à partir d’une prédisposition générale.

Après avoir déterminé la valeur probante en fonction du préjudice, le juge du procès a conclu que l’effet préjudiciable et la valeur probante de la preuve de faits similaires étaient « importants » tous les deux, mais qu’en fin de compte la valeur probante l’emportait. Il n’y a aucune raison de modifier cette conclusion. En l’absence d’erreur de principe, la décision relative à la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice moral et du préjudice par raisonnement doit être prise par le juge du procès.

Bien qu’elle ait indiqué jusqu’à un certain point qu’il existait un mobile et une possibilité de collusion ou de collaboration et que les plaignantes avaient communiqué entre elles, la preuve était faible et le juge du procès a eu raison de soumettre la question de la collusion à l’appréciation du jury. Le juge du procès a exposé adéquatement le moyen de défense et il n’a commis aucune erreur en ne passant pas en revue pour le jury chacune des différences qu’auraient comportées les actes en cause. Les différences ressortaient clairement du récit que chaque plaignante a fait au sujet de chacun des chefs d’accusation et ne diminuaient pas de façon très importante la valeur probante de la preuve relative à la question du *modus operandi*.

Le contre-interrogatoire des plaignantes avait une importance cruciale. La preuve pertinente relativement à un moyen de défense ne peut être écartée que si son effet préjudiciable l’emporte sensiblement sur sa valeur probante. Le contre-interrogatoire consistant à faire le procès du plaignant dans une affaire d’agression sexuelle risque de fausser la recherche de la vérité. Les tribunaux ont assujéti le contre-interrogatoire à certaines limites afin de protéger le droit du plaignant au respect de sa vie privée, particulièrement lorsque le contre-interrogatoire porte sur des mythes sur le viol. Cette préoccupation

assaults, if they occurred, would have been recorded in the diary.

The diary was not wrongfully taken. The real issue concerned the privacy status of the information it contained. Privacy rights have been disentangled from their roots in private property and a loss of physical possession will not necessarily defeat a privacy interest. Sections 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* address production of personal information and had no application to the admissibility or use of the diary. Having rightly rejected the applicability of ss. 278.1 to 278.9, the trial judge erred on the *voir dire* by applying principles drawn from *O'Connor* related to production of documents to determine the admissibility and use of the diary in cross-examination. The balancing of interest test set out in *O'Connor* applicable to questions of production is not the test for the scope of cross-examination.

The complainant's privacy interest did not substantially outweigh the accused's right to test the complainant's memory by cross-examination on the absence of entries in the diary recording abuse. The omission of entries recording sexual abuse would be probative only if the defence established its premise, namely that there was a reasonable expectation that recordings of abuse, if abuse occurred, would have been made by the complainant. At the time of the trial, the complainant was an adult. Arguable contradictions between her testimony-in-chief and her diary nourished the defence argument that the diary and the omissions provided the more accurate picture of events. The absence of entries recording abuse was potentially probative of the complainant's credibility. The defence was rightly precluded from asking the jury to assume that if abuse had occurred it would have been recorded, but it does not follow that the defence should have been precluded from attempting to demonstrate its premise before the jury using the diary. The court ought not to have assumed how the complainant would respond to the cross-examination. The fact that the entries were mundane or that the complainant's lifestyle or reputation would not be on trial does not eliminate the complainant's privacy interest but it lessens its weight.

est au cœur de la décision du juge du procès. La force probante du contre-interrogatoire projeté était fondée sur la prémisse tacite selon laquelle les agressions sexuelles auraient été consignées dans le journal intime si elles avaient eu lieu.

Il n'y a eu aucune appropriation illicite du journal intime. La véritable question qui se posait concernait la confidentialité des renseignements contenus dans ce journal. On a dégagé le droit à la vie privée de son enracinement dans la propriété privée. La perte de la possession d'un bien ne réduit pas nécessairement à néant le droit à la vie privée. Les articles 278.1 à 278.9 du *Code criminel* concernent la communication de renseignements personnels et ne s'appliquaient ni à l'admissibilité ni à l'utilisation du journal intime. Après avoir rejeté à bon droit l'applicabilité des art. 278.1 à 278.9, le juge du procès a commis une erreur, lors du voir-dire, en appliquant les principes de l'arrêt *O'Connor* liés à la production de documents pour décider si le journal intime était admissible et s'il pouvait être utilisé lors du contre-interrogatoire. Le critère consistant à soulever des droits qui, d'après l'arrêt *O'Connor*, est applicable aux questions de production n'est pas pertinent en ce qui concerne la portée du contre-interrogatoire.

Le droit à la vie privée de la plaignante ne l'emportait pas sensiblement sur le droit de l'accusé de vérifier la mémoire de la plaignante en la contre-interrogeant sur l'absence, dans son journal intime, d'inscriptions faisant état de sévices. L'absence d'inscriptions faisant état de sévices sexuels ne serait probante que si la défense faisait la démonstration de sa prémisse selon laquelle on s'attendait raisonnablement à ce que la plaignante consigne ces sévices si elle en était victime. Au moment du procès, la plaignante était une adulte. Des contradictions discutables entre son journal intime et le témoignage qu'elle a fait lors de son interrogatoire principal alimentaient l'argument de la défense selon lequel le journal intime et l'absence d'inscriptions qu'on y constatait offraient un portrait plus exact des événements survenus. L'absence d'inscriptions faisant état de sévices pouvait avoir une valeur probante en ce qui concernait la crédibilité de la plaignante. La défense s'est vu interdire à bon droit de demander au jury de tenir pour acquis que les sévices auraient été consignés s'ils avaient été exercés, mais il ne s'ensuit pas qu'il fallait également l'empêcher de tenter de se servir du journal intime pour faire la démonstration de sa prémisse devant le jury. Le tribunal n'aurait pas dû présumer quelles seraient les réponses que la plaignante donnerait lors de son contre-interrogatoire. Sans éliminer le droit à la vie privée de la plaignante, le fait que les inscriptions étaient banales ou que l'on ne faisait pas le procès du mode de vie et de la réputation de cette dernière diminue cependant le poids à accorder à ce droit.

It cannot be said that the verdict on the charges related to this complainant would necessarily have been the same had the cross-examination been permitted, and the curative proviso is therefore inapplicable. An order for a new trial on the charges related to this complainant does not cast doubt on the correctness of the other verdicts. The appeal is therefore dismissed with respect to the other complainants.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting in part): The defence should have been required to return the diary to the complainant and to seek its production through the proper statutory channels. The complainant did not abandon her property interest in her diary. Where an individual retains a privacy interest in her property, she cannot be deemed to have abandoned the property. A party alleging abandonment of private goods faces a significant burden of proving a giving up, a total desertion and an absolute relinquishment of the goods. Here, the complainant's property interest necessarily encompassed her privacy interest, and thus the accused's argument that he did not illegally possess the diary because the complainant had abandoned it is without merit. Some of the concerns posed at the production stage of documents may not be present if the accused has already examined the contents of the record to be produced, but this is not an adequate reason to allow accused persons to benefit from unlawfully or wrongfully circumventing the statutory scheme. Such a result frustrates the purpose of the legislation and the constitutional rights of sexual assault victims.

The trial judge correctly refused the defence's cross-examination on the absence of references to abuse in the diary. Defence evidence is only admissible if its probative value substantially outweighs its prejudicial effect. In weighing prejudicial and probative value, the trial judge must consider the complainant's privacy and equality rights as well as the accused's right to full answer and defence. The proposed questions on the absence of entries would have introduced a high potential of prejudice to the complainant, substantially outweighing their probative value. A teenager's diary is high on the spectrum of records in which one has a privacy interest and the complainant had a reasonable, continuing expectation of privacy. Her diary was an outlet for personal self-expression recording intimate details of part of her life and the fact that the entries were mundane did not lessen her

On ne peut pas dire que le verdict prononcé au sujet des accusations relatives à la plaignante dont il est question en l'espèce aurait nécessairement été le même si le contre-interrogatoire avait été autorisé. De ce fait, la disposition réparatrice est inapplicable. Une ordonnance de nouveau procès à l'égard des accusations relatives à la plaignante en question ici ne met pas en doute la justesse des autres verdicts. Le pourvoi est donc rejeté en ce qui a trait aux autres plaignantes.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents en partie) : La défense aurait dû être contrainte à remettre à la plaignante son journal intime et à en solliciter la production par les voies légales appropriées. La plaignante n'a pas abandonné son droit de propriété sur son journal intime. La personne qui conserve son droit au respect de sa vie privée à l'égard d'un de ses biens ne peut être présumée avoir abandonné ce bien. La charge de prouver l'abandon de biens personnels incombe à la partie qui plaide ce moyen, et il s'agit d'un fardeau relativement lourd, dont la partie ne peut s'acquitter qu'en prouvant abandon, délaissement total et renonciation absolue touchant les biens en question. En l'espèce, puisque le droit de propriété de la plaignante englobe nécessairement son droit au respect de sa vie privée, l'argument de l'accusé selon lequel il n'était pas illégalement en possession du journal parce que la plaignante l'avait abandonné est dénué de tout fondement. Il est possible que certaines considérations applicables à l'étape de la production de documents ne soient plus présentes lorsque l'accusé a déjà examiné le contenu des documents dont il sollicite la production, mais il ne s'agit pas là d'une raison suffisante pour permettre aux accusés qui parviennent à contourner les mesures prévues par la loi par des moyens illégaux ou illégitimes de bénéficier de leur comportement répréhensible. Un tel résultat ferait échec à l'objectif des dispositions législatives et aux droits constitutionnels des victimes d'agression sexuelle.

Le juge du procès a eu raison de ne pas autoriser la défense à contre-interroger la plaignante sur l'absence de mention de sévices dans son journal intime. La preuve de la défense n'est admissible que si sa valeur probante l'emporte nettement sur son effet préjudiciable. Lorsqu'il soupèse l'effet préjudiciable et la valeur probante, le juge du procès doit prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'importance des droits du plaignant à l'égalité et au respect de sa vie privée. Les questions qu'on se proposait de poser sur l'absence de mention dans le journal intime auraient créé un risque élevé de préjudice pour la plaignante, risque l'emportant nettement sur leur valeur probante. Les journaux personnels des adolescents font partie des documents à l'égard desquels le droit à la vie privée est le plus élevé, et la plaignante possédait une attente raisonnable et durable

privacy interest. The court does not examine the contents of a private document to evaluate a privacy interest because informational privacy derives from an assumption that all information about a person is in a fundamental way his or her own. The extensive, wide-ranging cross-examination of much of the entire contents of the diary required to establish an absence of mention of abuse would have aggravated the violation of privacy rights. Moreover, the process of establishing the reliability of the evidence would be time-consuming and potentially sidetrack the trial.

This Court must be sensitive to equality concerns and the policy of encouraging reports of sexual assaults. The defence's rejection of a tailored cross-examination was fatal. Allowing cross-examination on the absence of entries recording abuse would have endorsed the same discriminatory beliefs that underlie the unfounded "recent complaint" myth and wrongly implied that the absence of such entries is support for a conclusion that the events were fabricated. The trial judge correctly considered the proposed cross-examination on a *voir dire*. The defence had a full and fair opportunity on the *voir dire* to lay a rational foundation for the cross-examination but failed to demonstrate any valid reason or rational basis for the questioning. The trial judge correctly held that the probative value of the evidence was minimal, if anything. Furthermore, the right of the accused to make full answer and defence does not stand or fall on whether the accused may engage in this particular line of cross-examination.

As found by the majority, the trial judge did not err in admitting the similar fact evidence.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; **explained:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; **referred to:** *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. C. (M.H.)*, [1991]

en matière de respect de sa vie privée. Son journal servait d'exutoire à son besoin d'expression personnelle et comportait des détails intimes sur une partie de sa vie. De plus, le fait que les inscriptions y figurant étaient banales n'a pas pour effet de réduire le droit de la plaignante au respect de sa vie privée. Les tribunaux n'examinent pas la teneur d'un document personnel pour évaluer le droit de son propriétaire au respect de sa vie privée, parce que, sur le plan de l'information, la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé. Le contre-interrogatoire extensif sur une grande partie du contenu du journal qui aurait été nécessaire pour établir l'absence de mention d'abus aurait eu pour effet d'aggraver la violation des droits relatifs à la vie privée. En outre, la procédure de preuve et contre-preuve sur la question de la fiabilité demanderait un temps considérable et risquerait de faire dévier le procès.

Notre Cour doit être sensible à la fois aux préoccupations relatives à l'égalité qui existent en l'espèce et à la politique qui consiste à encourager les victimes à signaler les agressions sexuelles. La décision par la défense de ne pas procéder à un contre-interrogatoire plus circonscrit sur l'absence de mention des sévices dans le journal a été fatale. Autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention d'agression sexuelle dans le journal intime de la plaignante serait revenu à souscrire aux mêmes croyances discriminatoires qui sont à la base du mythe de la « plainte immédiate » et aurait impliqué à tort que l'absence de telles mentions étaye la conclusion que les faits ont été inventés. Le juge du procès a à juste titre examiné, dans le cadre d'un voir-dire, l'opportunité du contre-interrogatoire projeté. La défense a eu amplement la possibilité au cours du voir-dire de démontrer l'existence d'un fondement rationnel justifiant le contre-interrogatoire projeté, mais elle n'a pas réussi à le faire. Le juge du procès a eu raison de conclure que la valeur probante de l'élément de preuve était au mieux minime. De plus, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne saurait dépendre de la possibilité pour ce dernier de procéder au contre-interrogatoire qu'il proposait de mener.

Comme l'a conclu la majorité, le juge du procès n'a pas fait erreur en admettant la preuve de faits similaires.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; **arrêts interprétés :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; **arrêts mentionnés :** *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1

1 S.C.R. 763; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Law, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30, Preamble.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3), 278.1 to 278.9 [ad. 1997, c. 30, s. 1], 278.2(1) [am. 1998, c. 9, s. 3], 278.3(5), 278.5(2)(f), (g), 278.6(1), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "abandonment".

Brown, Ray Andrews. *The Law of Personal Property*, 2nd ed. Chicago: Callaghan, 1955.

LaVacca, Joyce B. "Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes" (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 233, 133 B.C.A.C. 121, 217 W.A.C. 121, 31 C.R. (5th) 177, [2000] B.C.J. No. 235 (QL), 2000 BCCA 83, which allowed an appeal with respect to two counts from a decision of Henderson J. but otherwise affirmed the decision. Appeal allowed in

R.C.S. 717; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Law, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11(d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3), 278.1 à 278.9 [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 278.2(1) [mod. 1998, ch. 9, art. 3], 278.3(5), 278.5(2)(f), g), 278.6(1), 686(1)(b)(iii).

Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, préambule.

Doctrine citée

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « abandonment ».

Brown, Ray Andrews. *The Law of Personal Property*, 2nd ed. Chicago : Callaghan, 1955.

LaVacca, Joyce B. « Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes » (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston : Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourne. Boston : Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 143 C.C.C. (3d) 233, 133 B.C.A.C. 121, 217 W.A.C. 121, 31 C.R. (5th) 177, [2000] B.C.J. No. 235 (QL), 2000 BCCA 83, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision du juge Henderson relativement à deux chefs d'accusation, mais qui a confirmé la validité de cette

part, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

Richard C. C. Peck, Q.C., David M. Paciocco and Nikos Harris, for the appellant.

William F. Ehrcke, Q.C., and Jennifer Duncan, for the respondent.

Leslie Paine and Christine Bartlett-Hughes, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Sheilah Martin, Q.C., and Ritu Khullar, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund.

Frank Addario, for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BINNIE J. — This appeal requires us to consider the appropriate limits on the cross-examination of a 42-year-old woman complainant about the contents of a diary she kept as a teenager at the time of alleged sexual abuse, some 27 years before the trial. We must, as well, consider the admissibility of similar fact evidence of other complainants. These and subsidiary questions arise in the prosecution of the appellant, the leader of a marginal cult called the Kabalarians, for sexual offences between 1965 and 1990 that included indecent assault, gross indecency and sexual intercourse with a person under 14 years old. At trial, the appellant was convicted by a British Columbia jury of sexual assault of his housekeeper's two teenage daughters, one of whom is the diarist, and five other young women who were led to believe that what appeared to be sexual misconduct was in fact a religious experience. The appellant was acquitted of all charges in respect of the other complainants.

décision à tout autre égard. Pourvoi accueilli en partie, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

Richard C. C. Peck, c.r., David M. Paciocco et Nikos Harris, pour l'appellant.

William F. Ehrcke, c.r., et Jennifer Duncan, pour l'intimée.

Leslie Paine et Christine Bartlett-Hughes, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sheilah Martin, c.r., et Ritu Khullar, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Frank Addario, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BINNIE — Nous sommes appelés en l'espèce à examiner les limites appropriées du contre-interrogatoire d'une plaignante de 42 ans au sujet du contenu d'un journal intime qu'elle avait tenu pendant son adolescence, à l'époque où elle aurait été victime d'abus sexuels, soit quelque 27 années avant le procès. Nous devons également nous pencher sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires d'autres plaignantes. Ces questions ainsi que certaines questions subsidiaires sont soulevées dans le cadre des poursuites intentées contre l'appellant, chef d'une secte marginale appelée les *Kabalarians* (ci-après « Kabalariens »), pour des infractions d'ordre sexuel commises entre 1965 et 1990, dont des attentats à la pudeur, des actes de grossière indécence et des relations sexuelles avec une personne âgée de moins de 14 ans. À son procès devant jury en Colombie-Britannique, l'appellant a été reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement les adolescentes de sa ménagère, dont l'auteure du journal intime, et cinq autres jeunes femmes. Ces victimes ont été amenées à croire que ce qui paraissait être une inconduite sexuelle était en fait une expérience religieuse. L'appellant a été acquitté à l'égard de tous les chefs d'accusation relatifs aux autres plaignantes.

2

These convictions were upheld by the British Columbia Court of Appeal with two exceptions not relevant to the legal issues just mentioned: (2000), 143 C.C.C. (3d) 233. There is no cross-appeal on those counts. In my opinion, the appellant's further appeal to this Court should be allowed with respect to the counts relating to one of the housekeeper's daughters (KWG), and a new trial ordered in that respect. The appeal with respect to the other six complainants should be dismissed.

I. Facts

A. *The Kabalarian Teaching*

3

The Kabalarians are a secretive society whose original philosophy seems to have been reduced by the appellant to a hodge-podge of spiritual fantasies (e.g., having sex with disembodied minds). Kabalarians believe that enlightenment is reached through ascension by steps of consciousness. Sexual experience, the appellant says, is a key way to progress to the next level. Perhaps not surprisingly, the appellant preached that he, as the leader, could be instrumental in enabling young girls to reach these higher levels through sexual/spiritual contact with him. The Kabalarian teaching was summarized in part by Donald J.A. in the British Columbia Court of Appeal (citing the appellant's factum), as follows (at para. 18):

It is the duty of parents to teach their children to develop their minds. Unbalanced minds continue after the death of a body and can be dangerous to living minds by becoming disembodied minds. A living person who is in a negative state of mind is in danger of drawing from the plane of disembodied minds. A person who is having a sexual problem could attract from the negative sexual plane of mind. That person would then need a session to remove the disembodied mind through a medium. This is referred to as "mental work" and could be performed by Mr. Parker [the founder of the Kabalarian philosophy and predecessor to the appellant] and later by [the appellant].

4

Several of the complainants described the appellant's statements in like terms: he talked about

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé les déclarations de culpabilité à deux exceptions près qui ne sont pas pertinentes en ce qui concerne les questions de droit que je viens de mentionner : (2000), 143 C.C.C. (3d) 233. Aucun pourvoi incident n'est formé à l'égard de ces chefs d'accusation. À mon avis, il y a lieu d'accueillir le pourvoi de l'appelant devant notre Cour en ce qui a trait aux chefs concernant l'une des filles de la ménagère (KWG), et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cet égard. Il y a lieu de rejeter le pourvoi relativement aux six autres plaignantes.

I. Les faits

A. *L'enseignement kabalarien*

Les Kabalariens constituent une société occulte dont l'appelant semble avoir réduit la philosophie originale à un salmigondis de fantasmes spirituels (par exemple, avoir des relations sexuelles avec des esprits désincarnés). Les Kabalariens croient que l'on parvient à l'éveil en gravissant les échelons de la conscience. Selon l'appelant, l'expérience sexuelle est indispensable pour passer d'un échelon à l'autre. Il n'est peut-être pas étonnant qu'il ait prétendu pouvoir, en sa qualité de chef de la secte, aider des jeunes filles à atteindre ces échelons supérieurs au moyen de contacts sexuels « spirituels » avec lui. Le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, citant le mémoire de l'appelant, a résumé en partie l'enseignement kabalarien en ces termes (au par. 18) :

[TRADUCTION] Les parents ont le devoir d'apprendre à leurs enfants à développer leur esprit. L'esprit déséquilibré survit au corps qui meurt et peut constituer un danger pour l'esprit des êtres vivants en devenant un esprit désincarné. La personne vivante qui est dans un état d'esprit négatif risque d'être possédée par des esprits désincarnés. La personne qui éprouve un problème sexuel pourrait attirer un esprit sexuel négatif. Cette personne devrait alors se soumettre à une séance au cours de laquelle un médium tenterait de chasser l'esprit désincarné. C'est ce qui est appelé « travail mental » et qui pouvait être effectué par M. Parker [fondateur de la philosophie kabalarienne et prédécesseur de l'appelant] et, plus tard, par [l'appelant].

Plusieurs des plaignantes ont décrit les propos de l'appelant dans des termes semblables à ceux-ci :

relieving them of “a negative plane of mind”, helping the complainant to become a “medium”, assisting a complainant’s spiritual development to reach a higher plane of mind through him (since he was a “high spiritual being”), performing a “mental demonstration” (while engaged in physical sexual touching), being close to the “principle” (“universal consciousness”), developing the complainant into an “instrument” and reaching mental oneness through physical oneness. The appellant told some of them during “mental demonstrations” that their negative or disembodied plane of mind revealed that they wanted to be raped.

I should make it clear that the Kabalarian philosophy as such is not and never was on trial. Its relevance to this case is only as background to the distinctive sexual embellishments apparently added by the appellant. There was some evidence that these sexual embellishments were not part of Kabalarianism under the leadership of the appellant’s predecessor.

The appellant cautioned his “pupils” that they shared a special relationship or bond with him and should not tell anyone else. He suggested to some of the complainants that they were being subjected to sexual intercourse while they slept by the “minds” of dead priests. Many of the complainants testified that since the appellant was the spiritual leader of the Kabalarians, they believed at the time that his purpose was spiritual and not for his own sexual gratification. There was shock on the part of some when he used the word “fuck” because the Kabalarian philosophy did not permit swearing. One testified that the appellant said his “sperm was spiritual [and] that it would not make [her] pregnant”.

B. *The Complainants*

The 11 original complainants were divided into two groups by the defence for procedural purposes including assessing similar fact evidence, grouping similar defences, and the application for severance of the charges.

il parlait de les libérer d’un [TRADUCTION] « esprit négatif », d’aider la plaignante à devenir un « médium », de favoriser le développement spirituel d’une plaignante afin qu’elle puisse atteindre un niveau d’esprit plus élevé grâce à lui (étant donné qu’il est un « être spirituel supérieur »), de faire une « démonstration mentale » (en se livrant à des attouchements sexuels), d’être proche du « principe » (« conscience universelle »), de faire de la plaignante un « instrument » et de parvenir à l’union mentale par l’union physique. Au cours de « démonstrations mentales », l’appelant a dit à certaines d’entre elles que leur esprit négatif ou désincarné indiquait qu’elles voulaient être violées.

Je tiens à rappeler clairement que la philosophie kabalarienne comme telle n’est pas et n’a jamais été en cause. En l’espèce, elle n’est pertinente que pour situer dans leur contexte les élucubrations sexuelles distinctives que l’appelant a apparemment ajoutées. Certains éléments de preuve indiquaient que ces éléments sexuels ne faisaient pas partie du mouvement kabalarien au moment où il était dirigé par le prédécesseur de l’appelant.

L’appelant a prévenu ses « élèves » qu’il existait entre elles et lui un rapport ou un lien particulier qui devait rester secret. Il a indiqué à certaines plaignantes que les « esprits » de prêtres décédés avaient des relations sexuelles avec elles pendant leur sommeil. Plusieurs plaignantes ont témoigné avoir cru à l’époque que, parce qu’il était le chef spirituel des Kabalariens, l’appelant agissait à des fins spirituelles et non dans le but de tirer un plaisir sexuel. Certaines d’entre elles avaient été bouleversées de l’entendre prononcer le mot « *fuck* », étant donné que la philosophie kabalarienne interdisait les jurons. Une plaignante a déclaré avoir entendu l’appelant dire que son [TRADUCTION] « sperme était spirituel [et] qu’il ne [la] rendrait pas enceinte ».

B. *Les plaignantes*

La défense a réparti les 11 plaignantes initiales en deux groupes à des fins procédurales, notamment pour évaluer la preuve de faits similaires et rassembler les moyens de défense analogues, ainsi que pour les besoins de la demande de séparation des chefs d’accusation.

(1) The Housekeeper's Daughters

8 The "G" complainants are two sisters (KWG and SG) who resided with the appellant at a group Kabalarian residence (the "Centre") located in Vancouver. The two sisters, about a year apart in age, lived on the top floor of the house in one room with their mother, who had earlier been the housekeeper for the Kabalarians' founder and stayed on to work with the appellant. The mother was a believer. The sisters were not. For most of the time the appellant was the only adult male in the household of 10 to 12 people. SG said they believed that if they resisted the appellant's sexual advances they and their mother would be "kicked out" of the house. The appellant's defence to the charges of sexual abuse of the G complainants was simply that the alleged acts never occurred. He did not testify at the trial.

(2) The Teenage Disciples

9 The "non-G" complainants did not reside with the appellant but in their own homes located close to the Centre where they went for "religious" instruction. They were believers. The situs of the alleged misconduct was at the Centre itself or at a summer camp run by the Kabalarians in the Okanagan Valley. Those counts that led to convictions generally alleged less serious offences than those alleged by the G sisters. The appellant's defence, moreover, was different in that he conceded sexual touching occurred but argued that either the non-G complainants consented or that he reasonably believed that they had consented.

C. *The Application for Severance*

10 The appellant applied at trial for a severance of the counts related to the G complainants from the other complainants but this was denied by the trial

(1) Les filles de la ménagère

Les plaignantes « G » sont deux sœurs (KWG et SG) qui habitaient avec l'appelant dans une résidence commune de la secte kabalarienne (le « Centre »), située à Vancouver. Les deux sœurs, nées à environ un an d'intervalle, vivaient dans une pièce située à l'étage supérieur de la maison, avec leur mère qui avait été la ménagère du fondateur des Kabalariens et qui était demeurée au service de l'appelant. La mère était une adepte de la secte. Les sœurs ne l'étaient pas. La plupart du temps, l'appelant était le seul adulte de sexe masculin dans ce ménage composé de 10 à 12 personnes. SG a affirmé que sa sœur et elle croyaient que, si elles résistaient aux avances sexuelles de l'appelant, leur mère et elles seraient « expulsées » de la maison. Pour se défendre contre les accusations d'abus sexuels commis contre les plaignantes G, l'appelant a simplement fait valoir que les actes allégués n'avaient jamais été accomplis. Il n'a pas témoigné au procès.

(2) Les adolescentes qui étaient des adeptes de la secte

Les plaignantes autres que les sœurs G habitaient non pas avec l'appelant, mais dans leurs maisons respectives situées à proximité du Centre, où elles se rendaient pour y recevoir un enseignement « religieux ». Elles étaient des adeptes de la secte. L'inconduite en question aurait eu lieu au Centre lui-même ou dans un camp d'été exploité par les Kabalariens dans la vallée de l'Okanagan. Les chefs d'accusation déposés faisaient généralement état d'infractions moins graves que celles alléguées par les sœurs G. De plus, l'appelant a invoqué un moyen de défense différent en reconnaissant l'existence d'attouchements sexuels, mais en prétendant que les plaignantes autres que les sœurs G étaient alors consentantes ou encore qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'elles étaient consentantes.

C. *La demande de séparation des chefs d'accusation*

Lors du procès, l'appelant a demandé que les chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G soient séparés de ceux relatifs aux autres plaignantes. Le

judge who ruled that the 20 counts were similar fact evidence for one another and could therefore appropriately be tried together.

D. *The Diary*

One of the housekeeper's daughters, KWG, kept a daily diary for eight months in 1970. She began it when she was 14 years old. The day-to-day entries covered part of the 10-year period (December 1966 to January 1976) when she alleged sexual abuse by the appellant and physical abuse by her mother at the appellant's instigation. The diary made no mention of either kind of abuse. When she left the house six years later, in a hurry she says, her mother put some of her belongings in a cardboard box in a storage area shared with other residents. Over 22 years later, after the appellant had been indicted, another resident of the house stumbled across the diary (mistaking the cardboard box to be her own). Seeing KWG's name written on the diary, she realized what it was and turned it over to the defence without alerting either KWG, the Crown or the police. The existence of the diary was not disclosed by the defence until mid-trial after KWG had completed her evidence-in-chief.

II. Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

judge du procès a rejeté cette demande après avoir conclu que les 20 chefs d'accusation constituaient une preuve de faits similaires l'un envers l'autre et qu'ils pouvaient donc à bon droit être instruits ensemble.

D. *Le journal intime*

Pendant huit mois en 1970, KWG, l'une des filles de la ménagère, a tenu chaque jour un journal intime. Elle avait 14 ans lorsqu'elle a commencé à le faire. Les inscriptions quotidiennes concernaient une partie de la période de 10 ans (de décembre 1966 à janvier 1976) pendant laquelle elle aurait, d'après elle, été victime d'abus sexuels de la part de l'appelant et, à l'instigation de celui-ci, de sévices physiques de la part de sa mère. Le journal ne fait état ni d'abus sexuels ni de sévices physiques. Lorsqu'elle a quitté la maison six ans plus tard, précipitamment selon ses dires, sa mère a rangé une partie de ses biens dans une boîte de carton qu'elle a ensuite placée dans une aire de remisage partagée avec d'autres résidents. Plus de 22 années plus tard, après l'inculpation de l'appelant, une autre résidente de la maison a découvert par hasard le journal intime (après avoir cru à tort que la boîte de carton était la sienne). En apercevant les initiales de KWG sur le journal intime, elle a compris ce dont il s'agissait et l'a remis à la défense sans prévenir KWG, le ministère public ou la police. La défense n'a révélé l'existence du journal intime qu'au milieu du procès, après la fin de l'interrogatoire principal de KWG.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46**265. . . .**

(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.

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, “record” means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing . . . personal journals and diaries

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of [listing designated offences] . . . except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

III. Judgments**A. *British Columbia Supreme Court — Henderson J.*****(1) Severance of the Counts / Similar Fact Evidence**

At the trial, defence counsel applied after the non-G complainants testified and before the G sisters were examined to have the G counts severed from the counts relating to the other (original) nine complainants. The trial judge ruled the evidence to be admissible as similar facts:

In my view, the prejudicial effect of the [G] evidence is, in this case, outweighed by its probative value. The nature of the sexual acts testified to by the [Gs], their frequency, and the sorts of things said by the accused to the [Gs] will, if believed by the jury, assist them in assess-

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46**265. . . .**

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

- a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l'exercice de l'autorité.

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : [. . .] le journal intime

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 :

III. Les jugements**A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — le juge Henderson*****(1) Séparation des chefs d'accusation et preuve de faits similaires**

Au procès, après le témoignage des plaignantes autres que les sœurs G, mais avant l'interrogatoire des sœurs G, l'avocat de la défense a demandé que les chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G soient séparés de ceux relatifs aux neuf autres plaignantes (initiales). Le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'une preuve de faits similaires admissible :

[TRADUCTION] À mon avis, la valeur probante du témoignage [des sœurs G], en l'espèce, l'emporte sur son effet préjudiciable. La nature des actes sexuels mentionnés par les [sœurs G], leur fréquence et le genre de propos tenus par l'accusé aux [sœurs G] aideront le jury,

ing the credibility of an assertion by the accused that the other acts with the other complainants were not sexual in nature but intended only to serve a spiritual purpose. That appears to be the fundamental issue with regard to those complainants. It is said that they consented through fraud, the fraud being the misrepresentation to which I have referred.

The evidence of the [Gs] is highly relevant to that central issue as it tends to rebut a defence of an innocent non-sexual purpose and a genuine consent by the complainants.

Having ruled the evidence admissible as similar facts, the trial judge dismissed the severance application.

(2) Cross-examination on the Personal Diary

The trial judge said the threshold issue was

whether or not [KWG] has waived any interest in maintaining privacy over the information as opposed to caring about possession of the physical paper. She may have abandoned the piece of paper, she may not need it or want it anymore. That doesn't necessarily mean she is happy to have the world know about the information that's in there.

The trial judge also held that ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* did not apply because the diary was already in the possession of the defence. No order of production was therefore either sought or required.

Applying the principles set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the trial judge looked to the "individual pieces of information that [defence counsel] seeks to elicit and the way in which he intends to use the diary in order to determine, item by item, whether the balance is tipped in favour of the accused's right to make full answer and defence or, alternatively, tipped in favour of preserving the continuing privacy interests of the complainant".

The trial judge ruled that the appellant would be permitted to use the diary in all the ways he asked, except for two: he would not be able to cross-

si l'y ajoute foi, à apprécier la crédibilité de la prétention de l'accusé que les actes accomplis avec les autres plaignantes n'étaient pas de nature sexuelle, mais visaient un but purement spirituel. Cela paraît être la question fondamentale en ce qui concerne ces plaignantes. Elles prétendent avoir consenti sous l'effet d'une fraude résultant de la déclaration inexacte que j'ai mentionnée.

Le témoignage des [sœurs G] est très pertinent relativement à cette question centrale puisqu'il tend à réfuter un moyen de défense fondé sur un but non sexuel innocent et sur le consentement véritable des plaignantes.

Après avoir décidé que le témoignage était admissible à titre de preuve de faits similaires, le juge du procès a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation.

(2) Contre-interrogatoire portant sur le journal intime

Le juge du procès a dit que la question préliminaire était

[TRADUCTION] de savoir si [KWG] avait renoncé à tout droit à sa vie privée à l'égard des renseignements contenus dans son journal intime, au lieu de se soucier de la possession du journal lui-même. Il se peut qu'elle ait abandonné ce document et qu'elle n'en ait plus besoin ou n'en veuille plus. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elle est heureuse que les renseignements qu'il contient soient portés à la connaissance de tout le monde.

Le juge du procès a aussi conclu que les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* ne s'appliquaient pas étant donné que la défense avait déjà en sa possession le journal intime. Aucune ordonnance de communication n'était donc demandée ou nécessaire.

Applicant les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, le juge du procès a examiné [TRADUCTION] « chaque renseignement que [l'avocat de la défense] cherch[ait] à obtenir et la façon dont il entend[ait] utiliser le journal intime pour déterminer, élément par élément, si la balance pench[ait] en faveur du droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou encore en faveur de la protection du droit à la vie privée que continu[ait] de posséder la plaignante ».

Le juge du procès a autorisé l'appelant à utiliser le journal intime de toutes les façons sollicitées, à l'exception de deux : il ne pourrait pas contre-

14

15

16

17

examine about the lack of references in the diary to KWG being beaten by her mother, nor could he cross-examine on the lack of references in the diary to the alleged sexual assaults. The appellant was permitted to use the diary in all the other ways sought, including to contradict KWG's evidence about publicly observable events, such as school activities attended, clothing worn and events celebrated. He was permitted to use the diary to show that she expressed in it positive feelings towards the appellant. He was permitted to cross-examine KWG on the fact that the diary covered a period of eight months, when she had earlier said in her evidence that she only kept a diary for a couple of weeks. And he was permitted to cross-examine her on the fact that although she had earlier testified that the sexual acts occurred in the appellant's den on a fairly regular basis, the diary showed that the den was undergoing major renovations which resulted in its not being used for a period of about three months in the spring of 1970.

interroger KWG sur l'absence, dans son journal intime, de mention des coups qu'elle aurait reçus de sa mère ou des agressions sexuelles dont elle aurait été victime. L'appelant pourrait utiliser le journal intime de toutes les autres façons sollicitées, y compris pour contredire le témoignage de KWG concernant des faits publiquement observables, tels que les activités scolaires auxquelles elle a participé, les vêtements qu'elle portait et les événements célébrés. Il pourrait utiliser le journal intime pour montrer qu'elle y exprimait des sentiments positifs à son égard. Il lui serait loisible de contre-interroger KWG sur le fait que le journal intime concernait une période de huit mois, alors qu'elle avait déclaré dans son témoignage n'avoir tenu un journal intime que pendant deux ou trois semaines seulement. Il lui était aussi permis de la contre-interroger sur le fait que, même si elle avait déjà témoigné que les actes sexuels avaient été accomplis de façon assez régulière dans le bureau de l'appelant, le journal intime indiquait que ce bureau avait fait l'objet de rénovations majeures qui l'avaient rendu inutilisable pendant environ trois mois au printemps de 1970.

18 In short, the appellant was permitted to cross-examine on each of the entries he considered probative, but not on the absence of entries dealing with physical and sexual abuse.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 143 C.C.C. (3d) 233

Bref, l'appelant était autorisé à procéder à un contre-interrogatoire au sujet de chacune des inscriptions qu'il considérait probantes, mais non sur l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques et sexuels.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 143 C.C.C. (3d) 233

19 The court, *per* Donald J.A., dealt with the appeal as follows:

La cour, sous la plume du juge Donald, a statué sur l'appel de la façon suivante :

(1) Similar Fact Evidence

(1) Preuve de faits similaires

20 Donald J.A. concluded that the "evidence was such that a reasonable jury properly instructed could find in the words of the trial judge 'substantial and significant similarities' constituting a pattern and it was proper for the trial judge to let the jury use the evidence as similar facts if they chose to do so" (para. 67).

Le juge Donald a décidé que la [TRADUCTION] « preuve était telle qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait constater, pour reprendre les mots du juge du procès, "l'existence de similitudes importantes et significatives" reflétant une tendance, et [que] le juge du procès avait eu raison de permettre au jury d'utiliser la preuve à titre de preuve de faits similaires, s'il jugeait bon de le faire » (par. 67).

As to the defence objection that the trial judge should have listed the dissimilarities along with the similarities in his charge to the jury, Donald J.A. acknowledged that it “would have been preferable” (para. 68) for the trial judge to do so, but in the circumstances of this trial, it had not been necessary. Both sides’ counsel thoroughly discussed the similarities and dissimilarities and the “differences stressed by the defence were obvious and unlikely to be ignored by the jury in their deliberations on the similar fact issues. The flaw in the charge was only an imperfection not amounting in my opinion to a reversible error” (para. 69).

(2) Diary

The appellant contended that the restriction on cross-examining the complainant on certain aspects of her diary impeded his right to full answer and defence. He did not seek “production” under ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*. Rather than a “simple balanc[ing]” of privacy rights and probative value as in an *O’Connor* motion for production of third party records, the trial judge should have required that the complainant’s privacy right be shown to “substantially outweigh” the defendant’s fair trial rights: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, and *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595.

Donald J.A. held that *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, “shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused” (para. 93) and introduced a “new direction” (para. 96). *Mills*, he wrote, “requires a reconsideration of the position of the complainant, and in particular the equality rights of the complainant, so as to effectively guard against procedures which deny complainants equal access to and benefit of the law” (para. 93).

Donald J.A. agreed that there was a high privacy intrusion since questioning on the absence of entries

Quant à l’objection de la défense selon laquelle le juge du procès aurait dû énumérer les différences en même temps que les similitudes dans son exposé au jury, le juge Donald a reconnu qu’il [TRADUCTION] « aurait été préférable » (par. 68) que le juge du procès le fasse, mais que, dans les circonstances, il n’avait pas à le faire. Les avocats des deux parties avaient examiné attentivement les similitudes et les différences, et les [TRADUCTION] « différences soulignées par la défense étant évidentes, il était peu probable que le jury n’en tiendrait pas compte dans ses délibérations relatives aux questions de faits similaires. La lacune que comportait l’exposé au jury n’était qu’une imperfection qui, selon moi, ne constituait pas une erreur justifiant une annulation » (par. 69).

(2) Le journal intime

L’appelant a prétendu que les limites imposées au contre-interrogatoire de la plaignante relativement à certains aspects de son journal intime ont porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il ne sollicitait pas la « communication » de renseignements en vertu des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*. Au lieu de procéder à une [TRADUCTION] « simple évaluation » du droit à la vie privée et de la valeur probante comme dans le cas d’une requête de type *O’Connor* visant la production de dossiers détenus par des tiers, le juge du procès aurait dû exiger la preuve que le droit à la vie privée de la plaignante [TRADUCTION] « l’emport[ait] sensiblement » sur le droit du défendeur à un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, et *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595.

Le juge Donald a conclu que l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, [TRADUCTION] « a marqué la fin de la prédominance des droits de l’accusé » (par. 93) et le début d’une [TRADUCTION] « nouvelle orientation » (par. 96). Selon lui, l’arrêt *Mills* [TRADUCTION] « oblige à réexaminer le point de vue du plaignant et, en particulier, ses droits à l’égalité de façon à éviter, en fait, les procédures qui privent les plaignants de l’égalité d’accès à la loi et de bénéfice de la loi » (par. 93).

Le juge Donald a convenu qu’il y avait une grave atteinte à la vie privée en raison de l’impos-

21

22

23

24

could not be done without opening the whole diary to scrutiny (para. 87); further, the prosecution may then have been “compelled to fully review the contents to show that such reference was not in keeping with the apparent purpose of the diary” (para. 72). The complainant KWG was a “virtual prisoner” at the Kabalarian Centre and under the powerful control of the appellant. It would be “highly unlikely that she would record the abuse” (para. 86). Further, Donald J.A., after having “perused” the diary, concluded that the “style and content do not suggest that if abuse had occurred the complainant would have confided it to her diary” (para. 86).

(3) Disposition

25

The court allowed the appeal with respect to two counts because the charge to the jury did not distinguish the counts which pre-dated from those which post-dated the s. 265 amendment to the *Criminal Code* in 1983 that provided that the abuse of authority could vitiate consent. This error was conceded by Crown counsel. A new trial was ordered on these counts. The appeal was otherwise dismissed.

IV. Analysis

26

The appellant says that he was denied the opportunity to make full answer and defence in two important ways. First he was confronted with *irrelevant* evidence in the counts involving the housekeeper’s daughters, namely the so-called “similar fact” evidence of the other complainants, and vice versa. Secondly, he was denied the opportunity to use to the full the *relevant* evidence already in his possession, namely the diary, in his cross-examination of KWG. The existence of the diary caught her unawares after she had committed herself to a particular version of events during her evidence-in-chief and he was entitled to shake her credibility in cross-examination by demonstrating inconsistencies

sibilité de poser des questions sur l’absence d’inscriptions sans procéder à un examen approfondi de tout le journal intime (par. 87). Il se pouvait aussi que le ministère public ait alors [TRADUCTION] « dû en examiner intégralement le contenu afin de démontrer qu’une telle mention n’était pas conforme à l’objet apparent du journal intime » (par. 72). La plaignante KWG était une [TRADUCTION] « prisonnière virtuelle » du Centre kabalarien et était assujettie au puissant contrôle de l’appelant. Il était [TRADUCTION] « très improbable qu’elle consignerait les sévices » (par. 86). En outre, après avoir « lu attentivement » le journal intime, le juge Donald a conclu que [TRADUCTION] « [l]e style et le contenu du journal intime ne tendent pas à indiquer que, si elle avait fait l’objet de sévices, la plaignante aurait noté ce fait dans son journal » (par. 86).

(3) Dispositif

La cour a accueilli l’appel à l’égard de deux chefs d’accusation pour le motif que, dans son exposé au jury, le juge du procès n’avait pas établi de distinction entre les chefs antérieurs et les chefs postérieurs à la modification apportée, en 1983, à l’art. 265 du *Code criminel*, qui prévoyait que l’abus d’autorité pouvait vicier le consentement. L’avocat du ministère public reconnaissait l’existence de cette erreur. Un nouveau procès a été ordonné relativement à ces chefs d’accusation. L’appel a été rejeté à tout autre égard.

IV. Analyse

L’appelant prétend qu’on lui a refusé de deux manières importantes la possibilité de présenter une défense pleine et entière. Premièrement, les chefs d’accusation déposés contre lui relativement aux filles de la ménagère comportaient des éléments de preuve *non pertinents*, notamment la preuve dite « de faits similaires » des autres plaignantes, et vice-versa. Deuxièmement, on ne lui a pas permis d’utiliser pleinement l’élément de preuve *pertinent* qu’il avait déjà en sa possession, à savoir le journal intime, en contre-interrogeant KWG. L’existence du journal intime avait pris KWG au dépourvu après qu’elle s’en fut tenue à une version particulière des faits pendant son interrogatoire principal,

between her testimony and what was (or was not) recorded.

I will deal with these contentions and a number of subsidiary points, in turn.

A. *The Similar Fact Evidence*

It is not possible in this case to understand the full measure of the situation confronting the trial judge and counsel without saying something about the allegations made by each of the principal complainants.

Donald J.A. helpfully summarized the alleged “similar facts” relating to each of these complainants and, for convenience, I reproduce his description with a few minor additions and subtractions (at paras. 21-52):

K. W.-G. [KWG]

[KWG], her younger sister S.G., and her mother moved into the Centre when [KWG] was seven years old. . . .

. . . .

The first incident of [the appellant allegedly] touching [KWG] occurred when she was twelve years old. He told her not to tell anyone, especially her mother.

[KWG] described numerous incidents of sexual touching in the den, the stairwell and the shower. In one incident in the den [the appellant] spoke of “removing disembodied planes of mind” and told her he was going to make her into a beautiful young lady. Acts of intercourse began when [KWG] was 13. These events occurred approximately once per month and continued until she moved out of the house [when she was about 20].

. . . .

. . . At the time of the trial [KWG] had commenced civil proceedings against [the appellant] and the Kabalarian Society.

et l’appelant avait le droit d’attaquer sa crédibilité, au cours du contre-interrogatoire, en démontrant l’existence de contradictions entre son témoignage et ce qu’elle avait (ou n’avait pas) consigné dans son journal.

J’examinerai à tour de rôle ces prétentions et un certain nombre de points subsidiaires.

A. *La preuve de faits similaires*

Il est impossible, en l’espèce, de comprendre dans toute sa plénitude la situation à laquelle devaient faire face le juge du procès et les avocats, sans parler des allégations de chacune des principales plaignantes.

Le juge Donald a résumé utilement les « faits similaires » allégués relativement à chacune de ces plaignantes. Pour des raisons de commodité, je reproduis, avec quelques ajouts et retraits mineurs, la description qu’il en a donnée (aux par. 21-52) :

[TRADUCTION]

K. W.-G. [KWG]

[KWG] était âgée de sept ans au moment où sa sœur cadette S.G., sa mère et elle ont emménagé dans le Centre . . .

. . . .

Le premier épisode d’attouchement de [KWG] [auquel se serait livré l’appelant] a eu lieu quand elle avait 12 ans. Il lui a dit de n’en parler à personne, et surtout pas à sa mère.

[KWG] a décrit de nombreux épisodes d’attouchements sexuels dans le bureau, l’escalier et la douche. Au cours d’un épisode dans le bureau, [l’appelant] a parlé de « chasser des esprits désincarnés » et il lui a dit qu’il allait faire d’elle une belle jeune femme. Les relations sexuelles ont débuté lorsque [KWG] avait 13 ans. Ces événements se produisaient à peu près une fois par mois et se sont poursuivis jusqu’à ce qu’elle quitte la maison [à l’âge d’environ 20 ans].

. . . .

. . . Au moment du procès, [KWG] avait déjà intenté des poursuites civiles contre [l’appelant] et la « Kabalarian Society ».

27

28

29

S.G.

S.G. moved into the Centre when she was six years old and resided there until she was 18. She described life at the Centre as a “living hell”.

The first incident of sexual touching occurred when she was twelve. [The appellant allegedly] tickled her and touched her breasts. After that, whenever she was alone with him he would try to touch her breasts.

When S.G. was 13 [the appellant] told her that he was thinking of making her an “instrument” and she must trust him completely. He then [allegedly] fondled her breasts and told her not to tell anyone.

Between the ages of 13 and 18, S.[G.] [allegedly] performed oral sex on [the appellant] at least 30 times. When she was 14 he performed oral sex on her and this occurred at least 50 times over the next four years. They first had intercourse when S.[G.] was 18. [S.G. ultimately had an abortion. She said the appellant was the father.]

. . .

C.K.

C.[K.]’s parents joined the [Kabalarians] when she was nine years old. [She] participated in [Kabalarian schooling] and went to the [Kabalarian Camp] in the summers.

[The appellant allegedly] kissed C.[K.] when she was 13 in September or October 1970. The next incident of sexual touching occurred in 1971. Similar incidents took place approximately four times per month, usually in the den at the Centre, until C.[K.] was about 19.

C.[K.] testified that during the touching [the appellant] told her that [it was not for his satisfaction but] to remove a condition or plane of mind that was affecting her. When she was about 16 the discussion turned to her potential to become a medium. [C.K. was a believer.]

. . .

C.[K.] ceased involvement with the [Kabalarians] at about 23 or 24 years of age.

S.G.

S.G. avait six ans lorsqu’elle a emménagé dans le Centre et elle y est demeurée jusqu’à l’âge de 18 ans. Elle a qualifié d’« enfer » sa vie au Centre.

Le premier épisode d’attouchement sexuel a eu lieu quand elle avait 12 ans. [L’appellant] l’[aurait] chatouillée et lui [aurait] touché les seins. Par la suite, chaque fois qu’elle se trouvait seule avec lui, il a tenté de lui toucher les seins.

Alors que S.G. était âgée de 13 ans, [l’appellant] lui a dit qu’il songeait à en faire un « instrument » et qu’elle devait lui faire entièrement confiance. Il lui [aurait] alors caressé les seins et lui aurait demandé de n’en parler à personne.

Entre 13 et 18 ans, S.[G.] [aurait] pratiqué la fellation sur [l’appellant] à au moins 30 reprises. Lorsqu’elle était âgée de 14 ans, il lui a fait un cunnilingus, et l’a refait au moins 50 fois au cours des quatre années suivantes. Leur première relation sexuelle a eu lieu quand S.[G.] avait 18 ans. [S.G. a finalement subi un avortement. Elle a affirmé que l’appellant était le père de l’enfant.]

. . .

C.K.

C.[K.] avait neuf ans quand ses parents ont adhéré [aux Kabalariens]. [Elle] a fréquenté [l’école kabalarienne] et a passé des étés au [camp kabalarien].

[L’appellant aurait] embrassé C.[K.] quand elle avait 13 ans, en septembre ou octobre 1970. L’épisode subséquent d’attouchements s’est produit en 1971. Des épisodes semblables se sont répétés environ quatre fois par mois, habituellement dans le bureau situé au Centre, jusqu’à ce que C.[K.] soit âgée d’à peu près 19 ans.

C.[K.] a témoigné que, pendant les attouchements, [l’appellant] lui disait qu’il le faisait [non pas pour son plaisir, mais] pour la libérer d’un état d’esprit qui l’affectait. Au moment où elle était âgée d’environ 16 ans, il lui a parlé de la possibilité de devenir un médium. [C.K. était une adepte de la secte.]

. . .

C.[K.] a quitté les [Kabalariens] à environ 23 ou 24 ans.

J.V.

J.V. became a Kabalarian at age five when her mother joined the [group].

In 1972 . . . [i]t was revealed by [the appellant] that the mind of a dead priest had been raping *J.V.* in her sleep. [When they were alone, the appellant] touched and kissed *J.V.*'s breasts and told her that she was a beautiful young woman and that this experience brought her mentally closer to him and the "principle".

A series of sexual touching incidents occurred in the den at the Centre. There was one instance of digital vaginal penetration.

J.V. testified that she did not [at the time] regard the touching as being sexual acts, but that [the appellant] was trying to help her mentally. She would not have allowed it to occur had she believed it was for his sexual gratification.

. . .

J.T.

J.T.'s parents were members of the [Kabalarians] when she was born in 1965. She attended Kabalarian [classes] until she was 21.

J.T. described an instance of sexual touching which occurred in the den at the Centre in 1984 when she was aged 19. [The appellant] performed a mental demonstration . . . whereby the voice of a priest came through [one of the women present] and indicated that *J.T.* had sexual "hang-ups". [The appellant then] admonished the [dead] priest and put him to sleep. [When *J.T.* was alone with the appellant he] offered to "help" . . . and rubbed her breasts and placed his hand into her panties. He then placed her hand on his penis at which point *J.T.* said she did not wish matters to go further and he stopped. *J.T.* did not [at the time] believe that the acts had been for [the appellant's] sexual gratification.

J.A.

J.A. became involved [with the Kabalarians] when she was eight years old.

There were a number of incidents of kissing and sexual touching which occurred at [the Kabalarian camp] in the summer of 1985 when *J.A.* was 15.

[Thereafter she met the appellant] in the den at the Centre, usually after she had requested an interview with

J.V.

J.V. est devenue Kabalarienne à cinq ans lorsque sa mère a adhéré au [groupe].

En 1972, [. . .] [l'appellant] a révélé à *J.V.* que l'esprit d'un prêtre décédé la violait pendant son sommeil. [Lorsqu'elle était seule avec lui, l'appellant] lui touchait et embrassait les seins et lui disait qu'elle était une belle jeune femme et que cette expérience la rapprochait mentalement de lui et du « principe ».

Une série d'épisodes d'attouchements sexuels a eu lieu dans le bureau du Centre. Dans un cas, il y a eu une pénétration vaginale avec les doigts.

J.V. a témoigné qu'[à l'époque] elle ne considérait pas les attouchements comme des actes sexuels, mais croyait plutôt que [l'appellant] tentait de l'aider mentalement. Elle n'aurait pas permis que cela se produise si elle avait cru qu'il le faisait pour en tirer un plaisir sexuel.

. . .

J.T.

Les parents de *J.T.* étaient membres des [Kabalariens] lorsqu'elle est née en 1965. Elle a suivi des [cours] kabalariens jusqu'à l'âge de 21 ans.

J.T. a décrit un épisode d'attouchements sexuels survenu au bureau du Centre, en 1984, alors qu'elle était âgée de 19 ans. [L'appellant] a procédé à une démonstration mentale [. . .] au cours de laquelle la voix d'un prêtre se serait manifestée [par l'intermédiaire d'une des femmes présentes] et aurait indiqué que *J.T.* avait des « inhibitions » sexuelles. [L'appellant a alors] interpellé le prêtre [décédé] et l'a apaisé. [Quand *J.T.* s'est trouvée seule avec l'appellant, celui-ci] a offert de l'« aider » [. . .]; il lui a caressé les seins et a introduit la main dans sa culotte. Il lui a alors placé la main sur son pénis; c'est à ce moment que *J.T.* lui a dit qu'elle ne voulait pas aller plus loin, et qu'il s'est arrêté. *J.T.* ne croyait pas [à l'époque] que [l'appellant] avait accompli ces actes pour en tirer un plaisir sexuel.

J.A.

J.A. a commencé à [participer aux activités des Kabalariens] à l'âge de huit ans.

Un certain nombre d'épisodes de baisers et d'attouchements sexuels se sont produits au [camp kabalarien] pendant l'été de 1985, alors que *J.A.* était âgée de 15 ans.

[Par la suite, elle a rencontré l'appellant] au bureau du Centre, habituellement après avoir demandé un entretien

him. During these interviews [the appellant] would [allegedly] kiss her and touch her breasts. [The appellant] told her that he was creating a bond between them and that it was a link for her to feel close to [“the principle”]. [She said t]his occurred approximately 25 times, extending into 1986. Her contact with [the appellant] ceased when she turned 18.

At the time of the events, J.A. did not think that [the appellant] had any sexual motivation, but believed that he was trying to assist her. She viewed him as a master and a teacher.

S.A.

S.A. was born in 1969 and her parents joined the [Kabalarians] when she was seven years old.

In 1985, after Teenage Class, [the appellant allegedly] took her into the den at the Centre and French kissed her on two or three occasions. He first touched her intimately when she was 17. S.A. had initiated the meeting because she was seeking counselling from him regarding an instance of childhood sexual abuse. [She says the appellant] cuddled her and massaged her breasts.

When S.A. was 18, she initiated a meeting because she was considering seeking professional counselling. [She says the appellant] cuddled and kissed her and placed her hand over his clothed penis. He told her the reason he was being intimate with her was because *she* was obsessed by a sexual plane of mind that needed to be dealt with.

At the time of the events S.[A.] believed that [the appellant] was trying to assist her. She would not have permitted him to touch her if she felt it was for his sexual gratification. [Emphasis added.]

30

The issue, as stated, is whether the testimony of the “G” sisters was improperly used as similar fact evidence in the counts involving the non-residential complainants, and vice versa. This appeal was argued at the same time as *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, and the analysis explained in that case will be applied here.

avec lui. Pendant ces entretiens, [l’appellant] l’aurait embrassée et lui aurait touché les seins. [L’appellant] lui a dit qu’il créait un lien entre eux et que ce lien lui permettrait de se sentir proche du [«] principe [»]. [Elle a dit que c]ela s’était produit environ 25 fois, jusqu’en 1986. Elle a cessé d’avoir des contacts avec [l’appellant] lorsqu’elle a eu 18 ans.

À l’époque de ces épisodes, J.A. ne pensait pas que [l’appellant] avait quelque mobile d’ordre sexuel, croyant plutôt qu’il tentait de l’aider. Elle voyait en lui un maître et un éducateur.

S.A.

S.A. est née en 1969 et ses parents ont adhéré [aux Kabaliens] quand elle avait sept ans.

En 1985, après la classe des adolescents, [l’appellant l’aurait] emmenée au bureau du Centre et l’aurait embrassée lascivement à deux ou trois reprises. Il lui a fait des attouchements intimes pour la première fois lorsqu’elle avait 17 ans. S.A. avait demandé à le rencontrer parce qu’elle voulait qu’il la conseille au sujet d’un épisode d’abus sexuel vécu pendant son enfance. [Elle dit que l’appellant] lui a caressé et massé les seins.

Lorsqu’elle était âgée de 18 ans, S.A. a demandé à le rencontrer parce qu’elle voulait obtenir des services de consultation professionnelle. [Elle affirme que l’appellant] l’a caressée et embrassée et qu’il lui a fait poser la main sur son pénis couvert par ses vêtements. Il lui a dit que la raison de ses rapports intimes avec elle était qu’elle était obsédée par un esprit sexuel dont il fallait s’occuper.

À l’époque de ces épisodes, S.[A.] croyait que [l’appellant] essayait de l’aider. Elle ne lui aurait pas permis de la toucher si elle avait eu l’impression qu’il le faisait pour en tirer un plaisir sexuel. [Italiques ajoutés.]

La question, telle que formulée, est de savoir si le témoignage des sœurs « G » a été utilisé de manière inappropriée comme preuve de faits similaires à l’égard des chefs d’accusation relatifs aux plaignantes qui ne résidaient pas au Centre, et vice-versa. Le présent pourvoi a été plaidé en même temps que l’affaire *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, et l’analyse effectuée dans cet arrêt sera appliquée en l’espèce.

(1) The Double Inference

The similar fact evidence provided by the G complainants was only circumstantial evidence in relation to the non-G counts and vice versa. As with all circumstantial evidence, the cogency of the similar fact evidence rested entirely on the validity of the inferences it could be said to support with respect to the issues in question. The Crown's argument for its admission was that the jury could legitimately make a "double inference", firstly that the appellant has a situation-specific propensity to groom adolescent girls for sexual gratification by exploiting pseudo-religious elements of the Kabalarian cult and/or its related domestic arrangements at the Kabalarian "Centre", and secondly, that his character or propensity thus established gives rise to the further inference that he proceeded in that way with the complainant in each of the charges under the jury's consideration.

I find unconvincing the appellant's attempt to compartmentalize himself into spiritual leader (to the non-G complainants) and head of household (to the G complainants) and to dress that up as an important "dissimilarity". The G complainants were obliged by their mother's spiritual beliefs as well as her job to live in the relatively closed world of the Kabalarian cult. The appellant's "spiritual" hold on the mother delivered her daughters into his power. Nor in my view is it significant that the G complainants were allegedly initiated into his sexual practices at an earlier age than the non-G complainants. Their live-in status simply made them available sooner.

(2) The Test

Handy, supra, affirms the test for admissibility of similar fact evidence set out in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, and *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717. It was there held that although evidence relating to the accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule will

(1) La double inférence

La preuve de faits similaires offerte par les plaignantes G ne constituait qu'une preuve circonstancielle à l'égard des chefs d'accusation relatifs aux autres plaignantes, et vice-versa. À l'instar de toute preuve circonstancielle, la force probante de la preuve de faits similaires dépend entièrement de la validité des inférences qu'elle étaye relativement aux questions soulevées. L'argument que le ministère public a avancé en faveur de son admission était que le jury pouvait légitimement faire une « double inférence », à savoir, en premier lieu, que, dans une situation particulière, l'appellant a une propension à initier des adolescentes au plaisir sexuel en exploitant des éléments pseudo-religieux de la secte kabalarienne ou par la façon dont la vie commune est organisée au « Centre » kabalarien, ou les deux à la fois, et en deuxième lieu, que sa moralité ou sa propension ainsi établie permettent en outre d'inférer qu'il a agi de cette façon avec la plaignante pour ce qui est de chacun des chefs d'accusation examinés par le jury.

Le juge non convaincant la tentative de l'appellant de se présenter comme un chef spirituel (à l'égard des plaignantes autres que les sœurs G) et un chef de famille (à l'égard des plaignantes G) et de soutenir qu'il s'agit là d'une importante « différence ». Les plaignantes G étaient obligées, en raison des croyances spirituelles et de l'emploi de leur mère, de vivre dans le monde relativement fermé de la secte kabalarienne. L'emprise « spirituelle » de l'appellant sur la mère avait pour effet d'assujettir à son autorité les filles de cette dernière. J'estime également qu'il est sans importance que les plaignantes G aient, allèguent-on, été initiées aux pratiques sexuelles de l'appellant à un plus jeune âge que les autres plaignantes. Leur statut de résidentes les a simplement rendues disponibles plus tôt.

(2) Le critère

L'arrêt *Handy*, précité, confirme l'application du critère d'admissibilité de la preuve de faits similaires énoncé dans les arrêts *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, et *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717. Dans ces arrêts, la Cour a statué que, même si la preuve relative à la prédisposition de l'accusé est

31

32

33

arise when the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect, *per* McLachlin J. (as she then was) in *B.* (C.R.), at pp. 734-35:

The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. . . . [E]vidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect.

34 McLachlin J. formulated the test for admissibility of disposition or propensity evidence, at p. 732:

. . . evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

35 The policies underlying the test, and some of the difficulties in its application, were subsequently discussed in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; and, most recently, in *Handy, supra*.

36 I acknowledge in this case the exceptional prejudice of the similar fact evidence. It is bad enough for a spiritual leader to be accused of taking sexual liberties with his disciples. It is a good deal worse to have the added element of child abuse. Similarly in the case of the G complainants, child abuse is made worse, if possible, when overlaid with spiritual cant.

37 In light of the principles established in the cases mentioned above, I propose to consider the admissibility of each of these incidents as “similar facts”

généralement exclue, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable (madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *B.* (C.R.), p. 734-735) :

Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à établir la propension. [. . .] [L]a preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable.

Madame le juge McLachlin a formulé, à la p. 732, le critère d'admissibilité de la preuve de prédisposition ou de propension :

. . . la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Les politiques qui sous-tendent le critère de même que certaines difficultés que pose son application ont été analysées par la suite dans les arrêts *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, et *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, ainsi que, tout dernièrement, dans l'arrêt *Handy*, précité.

Je reconnais, en l'espèce, que la preuve de faits similaires est susceptible de causer un préjudice peu commun. Il est assez mauvais pour un chef spirituel de se voir accusé de s'être livré à des actes sexuels avec ses adeptes. La situation est d'autant plus grave lorsqu'il est question, en plus, de sévices infligés à des enfants. De même, dans le cas des plaignantes G, les sévices infligés à des enfants sont encore plus graves, si tant est que cela soit possible, lorsqu'ils se superposent à un jargon spirituel.

Compte tenu des principes établis dans la jurisprudence susmentionnée, je compte examiner sous les angles suivants l'admissibilité de chacun

in relation to the other incidents in terms of (a) the probative value of the evidence, (b) assessment of the potential prejudice, and (c) the weighing up of probative value versus prejudice. In doing so I will follow the steps described in *Handy*.

(a) *The Probative Value of the Evidence*

The initial requirement is to determine whether the similar fact evidence is indeed strong enough to be capable of *properly* raising in the minds of the jury the double inference contended for by the Crown in relation to the “issues in question” raised by the defence.

(i) The Strength of the Evidence, Including the Potential for Collusion

As the test of admissibility weighs probative value against prejudice, a question that quickly emerges is whether the Crown is able to lead cogent evidence of the alleged similar acts. In this case, the similar acts are all the subject of distinct charges. They are therefore, in any event, before the jury for a verdict. Apart from the usual issues of credibility, the appellant says there is evidence of collusion.

The theory of similar fact evidence turns largely on the improbability of coincidence. Collusion, by offering an alternative explanation for the “coincidence” of evidence emanating from different witnesses, destroys its probative value, and therefore the basis for its admissibility.

In *Handy*, we held that where there is an air of reality to the allegation of collusion, the trial judge, in assessing the admissibility of the similar fact evidence, must be satisfied on a balance of probabilities that the evidence is not the product of concoction. This is inherent in deciding whether, as a matter of law, the evidence has sufficient probative value to overcome the prejudice.

de ces épisodes en tant que « faits similaires » par rapport aux autres épisodes : a) la valeur probante de la preuve, b) l'évaluation du risque de préjudice, et c) la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice. Ce faisant, je vais suivre les étapes décrites dans l'arrêt *Handy*.

a) *La valeur probante de la preuve*

Il faut d'abord déterminer si la preuve de faits similaires est suffisamment probante pour pouvoir amener à *bon droit* le jury à faire les deux inférences préconisées par le ministère public relativement aux « questions soulevées » par la défense.

(i) La force probante de la preuve, y compris la possibilité de collusion

Étant donné que le critère d'admissibilité consiste à soupeser la valeur probante en fonction du préjudice, la question qui se pose aussitôt est de savoir si le ministère public est en mesure de soumettre une preuve probante de l'existence des actes similaires allégués. En l'espèce, les actes similaires font tous l'objet d'accusations distinctes. Ils sont donc, de toute façon, soumis au jury pour qu'il prononce un verdict. Outre les questions habituelles de crédibilité, l'appelant soutient qu'il existe une preuve de collusion.

La théorie de la preuve de faits similaires repose en grande partie sur l'improbabilité d'une coïncidence. En offrant une autre explication de la « coïncidence » des témoignages émanant de différents témoins, la collusion en détruit la valeur probante et, par le fait même, la raison de les admettre.

Dans l'arrêt *Handy*, nous avons statué que, dans le cas où l'allégation de collusion est vraisemblable, le juge du procès doit, en déterminant l'admissibilité de la preuve de faits similaires, être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve n'est pas le fruit d'une fabrication. Cela est nécessaire pour décider si, en droit, la preuve a suffisamment de valeur probante pour l'emporter sur le préjudice.

38

39

40

41

42 If this threshold test is passed, the jury must determine for itself what weight, if any, to assign to the similar fact evidence.

43 There was evidence of some communication among the complainants. With respect to the G sisters, this was almost inevitable. They had also kept in touch with JV. Other complainants were in touch with each other prior to trial. Civil proceedings had been commenced by the G sisters for compensation and to close down the Kabalarians. KWG expressed the hope that the appellant would “rot in Hell”.

44 The evidence here is far more speculative than in *Handy*. In that case, there was consultation between the complainant and the similar fact witness prior to the alleged offence about the prospect of financial profit. Here, there is some evidence of opportunity for collusion or collaboration and motive, but nothing sufficiently persuasive to trigger the trial judge’s gatekeeper function. There is no reason here to interfere with the trial judge’s decision to let the collusion issue go to the jury. He instructed the jury to consider “all of the circumstances which affect the reliability of that evidence including the possibility of collusion or collaboration between the complainants”. He defined collusion as the possibility that the complainants, in sharing their stories with one another, intentionally or accidentally allowed themselves to change or modify their stories in order that their testimony would seem more similar or more convincing. It was for the jury to make the ultimate determination whether the evidence was “reliable despite the opportunity for collaboration” or that “less weight or no weight should be given to evidence which may have been influenced by the sharing of information”.

45 While the trial judge did not specifically link the potential of collusion to the issue of admissibility, he appears to have thought collusion (as distinguished

Dans le cas où ce critère préliminaire est respecté, le jury doit déterminer le poids à accorder, s’il y a lieu, à la preuve de faits similaires.

Il existait une preuve que les plaignantes avaient communiqué jusqu’à un certain point entre elles. En ce qui a trait aux sœurs G, cela était pratiquement inévitable. Elles étaient aussi restées en contact avec JV. D’autres plaignantes étaient en contact les unes avec les autres avant le procès. Les sœurs G avaient déjà intenté des poursuites civiles dans le but d’obtenir une indemnité et de mettre fin aux activités des Kabalariens. KWG a dit espérer que l’appellant aille [TRADUCTION] « brûler en enfer ».

La preuve soumise en l’espèce est beaucoup plus conjecturale que celle présentée dans l’affaire *Handy*. Dans *Handy*, il y avait eu, avant l’infraction alléguée, consultation entre la plaignante et le témoin à l’origine de la preuve de faits similaires au sujet de la possibilité de réaliser un profit. Dans la présente affaire, la preuve indique jusqu’à un certain point l’existence d’un mobile et d’une possibilité de collusion ou de collaboration, mais n’établit rien d’assez convaincant pour déclencher l’exercice de la fonction de gardien du juge du procès. En l’espèce, il n’y a aucune raison de modifier la décision du juge du procès de soumettre la question de la collusion à l’appréciation du jury. Dans ses directives, il a invité le jury à examiner [TRADUCTION] « toutes les circonstances ayant une incidence sur la fiabilité de cette preuve, y compris la possibilité de collusion ou de collaboration entre les plaignantes ». Il a défini la collusion comme la possibilité qu’en se racontant leurs histoires respectives les plaignantes aient modifié intentionnellement ou accidentellement leurs histoires pour que leurs témoignages paraissent plus similaires ou convaincants. Il appartenait au jury de décider en fin de compte si la preuve était [TRADUCTION] « fiable malgré la possibilité de collaboration » ou s’il y avait lieu « d’accorder moins de poids ou aucun poids à une preuve qui pouvait avoir été influencée par des échanges de renseignements ».

Même si le juge du procès n’a pas expressément établi un lien entre la possibilité de collusion et la question de l’admissibilité, il semble avoir estimé

from contact) was not a serious danger. The evidence supports his decision. He was justified in letting the collusion issue go to the jury with an appropriate warning.

(ii) Identification of the Issues in Question

In the case of the G complainants, the appellant's defence was that the acts described by them simply did not occur. The central issue is the *actus reus* and whether the appellant's blanket denial in that regard is credible. Probative value is alleged by the Crown to be found in the distinctive exploitive techniques and cult-related promiscuity of the appellant described by the non-G complainants in the various incidents, and in the unlikelihood that absent collusion the two sisters would concoct stories having so many similarities to each other and to the other nine original non-G complainants.

With respect to the non-G complainants, the defence is that the sexual touching occurred but the complainants consented. The issue, thus, is whether the appellant's exercise of spiritual authority prevented the formation of true consent (with respect to charges that predated the 1983 amendments to the *Criminal Code*) or vitiated consent to the extent consent was given (post-1983 counts). The appellant's alleged exploitation of the G complainants might be thought by the jury to demonstrate sufficient situation-specific propensities for non-spiritual sex to negate the appellant's claimed innocent "spiritual" purpose.

(iii) Similarities and Dissimilarities Between the Facts Charged and the Similar Fact Evidence

The cogency of the similar fact evidence in this case is said to arise from the repetitive and predictable nature of the appellant's conduct in closely

que la collusion (à la différence du contact) ne représentait pas un danger sérieux. La preuve étaye sa décision. Il a eu raison de soumettre la question de la collusion à l'appréciation du jury après lui avoir fait une mise en garde appropriée.

(ii) La détermination des questions soulevées

En ce qui concerne les plaignantes G, la défense de l'appelant a consisté à prétendre que les actes qu'elles avaient décrits n'avaient tout simplement jamais été accomplis. La question centrale concerne l'*actus reus* et est de savoir si le démenti général de l'appelant à cet égard est crédible. Le ministère public soutient que la valeur probante réside dans les techniques d'exploitation distinctives utilisées et dans la promiscuité pratiquée par l'appelant au sein de la secte, que les plaignantes autres que les sœurs G ont décrites au sujet des divers épisodes, ainsi que dans l'improbabilité qu'en l'absence de collusion les deux sœurs aient inventé des histoires comportant autant de similitudes entre elles et avec le récit des neuf plaignantes initiales autres que les sœurs G.

Quant aux plaignantes autres que les sœurs G, on fait valoir en défense que les attouchements sexuels ont eu lieu, mais que les plaignantes étaient consentantes. Il s'agit donc de savoir si l'exercice de l'autorité spirituelle de l'appelant a empêché la formation d'un consentement véritable (en ce qui concerne les chefs antérieurs aux modifications apportées au *Code criminel* en 1983) ou a vicié le consentement dans la mesure où il y a eu consentement (quant aux chefs postérieurs à 1983). Le jury pourrait considérer que l'exploitation des plaignantes G à laquelle se serait livré l'appelant démontre l'existence, dans une situation particulière, d'une propension à des relations sexuelles non spirituelles suffisante pour réfuter le but « spirituel » innocent invoqué par l'appelant.

(iii) Les similitudes et les différences entre les faits reprochés et la preuve de faits similaires

En l'espèce, la force probante de la preuve de faits similaires découle, prétend-on, de la nature répétitive et prévisible de la conduite de l'appelant

46

47

48

defined circumstances. There must therefore be shown a persuasive degree of connection between the similar fact evidence and the offence charged in order to be *capable* of raising the double inferences. The degree of required similarity is assessed in relation to the issue sought to be established and must be evaluated in relation to the other evidence in the case. If the cumulative result is simply to paint the appellant as a “bad person”, it is inadmissible.

dans des circonstances bien précises. Pour être *en mesure* de faire la double inférence, il faut donc démontrer l’existence d’un lien convaincant entre la preuve de faits similaires et l’infraction reprochée. Le degré requis de similitude dépend de la question que l’on veut prouver et doit être évalué en fonction des autres éléments de preuve soumis dans l’affaire. La preuve de faits similaires qui a simplement pour résultat cumulatif de présenter l’appellant comme une « mauvaise personne » est inadmissible.

49 The Crown’s position is that the appellant utilized a distinctively bizarre *modus operandi* which runs like a common thread through the incidents charged.

Le ministère public soutient que l’appellant avait un *modus operandi* singulièrement étrange qui constitue le dénominateur commun des épisodes reprochés.

50 While the sexual acts themselves were not particularly distinctive, the underlying unity lies in the alleged abuse of a cult leader’s authority. It is the fantastic sales pitch and rationale developed by the appellant that could be considered “particular and distinctive” (*Handy, supra*, at paras. 77-79). While it is not necessary to reach for these epithets or insert catch words into the test — as explained in *B. (C.R.)* — such distinctiveness enhances probative value.

Même si les actes sexuels eux-mêmes n’étaient pas particulièrement distinctifs, l’unité sous-jacente réside dans l’abus d’autorité auquel se serait livré un chef de secte. C’est le boniment et le raisonnement invraisemblables de l’appellant qui pourraient être considérés comme « particul[ers] et distincti[fs] » (*Handy, précité*, par. 77-79). Bien qu’il ne soit pas nécessaire de recourir à ces épithètes ou d’introduire des mots-vedettes dans le critère — comme on l’explique dans l’arrêt *B. (C.R.)* — un tel caractère distinctif renforce la valeur probante.

a. *Proximity in Time of the Similar Acts*

a. *La proximité temporelle des actes similaires*

51 The incidents involving the G complainants and the non-G complainants overlapped and were to some extent concurrent. Proximity in time makes the evidence more cogent as it reduces the likelihood that the appellant had changed his ways. The fact the evidence related to incidents spread over 25 years demonstrated, if believed, a degree of extended consistency in behaviour.

Les épisodes relatifs aux plaignantes G et ceux relatifs aux autres plaignantes se sont chevauchés et étaient jusqu’à un certain point concomitants. La proximité temporelle rend la preuve plus probante du fait qu’elle réduit la probabilité que l’appellant ait modifié son comportement. Le fait que la preuve ait concerné des épisodes étalés sur plus de 25 ans démontrait, si on y ajoutait foi, l’existence d’un comportement très constant.

b. *Extent to Which Other Acts Are Similar in Detail to the Charged Conduct*

b. *La mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée*

52 Similarity does not lie in the physical sexual acts themselves (the G counts are far more serious). The incidents occurred in private places on Kabalarian premises and sexual touching began in the majority

La similitude ne réside pas dans les actes sexuels eux-mêmes (les chefs d’accusation relatifs aux sœurs G sont beaucoup plus graves). Les épisodes sont survenus dans des lieux privés situés dans

of cases when the complainants were under 18. The G complainants were the youngest, at 13 years old, although CK was only 14 and JA was 15. The similarities really lay in the *modus operandi* employed by the appellant to create sexual opportunities. This will be discussed below.

c. *Number of Occurrences of the Similar Acts*

There were originally 20 counts involving 11 different complainants. The appellant was convicted of 12 of the counts involving 7 complainants. There were (if believed) hundreds of incidents. There were clearly enough instances of alleged similar facts to support a finding of *modus operandi* or situation specific behaviour.

d. *Circumstances Surrounding or Relating to the Similar Acts*

The surrounding circumstances are united by the allegation of gross abuse of power by a cult leader. The spiritual theme is more dominant in the non-G counts because “spiritualism” was the source of the appellant’s power over the complainants who did not live under his roof. Nevertheless, the “spiritual” theme surfaced in the testimony of KWG (“removing disembodied planes of mind”) and SG (being made an “instrument”). For example SG, one of the housekeeper’s daughters, testified as follows:

I can’t remember how old I was, but I would say I was around 17 or so and [the appellant] brought me, told me to meet him in the den or brought me into the den and then [another resident] came who is what they called their instrument. He proceeded to have a mental demonstration and through the mental demonstration they picked up a disembodied plane off me that had a desire to be raped. And then they brought out a couple of other ones, but that one is one I remembered because when

l’établissement kabalarien, et les attouchements sexuels ont commencé dans la plupart des cas lorsque les plaignantes avaient moins de 18 ans. Ce sont les plaignantes G qui étaient les plus jeunes, ayant 13 ans à l’époque, quoique CK n’ait eu que 14 ans et JA 15 ans. Les similitudes résident en réalité dans le *modus operandi* employé par l’appelant pour créer des occasions d’exploitation sexuelle. Ce point sera analysé plus loin.

c. *La fréquence des actes similaires*

Au départ, il y avait 20 chefs d’accusation relatifs à 11 plaignantes différentes. L’appelant a été reconnu coupable de 12 chefs d’accusation relatifs à 7 plaignantes. Il y aurait eu (si l’on ajoute foi aux témoignages) des centaines d’épisodes. Il y avait nettement assez d’allégations de faits similaires pour étayer une conclusion à l’existence d’un *modus operandi* ou d’un comportement adopté dans une situation particulière.

d. *Les circonstances entourant les actes similaires ou s’y rapportant*

Les circonstances entourant les actes reprochés ont en commun une allégation d’abus de pouvoir flagrant de la part d’un chef de secte. Le thème spirituel domine davantage dans les chefs d’accusation relatifs aux plaignantes autres que les sœurs G du fait que le « spiritualisme » était la source du pouvoir de l’appelant sur les plaignantes qui ne demeuraient pas sous son toit. Le thème « spirituel » a pourtant été évoqué dans le témoignage de KWG ([TRADUCTION] « chasser des esprits désincarnés ») et dans celui de SG (devenir un « instrument »). À titre d’exemple, SG, l’une des filles de la ménagère, a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Je ne me souviens pas quel âge j’avais, mais je dirais que j’avais environ 17 ans et que [l’appelant] m’a emmenée, m’a dit de le rencontrer dans le bureau ou m’a emmenée dans le bureau, puis est entrée [une autre résidente] qui était ce qu’ils appelaient leur instrument. Il s’est livré à une démonstration mentale et, grâce à cette démonstration mentale, ils se sont emparés d’une partie désincarnée de moi qui désirait être violée. Ils se sont ensuite emparés de deux ou trois autres

she left [the appellant] told me that I must have had a desire to be raped.

55

The combination of spiritualist imagery (achieving higher states of awareness) and horror stories (invasion of young girls by disembodied minds), and the supposed prophylactic power of the appellant's sexual touching to ward off these horrific threats is, to say the least, distinctive.

56

Within the Kabalarian Centre, the appellant, as leader, exercised predominantly secular power over his housekeeper's teenaged daughters. However, this secular power derived from their physical presence dictated by their mother's spiritual adherence to the cult. Their availability, and his willingness to exploit it, was equally part and parcel of his alleged fantasy world.

57

The jury might reasonably think that abuse of power to obtain sexual gratification at the expense of adolescent girls who were to a greater or lesser extent in his charge over a period of 25 years shows a sexually manipulative personality with a spiritualist twist that goes beyond "general" disposition or "mere" propensity ("bad personhood") which would foster a "forbidden type of reasoning" from bad personhood to guilt: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 453. The distinctive spiritualist colouration is a strong unifying factor. So is the age of the majority of complainants when initiated, and the insistence on confidentiality even though the appellant's conduct in the non-G cases was ostensibly cult-sanctioned, and therefore nothing to be ashamed of. More understandably, the G complainants were also told to keep silent.

58

A jury might reasonably conclude that the appellant's behaviour in these different settings was sufficiently situation specific to warrant the drawing of the double inferences.

parties, mais c'est de celle-là dont je me souviens parce que quand elle a quitté, [l'appellant] m'a dit que je devais avoir eu un désir d'être violée.

La combinaison d'images spiritualistes (atteindre des niveaux de conscience supérieurs), d'histoires d'horreur (jeunes filles possédées par des esprits désincarnés), et de prétendu pouvoir prophylactique des attouchements sexuels auquel l'appellant se livrait pour écarter ces horribles menaces est, pour le moins, distinctive.

En sa qualité de chef du Centre kabalarien, l'appellant exerçait un pouvoir principalement séculier sur les deux adolescentes de sa ménagère. Ce pouvoir séculier découlait toutefois de leur présence physique imposée par l'adhésion spirituelle de leur mère à la secte. Leur disponibilité et sa volonté d'en tirer profit faisaient également partie intégrante de son prétendu monde de fantasmes.

Le jury pourrait raisonnablement penser que l'abus de pouvoir destiné à procurer un plaisir sexuel, auquel l'appellant a soumis pendant 25 ans des adolescentes qui étaient plus ou moins à sa charge, révèle une personnalité de manipulateur sexuel assortie d'une touche de spiritualisme allant au-delà d'une prédisposition « générale » ou d'une « simple » propension (« mauvaise personnalité »), ce qui pourrait l'amener à adopter le « raisonnement interdit » consistant à conclure qu'une personne est coupable en raison de sa mauvaise personnalité : *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), p. 453. La connotation spiritualiste distinctive constitue un puissant dénominateur commun. Il en est de même de l'âge auquel la plupart des plaignantes ont été initiées à des pratiques sexuelles et du fait que l'appellant a insisté pour que tout demeure confidentiel même si sa conduite avec les plaignantes autres que les sœurs G était apparemment sanctionnée par la secte et n'avait donc rien de honteux. Les plaignantes G avaient elles aussi, et cela est plus compréhensible, reçu la consigne de ne rien dire.

Un jury pourrait raisonnablement conclure que le comportement de l'appellant dans ces contextes différents était suffisamment lié à une situation particulière pour justifier la double inférence.

e. *Any Distinctive Feature(s) Unifying the Incidents of the Similar Acts*

The appellant contends that the trial judge erred in failing to appreciate the distinctive *dissimilarities* as between the G and non-G complainants, and in failing to bring some of the dissimilarities already mentioned to the attention of the jury.

In my view, this objection advocates an excessively mechanical approach. The judge's task is not to add up similarities and dissimilarities and then, like an accountant, derive a net balance. At microscopic levels of detail, dissimilarities can always be exaggerated and multiplied. This may result in distortion: *Litchfield, supra*. At an excessively macroscopic level of generality, on the other hand, the drawing of similarities may be too facile. Where to draw the balance is a matter of judgment. In this case, for the reasons already given, the "differences" urged by the appellant do not have the importance he asserts. The defence, as discussed earlier, wants to compartmentalize the appellant into roles. I do not think this is realistic. The Kabalarian cult created a closed domestic and "spiritual" system under the appellant's authority to which all of the complainants, to a greater or lesser extent, were subject.

The appellant objects that not only did the trial judge fail to take into account distinctive dissimilarities in ruling on admissibility, but having admitted the similar fact evidence, he failed to point out adequately the dissimilarities in his instructions to the jury. On this point, as well, I agree with Donald J.A. The trial judge was not required to sum up the two sides of an artificially constructed ledger as contended for by the appellant. It was open to him to do so, if he considered it helpful, but in the circumstances, it was not essential. The dissimilarities did not detract very significantly from the probative value of the evidence on the issue of *modus operandi*, and clearly emerged in the narrative of each count by each complainant. The differences were skilfully advocated by defence counsel in his closing address. The trial

e. *Tout trait distinctif commun aux épisodes d'actes similaires*

L'appelant prétend que le juge du procès a commis une erreur en n'appréciant pas les *différences* distinctives entre les plaignantes G et les autres plaignantes, et en ne portant pas à l'attention du jury certaines différences déjà mentionnées.

À mon avis, cette objection favorise le recours à une approche trop machinale. La tâche du juge ne consiste pas à additionner les similitudes et les différences, puis, à la manière d'un comptable, à en tirer un solde net. Au niveau microscopique des détails, il est toujours possible d'exagérer et de multiplier les différences. Il peut en résulter une déformation des faits : *Litchfield*, précité. En revanche, à un niveau de généralité démesurément macroscopique, il peut être trop facile de trouver des similitudes. L'équilibre à atteindre est une question de jugement. En l'espèce, pour les raisons déjà exposées, les « différences » invoquées par l'appelant n'ont pas l'importance qu'il leur attribue. La défense, comme nous l'avons vu, cherche à présenter l'appelant sous divers jours. Je ne crois pas que ce soit réaliste. La secte kabalarienne a mis sur pied un régime familial et « spirituel » fermé dans lequel toutes les plaignantes étaient plus ou moins assujetties à l'autorité de l'appelant.

L'appelant rétorque que le juge du procès a non seulement omis de prendre en considération les différences distinctives en se prononçant sur l'admissibilité, mais encore qu'après avoir admis la preuve de faits similaires il n'a pas souligné adéquatement ces différences dans ses directives au jury. À cet égard aussi, je partage l'avis du juge Donald. Le juge du procès n'était pas tenu de brosse sommairement un tableau comparatif, comme le prétendait l'appelant. Il lui était loisible de le faire, s'il le jugeait utile, mais dans les circonstances, ce n'était pas essentiel. Les différences ne diminuaient pas de façon très importante la valeur probante de la preuve relative à la question du *modus operandi*, et elles ressortaient clairement du récit que chaque plaignante a fait au sujet de chacun des chefs d'accusation. L'avocat de la défense les a habilement évoquées dans son

59

60

61

judge quite adequately outlined the nature of this aspect of the appellant's defence to the jury.

f. *Intervening Events*

62 There were no intervening events of significance.

(iv) Conclusion with Respect to Probative Value

63 The trial judge was correct to conclude that the similar fact evidence was *capable* of raising the double inferences in relation to the *modus operandi* which was put forward as an answer to the different defences in the cases of the G complainants and the non-G complainants.

(b) *Assessment of the Potential Prejudice*

64 Under this heading, it is necessary to consider various elements of prejudice including the danger that the jury might be confused by the multiplicity of incidents and put more weight than is logically justified on the similar act testimony ("reasoning prejudice") or by convicting the appellant based on nothing more than bad personhood ("moral prejudice"): *Handy, supra*, at para. 31.

(i) Moral Prejudice

65 The "heavy prejudice" mentioned by McLachlin J. in *B. (C.R.)* is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocused trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. Here the similar act evidence undoubtedly paints the appellant in a discreditable light, but it is not introduced for that purpose and will only incidentally have that effect. It is introduced in response to issues raised by the defence, namely consent in the case of the non-G complainants and the defence that the alleged acts never happened in the case of the G complainants.

exposé final. Le juge du procès a exposé d'une manière tout à fait adéquate au jury en quoi consistait cet aspect de la défense de l'appelant.

f. *Les faits subséquents*

Aucun fait subséquent important n'est survenu.

(iv) Conclusion concernant la valeur probante

Le juge du procès a eu raison de conclure que la preuve de faits similaires *pouvait* permettre de faire les deux inférences relative au *modus operandi* mentionné pour réfuter les différents moyens de défense invoqués dans le cas des plaignantes G et dans celui des autres plaignantes.

b) *L'évaluation du risque de préjudice*

Sous cette rubrique, il est nécessaire d'examiner divers aspects du préjudice, dont le risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et qu'il accorde plus de poids qu'il est logiquement justifié de le faire au témoignage relatif aux actes similaires (« préjudice par raisonnement »), ou encore qu'il déclare l'appelant coupable uniquement en raison de sa mauvaise personnalité (« préjudice moral ») : *Handy*, précité, par. 31.

(i) Préjudice moral

Le « préjudice grave » mentionné par madame le juge McLachlin dans l'arrêt *B. (C.R.)* n'est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l'inférence de culpabilité à partir d'une prédisposition ou d'une propension *générale*. En l'espèce, la preuve d'actes similaires présente incontestablement l'appelant sous un mauvais jour, mais elle n'est pas produite à cette fin et ce n'est qu'accessoirement qu'elle a cet effet. Elle vise à répondre aux questions soulevées par la défense, à savoir que les plaignantes autres que les sœurs G étaient consentantes et que les actes allégués n'ont jamais été accomplis dans le cas des plaignantes G.

The combination of sex and religion was inevitably inflammatory, and the juxtaposition of the G complainants and the non-G complainants afforded reciprocal aggravation as well as mutual insight. The sheer cumulative number of alleged incidents contributed to the moral prejudice.

The jury, of course, was properly warned about the prohibition on reasoning from general disposition or character to guilt: *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128. The jury seems to have heeded the warning. Had its members proceeded on the basis of moral prejudice, it is unlikely they would have acquitted the appellant with respect to four of the non-G complainants, including CK, an emotionally vulnerable woman who at the relevant time seems to have been suffering from postpartum depression.

(ii) Reasoning Prejudice

The danger is that the jury may become confused by the multiplicity of incidents, and become distracted by the cumulative force of so many allegations from their task of deciding carefully each charge one by one.

In *Handy*, a complicating factor was that the jury was asked to consider seven allegedly similar acts but these acts were not before them as charges. There was thus a danger that the jury might mix up matters of consideration (the similar acts) with matters of decision (the charge). Here the severance motion having failed, the jury had before it for decision each of the 20 counts.

The logistical problems confronting an accused where the similar acts are *not* before the court as charges do not apply here. The appellant was not taken by surprise, nor was he limited in his response to each similar fact by the collateral issue rule. Each incident was explored from the defence

Le mélange de sexe et de religion était inévitablement incendiaire, et la juxtaposition des chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G et de ceux relatifs aux autres plaignantes a contribué à les aggraver et à les clarifier mutuellement. Le seul nombre cumulatif d'épisodes allégués a contribué au préjudice moral.

Il va sans dire que le jury a reçu une mise en garde appropriée au sujet de l'interdiction d'inférer la culpabilité à partir d'une prédisposition ou moralité générale : *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 128. Le jury semble avoir tenu compte de cette mise en garde. Si ses membres avaient agi en fonction du préjudice moral, ils n'auraient probablement pas acquitté l'appelant relativement à quatre des plaignantes autres que les sœurs G, dont CK, femme vulnérable sur le plan affectif, qui semblait souffrir d'une dépression post-partum à l'époque pertinente.

(ii) Préjudice par raisonnement

Il existe un risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et que la force cumulative d'un nombre aussi élevé d'allégations l'empêche d'accomplir la tâche qui lui incombe de se prononcer soigneusement sur chacune des accusations l'une après l'autre.

Dans l'affaire *Handy*, une difficulté résultait du fait qu'on avait demandé au jury d'examiner sept actes soi-disant similaires qui n'étaient pas visés par l'accusation. Le jury risquait donc de confondre les questions dont on lui demandait de tenir compte (les actes similaires) avec celles sur lesquelles il devait se prononcer (l'accusation). Dans la présente affaire, à la suite du rejet de la demande de séparation des chefs d'accusation, le jury était appelé à se prononcer sur chacun des 20 chefs d'accusation.

Les problèmes logistiques auxquels un accusé doit faire face lorsque les actes similaires *ne* sont *pas* visés par l'accusation déposée devant le tribunal ne se posent pas en l'espèce. L'appelant n'a pas été pris au dépourvu et sa réponse à chaque fait similaire n'a pas été limitée par la règle des questions

66

67

68

69

70

perspective to the extent the defence considered it to be in its interest to do so.

(iii) Conclusion on the Prejudice Issue

71

In my view, the similar act evidence has significant potential to create moral prejudice. The appellant's defence to the non-G complainants (religiously inspired consent) becomes more delicate when the jury is told that he also had sexual relations with two sisters from the age of 13 who were not Kabalarian disciples but simply residents of his Kabalarian household. The atmosphere of the case is redolent of quack spiritualism and this would clearly disturb a Canadian jury. Similarly, the appellant's denial of abuse of the G sisters may lose much of its force in light of the admitted sexual touching of other adolescent girls, to which the only defence is consent (vitiated, so the jury must have found, by the abuse of authority). I would adopt in this connection what was said by McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 735:

... where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception.

72

I do not think the phrase "high indeed" is intended to signal a superadded component to the balancing test. It merely emphasizes the potentially poisonous nature of the similar act evidence and the correspondingly high probative value required to overcome it.

(c) *Weighing up Probative Value Versus Prejudice*

73

In the weighing up of probative value versus prejudice, a good deal of deference is inevitably paid to the view of the trial judge: *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 733. This does not mean that the trial judge has

incidentes. Chaque épisode a été examiné selon le point de vue de la défense, dans la mesure où celle-ci estimait qu'elle avait intérêt à agir ainsi.

(iii) Conclusion sur la question du préjudice

À mon avis, la preuve d'actes similaires présente un risque important de préjudice moral. Le moyen de défense invoqué par l'appelant dans le cas des plaignantes autres que les sœurs G (consentement fondé sur des motifs religieux) se fragilise lorsque le jury est informé que l'appelant a aussi commencé à avoir des relations sexuelles avec deux sœurs au moment où elles étaient âgées de 13 ans, lesquelles étaient non pas des adeptes de la secte kabalarienne, mais simplement des résidentes de son foyer kabalarien. L'atmosphère de cette affaire exhale un spiritualisme charlatanesque et il est évident que cela aurait pour effet de troubler un jury canadien. De même, la dénégation par l'appelant des sévices qui auraient été exercés sur les sœurs G risque d'être affaiblie considérablement par les aveux d'attouchements sexuels sur d'autres adolescentes, à l'égard desquels le seul moyen de défense invoqué est le consentement (vicié par l'abus d'autorité, comme doit l'avoir conclu le jury). Je suis d'avis d'adopter à ce sujet les propos de madame le juge McLachlin dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 735 :

... où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement repugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception.

Je ne crois pas que les mots « vraiment être grande » visent à indiquer l'addition d'un élément au critère d'évaluation. Ils ne font que souligner le caractère potentiellement pernicieux de la preuve d'actes similaires et la grande valeur probante correspondante qu'elle doit donc avoir pour l'emporter sur ce caractère pernicieux.

c) *La détermination de la valeur probante en fonction du préjudice*

En déterminant la valeur probante en fonction du préjudice, l'on fait inévitablement preuve de beaucoup de retenue à l'égard du point de vue du juge du procès : *B. (C.R.)*, précité, p. 733. Cela ne

a discretion to admit similar fact evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value, but it does mean that the Court recognizes the trial judge's advantage of being able to assess on the spot the dynamics of the trial and the likely impact of the evidence on the jurors. These are evidentiary issues on which reasonable judges may differ and, absent error in principle, the decision should rest where it was allocated, to the trial judge. In this case the trial judge's view has been endorsed by a unanimous Court of Appeal.

The trial judge concluded that both the prejudicial effect and the probative value of the similar fact evidence were "significant", but that in the end the probative value prevailed. I see no reason to interfere with that conclusion. The appeal on that ground must therefore be dismissed.

B. *Limiting the Scope of Cross-examination*

The second principal ground of appeal has to do with the limited cross-examination permitted by the trial judge on KWG's diary.

The critical importance of cross-examination is not doubted. The appellant stood before the court accused of crimes by numerous complainants but he was presumed to be innocent of each and every count. All of the alleged sexual misconduct, by its very nature, was in private. At trial, it was his word against the credibility of his accusers, individually and (by virtue of the similar fact evidence) collectively. If the complainants were untruthful about what happened in the privacy of their encounters, the most effective tool he possessed to get at the truth was a full and pointed cross-examination. The general principle was stated in *Seaboyer, supra, per McLachlin J.*, at p. 611:

signifie pas que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve de faits similaires dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Cela indique plutôt que la Cour reconnaît que le juge du procès a l'avantage d'être en mesure d'apprécier sur place la dynamique du procès et l'effet que la preuve aura vraisemblablement sur les jurés. Il s'agit là de questions de preuve sur lesquelles des juges raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes et, en l'absence d'erreur de principe, la décision devrait être prise par celui à qui elle incombe, c'est-à-dire le juge du procès. En l'espèce, la Cour d'appel a adopté, à l'unanimité, le point de vue du juge du procès.

Le juge du procès a conclu que l'effet préjudiciable et la valeur probante de la preuve de faits similaires étaient [TRADUCTION] « importants » tous les deux, mais qu'en fin de compte la valeur probante l'emportait. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Le pourvoi doit donc être rejeté relativement à ce moyen.

B. *Limitation de la portée du contre-interrogatoire*

Le second moyen d'appel principal concerne le contre-interrogatoire limité que le juge du procès a autorisé relativement au journal intime de KWG.

L'importance cruciale du contre-interrogatoire n'est pas mise en doute. L'appellant a comparu devant la cour pour répondre à des accusations portées par de nombreuses plaignantes, mais il jouissait de la présomption d'innocence à l'égard de chacun des chefs d'accusation. Toute l'inconduite sexuelle alléguée a, de par sa nature même, eu lieu en privé. Au procès, c'était sa parole contre la crédibilité de ses accusatrices, individuellement et (en vertu de la preuve de faits similaires) collectivement. Si les plaignantes mentaient au sujet de ce qui s'était produit dans l'intimité de leurs rencontres, l'outil le plus efficace dont il disposait pour faire ressortir la vérité était un contre-interrogatoire complet et incisif. Madame le juge McLachlin énonce le principe général dans l'arrêt *Seaboyer, précité*, p. 611 :

74

75

76

Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted. It follows from this that the prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law. [Emphasis added.]

It has been increasingly recognized in recent years, however, that cross-examination techniques in sexual assault cases that seek to put the complainant on trial rather than the accused are abusive and distort rather than enhance the search for truth. Various limitations have been imposed. One of these limits is the privacy interest of the complainant, which is not to be needlessly sacrificed. This was explored by Cory J. writing for the majority in *Osolin, supra*, at pp. 669 and 671, as follows:

A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. Yet a fair balance must be achieved so that the limitations on the cross-examination of complainants in sexual assault cases do not interfere with the right of the accused to a fair trial.

In each case the trial judge must carefully balance the fundamentally important right of the accused to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant, particularly where the purpose of the cross-examination may be directed to “rape myths”. [Emphasis added.]

77

I underline the reference to “rape myths” because in my view it is a concern about a potential revival of the shibboleth of “recent complaint” in sexual assault cases rather than a privacy concern as such, that lies at the heart of the trial judge’s ruling.

78

In *Seaboyer*, the accused sought to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions to explain the “bruises and other aspects of the complainant’s condition which the Crown

Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l’accusé de présenter une preuve à l’appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable. Le juge ne pourra donc écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l’effet préjudiciable de cette preuve l’emporte sensiblement sur sa valeur probante. [Je souligne.]

Les tribunaux ont, au cours des dernières années, reconnu de plus en plus que les techniques de contre-interrogatoire consistant à faire le procès du plaignant plutôt que celui de l’accusé dans des affaires d’agression sexuelle sont abusives et qu’elles ont pour effet de fausser plutôt que de favoriser la recherche de la vérité. Diverses limites ont été imposées. L’une de ces limites est le droit du plaignant au respect de sa vie privée, qui ne doit pas être sacrifié inutilement. Dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 669 et 671, le juge Cory a étudié cette question au nom des juges majoritaires :

Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d’un système judiciaire insensible. Il faut toutefois maintenir un juste équilibre, de sorte que les limites imposées au contre-interrogatoire des plaignants dans des affaires d’agression sexuelle ne nuisent pas au droit de l’accusé à un procès équitable.

Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l’accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des « mythes sur le viol ». [Je souligne.]

Je souligne la mention des « mythes sur le viol » parce que, selon moi, c’est la crainte de voir le principe arbitraire de la « plainte immédiate » refaire surface dans les affaires d’agression sexuelle, plutôt qu’un souci de préserver la vie privée elle-même, qui est au cœur de la décision du juge du procès.

Dans l’affaire *Seaboyer*, l’accusé cherchait à contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel à d’autres occasions, afin d’expliquer les « meurtrissures, et [. . .] d’autres aspects de

had put in evidence” (p. 598). In *Osolin*, the accused sought to cross-examine a notation in the complainant’s medical record of a concern she had expressed to her therapist that her attitude and behaviour may have influenced the accused to some extent. This case is different. The focus is not private information as such because, as stated, the trial judge allowed cross-examination by the defence on each of the specific diary entries the defence sought to utilize. The defence objection is to the restriction on its ability to cross-examine on the significance (if any) of what was not recorded. It is common ground that KWG’s diary contains no references to beatings by the mother or to sexual abuse by the appellant.

The cogency of this line of questioning rested on the premise that if these assaults had happened, they would have been recorded, and because the events were not recorded, they did not happen. That, in the Crown’s view, is where one of the “rape myths” surfaces. The trial judge agreed:

In essence, [the appellant] wants to go to the jury and argue that the witness has made no “complaint”, if I may use that word, to her private, confidential diary about the sexual assaults that she now testifies to.

[Counsel for KWG] argues strongly that there is no probative value in a lack of complaint in these circumstances, and that to allow cross-examination and argument on the issue is premised upon a discriminatory belief or bias.

The trial judge’s trade-off of permitting questions on actual entries but disallowing questions on the *absence* of entries was criticized in about equal measure by the appellant and the Criminal Lawyers’ Association on the one hand, who thought it too restrictive on the defence, and on the other hand by

l’état de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve » (p. 598). Dans l’affaire *Osolin*, l’accusé cherchait à contre-interroger la plaignante au sujet d’une note inscrite dans son dossier médical, indiquant qu’elle avait exprimé à son thérapeute la crainte que son attitude et son comportement aient influencé l’accusé jusqu’à un certain point. La présente affaire est différente. L’accent n’est pas mis à proprement parler sur des renseignements privés puisque, comme nous l’avons vu, le juge du procès a permis à la défense de procéder à un contre-interrogatoire sur chacune des inscriptions particulières du journal intime qu’elle cherchait à utiliser. L’objection de la défense vise la restriction de sa capacité de contre-interroger au sujet de l’importance (s’il en est) de ce qui n’a pas été consigné. Les parties reconnaissent que le journal intime de KWG ne comporte aucune mention des coups reçus de sa mère ou des abus sexuels dont elle a été victime de la part de l’appellant.

La force probante de cette série de questions reposait sur la prémisse selon laquelle si de telles agressions avaient été commises, elles auraient été consignées, et étant donné que ces événements n’ont pas été consignés, ils n’ont pas eu lieu. C’est là où, selon le ministère public, l’un des « mythes sur le viol » apparaît. Le juge du procès a partagé ce point de vue :

[TRADUCTION] Essentiellement, [l’appellant] veut se présenter devant le jury et prétendre que le témoin n’a fait état d’aucune « plainte », si je peux utiliser ce mot, dans son journal intime et confidentiel au sujet des agressions sexuelles à l’égard desquelles elle témoigne maintenant.

[L’avocate de KWG] plaide énergiquement que l’absence de plainte dans ces circonstances n’a aucune valeur probante et que la décision de permettre qu’il y ait contre-interrogatoire et argumentation sur cette question serait fondée sur une croyance ou un préjugé discriminatoire.

Le compromis selon lequel le juge du procès a permis que des questions portent sur les inscriptions effectuées et non sur l’*absence* d’inscriptions a été critiqué à peu près également par l’appellant et la Criminal Lawyers’ Association qui l’ont jugé trop restrictif pour la défense, d’une part, et par le

the Crown and the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF"), who thought it went too far against the complainant.

81 The Crown and LEAF took the position that KWG's diary was and remained her property, and that the appellant came into possession of it without colour of right. That being the case, the trial judge ought to have ignored the reality of the appellant's possession (a sort of constructive *dispossession*) and required the appellant to make an application for compelled production of documents under ss. 278.1 to 278.9, just as if KWG rather than the appellant had possession of it.

82 I will deal with these points in turn.

(1) Surprise Disclosure of the Diary

83 In her evidence-in-chief and in the initial cross-examination KWG committed herself to having experienced a profoundly unhappy childhood (a "chamber of horrors" is how the defence put it, somewhat sarcastically), lack of friends at school, prohibition on participation in extracurricular school activities, and not being allowed to wear ordinary teenager clothing. All of this was the background to alleged constant physical abuse by the mother and alleged sexual abuse by the appellant, the latter occurring mainly in the appellant's den at the Centre.

84 She was asked by the defence about the possible existence of a diary and she said she thought she had received one as a present at Christmas in her early teens, but had only made entries for two weeks or so.

85 At this point in the trial, counsel for the defence flourished KWG's original diary which she had not seen for 22 years, and announced that it contained day-by-day entries for a period of eight months (not the two weeks she had recalled) commencing January 1970, in the midst of the period of alleged abuse. It recorded what KWG herself described as

ministère public et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (« FAEJ ») qui ont estimé qu'il désavantageait trop la plaignante, d'autre part.

Selon le ministère public et le FAEJ, le journal intime de KWG lui appartient et continue de lui appartenir, et l'appelant en a obtenu possession en l'absence de toute apparence de droit. En l'occurrence, le juge du procès aurait dû s'abstenir de tenir compte du fait de la possession par l'appelant (une sorte de *dépossession* par interprétation) et obliger ce dernier à faire une demande de communication forcée de documents en vertu des art. 278.1 à 278.9, comme si c'était KWG et non l'appelant qui en avait la possession.

Je traiterai ces points à tour de rôle.

(1) Communication inattendue du journal intime

Au cours de son interrogatoire principal et du contre-interrogatoire initial, KWG a déclaré avoir eu une enfance très malheureuse (que la défense a décrite quelque peu sarcastiquement comme une [TRADUCTION] « histoire d'horreur »), ne pas avoir eu d'amis à l'école, s'être vu interdire de participer aux activités parascolaires et ne pas avoir été autorisée à porter les vêtements habituels des adolescents. C'était là le contexte des sévices physiques que sa mère aurait constamment exercés sur elle ainsi que des abus sexuels dont elle aurait été victime de la part de l'appelant principalement dans son bureau du Centre.

Interrogée par la défense sur l'existence possible d'un journal intime, elle a répondu qu'elle croyait en avoir reçu un à Noël au début de son adolescence, mais n'y avoir fait des inscriptions que pendant environ deux semaines.

C'est à ce moment, au cours du procès, que l'avocat de la défense a brandi le journal intime original de KWG, que celle-ci n'avait pas vu depuis 22 ans, et qu'il a annoncé que des inscriptions y avaient été faites quotidiennement pendant une période de huit mois (au lieu des deux semaines dont elle s'était souvenue) à partir de janvier

“mundane” entries about schoolmates, participation in school functions, family outings to see films, Easter presents and some positive references to the appellant (e.g., “Stayed home from school today and had a nice talk with Ivon. He makes you want to work harder”). The defence wished to raise a doubt about the reliability and completeness of KWG’s memory by contradicting her testimony with what the defence viewed as inconsistent entries written under her own hand in the diary, and the omission of any entry chronicling physical or sexual abuse.

KWG’s response to the surprise disclosure of her 1970 diary was to obtain a short adjournment, and to retain her own counsel who argued that (1) the diary was the property of KWG and should be returned forthwith and (2) thereafter dealt with under the documentary production provisions of ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*.

(2) Wrongful Possession of the Diary

KWG testified on the *voir dire* that she did “not at all” intend to give up her privacy rights. She was “appalled” and wanted the diary and all the copies returned to her as the defence had no right to “the little bit of privacy that [she] had”. On cross-examination, KWG described the diary entries as “very mundane”, “[b]ut it’s still mine. . . . I don’t understand what that has to do with anything. This is still mine. Whether it’s mundane or exciting or boring, it’s still mine”. The trial judge found that KWG had never waived or abandoned her *privacy* interest in the diary and I agree with him.

1970, au milieu de la période pendant laquelle les sévices auraient été exercés. Il contenait ce que KWG elle-même a qualifié d’inscriptions [TRADUCTION] « banales » au sujet de camarades de classe, de sa participation à des activités scolaires, de sorties en famille au cinéma, de cadeaux de Pâques et de mentions positives concernant l’appellant (par exemple, « Je ne suis pas allée à l’école aujourd’hui et j’ai eu une conversation agréable avec Ivon à la maison. Il sait motiver les gens à travailler plus fort »). La défense voulait susciter un doute au sujet de la fiabilité et de l’intégrité de la mémoire de KWG en comparant son témoignage avec ce qu’elle considérait comme des inscriptions contradictoires que KWG avait effectuées de sa propre main dans le journal intime, et au sujet de l’absence d’inscriptions faisant état de sévices physiques ou sexuels.

À la suite de la production inattendue de son journal intime de 1970, KWG a demandé et obtenu un bref ajournement et a retenu les services d’une avocate. Cette avocate a fait valoir, premièrement, que le journal intime appartenait à KWG et qu’il devait lui être restitué immédiatement, et deuxièmement, qu’il devait ensuite être traité conformément aux dispositions relatives à la communication de documents contenues aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*.

(2) Possession illégitime du journal intime

Au cours du *voir-dire*, KWG a dit n’avoir [TRADUCTION] « aucunement » eu l’intention de renoncer à son droit à la vie privée. Elle était « consternée » et voulait qu’on lui restitue le journal intime et toutes les copies qui en avaient été tirées, étant donné que la défense n’avait aucun droit sur « le peu de vie privée qu’[elle] avait ». Au cours du contre-interrogatoire, KWG a qualifié de « très banales » les inscriptions faites dans son journal intime, et a ajouté : « [m]ais il m’appartient toujours. [. . .] Je ne comprends pas ce qu’il a à voir avec quoi que ce soit. Il m’appartient toujours. Peu importe qu’il soit banal, captivant ou assommant, il m’appartient toujours ». Le juge du procès a conclu que KWG n’avait jamais renoncé à son droit à la *vie privée* à l’égard du journal intime, et je suis d’accord avec lui.

86

87

88

The *voir dire* included a lengthy legal debate about whether KWG had or had not abandoned her *property* interest in her diary, and whether the appellant's possession of it amounted to conversion. I do not think KWG was illegally deprived of possession of the diary (unlike the Chinese restaurateurs whose safe containing private documents was stolen by thieves in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10). She simply left it behind in a common storage room with other possessions no longer required for day-to-day living. When her mother forwarded her possessions to her in 1995, the diary was not among them. When the diary fell into the appellant's possession 22 years after KWG left home, it was not a "wrongful" taking in any legal sense, although I agree with KWG that it underlined the extent of his unwelcome access to KWG's private life as a by-product of her mother's adherence to the cult.

Pendant le voir-dire, un long débat a eu lieu sur la question de savoir si KWG avait renoncé à son droit de *propriété* sur son journal intime, et si la possession qu'en avait l'appelant constituait une appropriation illicite. Je ne crois pas que KWG a été privée illégalement de la possession de son journal intime (à la différence des restaurateurs chinois dont le coffre-fort contenant des documents privés avait été dérobé par des voleurs, dans l'affaire *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10). À son départ, elle l'avait tout simplement laissé dans une aire commune de remisage avec d'autres biens dont elle n'avait plus besoin au quotidien. Le journal intime de KWG ne figurait pas parmi les biens lui appartenant que sa mère lui a envoyés en 1995. Lorsque l'appelant est entré en possession de ce journal 22 années après que KWG eut quitté la maison, il ne s'agissait pas d'une appropriation « illicite » au sens juridique, bien que je convienne avec KWG que cela démontre la mesure de l'accès non sollicité que l'appelant avait à la vie privée de KWG à la suite de l'adhésion de sa mère à la secte.

89

I do not propose to pursue the property ownership debate. The issue for present purposes is not the "ownership of the diary" (which could be the subject of a civil cause of action) but the status of information contained within the diary. Return of the diary, as proposed by my colleague L'Heureux-Dubé J. at para. 161, would seem to me to shut the barn door after the horse had escaped.

Je ne compte pas poursuivre le débat relatif à la propriété du bien en cause. La question qui doit être tranchée en l'espèce concerne non pas la « propriété du journal intime » (qui pourrait donner naissance à un droit d'action au civil), mais plutôt le statut des renseignements contenus dans le journal intime. Selon moi, restituer le journal intime à sa propriétaire légitime, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, au par. 161, reviendrait à fermer la porte de l'écurie derrière le cheval qui s'est échappé.

90

Modern privacy rights have been expanded by disentangling them from their traditional roots in private property. At one time, privacy interests could often be effectively protected only by property-based concepts since the ability to prohibit strangers crossing property lines (as for example to gain access to one's home) or get their hands on physical objects (including documents) was tantamount to controlling the private information contained therein. If the rights of private property were enforced, there was

On a élargi le droit contemporain à la vie privée en le dégageant de son enracinement traditionnel dans la propriété privée. À une certaine époque, il était souvent possible de protéger efficacement ce droit en recourant uniquement à des notions fondées sur la propriété étant donné que la capacité d'une personne d'interdire à des étrangers de circuler sur sa propriété (notamment pour accéder à son domicile) ou de prendre possession d'objets matériels (dont des documents) revenait à avoir la haute main sur les renseignements privés qui s'y

likely no risk of exposure of related privacy interests.

Technology has incrementally separated the close link between property and privacy. A great expansion in privacy rights was possible when privacy interests no longer depended on finding a property intrusion. The absence of a physical intrusion no longer eliminated a corresponding privacy interest, as this Court recognized most notably in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. The treatment of personal records in ss. 278.1 to 278.9 is built on the premise that a person's reasonable expectation of privacy in personal information in documents is not necessarily inconsistent with a third party's property interest in the actual physical documents, as for example with documents held by mental or physical health services personnel. Moreover, privacy interests are not lost when the adverse physical possession is itself wrongful (as in the case of financial records seized by the police from the stolen safe in *Law, supra*) or for a limited purpose (as with the blood and urine samples given for medical purposes and subsequently seized by the police in *Dyment, supra*, and *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20).

A property interest may reinforce the reasonable expectation of privacy, where the physical ownership and the privacy interest coincide, but loss of physical possession or ownership will not necessarily defeat a person's privacy interest in personal information contained in the document in question.

Our concern here is with the privacy interest, not the property interest.

trouvaient. Si les droits en matière de propriété privée étaient exercés, il n'y avait probablement aucun risque que les droits connexes en matière de vie privée soient compromis.

La technologie a progressivement effacé le lien étroit qui existait entre la propriété et la vie privée. Le droit à la vie privée a pu être élargi considérablement à partir du moment où il a cessé de dépendre de la constatation d'une atteinte au droit de propriété. L'absence d'intrusion physique n'éliminait plus le droit à la vie privée correspondant, comme notre Cour l'a reconnu plus particulièrement dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. Le traitement des dossiers personnels prévu aux art. 278.1 à 278.9 a pour prémisses que l'attente raisonnable qu'une personne a en matière de respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements personnels contenus dans des documents n'est pas nécessairement incompatible avec le droit de propriété qu'un tiers peut avoir sur les documents eux-mêmes — lorsqu'il est question notamment de documents détenus par le personnel d'établissements de santé mentale ou physique. De plus, le droit à la vie privée n'est pas perdu lorsque la possession adversative matérielle est elle-même répréhensible (comme dans le cas des dossiers financiers saisis par la police dans le coffre-fort dérobé dans l'affaire *Law*, précitée) ou lorsqu'elle vise un objectif limité (comme dans le cas des échantillons de sang et d'urine donnés à des fins médicales et subséquemment saisis par la police dans les affaires *Dyment*, précitée, et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20).

Un droit de propriété peut renforcer l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée lorsque la propriété matérielle coïncide avec le droit à la vie privée, mais la perte de la possession ou de la propriété du document lui-même ne réduira pas nécessairement à néant le droit d'une personne au respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements qu'il contient.

Nous nous intéressons ici au droit à la vie privée et non au droit de propriété.

91

92

93

(3) Applicability of Sections 278.1 to 278.9 of the Criminal Code

94

Sections 278.1 to 278.9 on their face address the *production* not the *use* or *admissibility* of personal information, as stated by Parliament itself in the Preamble (S.C. 1997, c. 30):

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police and may deter complainants from seeking necessary treatment, counselling or advice;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the work of those who provide services and assistance to complainants of sexual offences is detrimentally affected by the compelled production of records and by the process to compel that production;

AND WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that, while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny; . . . [Emphasis added.]

95

The text of ss. 278.1 to 278.9 that follows is consistent with such a purpose. Counsel for KWG at trial and LEAF before this Court, argued that the machinery of ss. 278.1 to 278.9 can be put into reverse, i.e., it contemplates taking documents already in the hands of the defence and restoring these to the complainant, thus requiring the defence to make a fresh application for the document just removed from its possession. In my view, this interpretation is unduly contrived and does violence to the statutory language. It draws the alleged purpose of ss. 278.1 to 278.9 too widely (certainly much more widely than the preambular language) and presupposes that the court can rewrite the text of the statute to accord with the court's own extrapolation of Parliament's purpose. This cannot be correct. Here the state is not using its coercive power to compel production in ways which invoke s. 8 of

(3) Applicabilité des art. 278.1 à 278.9 du Code criminel

Les articles 278.1 à 278.9 concernent, à première vue, la *communication* et non l'*utilisation* ou l'*admissibilité* de renseignements personnels, comme le législateur lui-même le déclare dans le préambule (L.C. 1997, ch. 30) :

Attendu :

qu[e le Parlement du Canada] reconnaît que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles et sur le recours aux traitements, thérapies ou services de consultation nécessaires;

qu'il reconnaît que le travail de ceux qui fournissent de l'aide et des services aux victimes d'agressions sexuelles est entravé par l'obligation de communiquer des renseignements personnels et par la procédure qui oblige à cette communication;

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence, . . . [Je souligne.]

Le texte des art. 278.1 à 278.9 qui suit est conforme à cet objet. L'avocate de KWG, au procès, et le FAEJ, devant notre Cour, ont fait valoir que le mécanisme des art. 278.1 à 278.9 peut être inversé en ce qu'il peut permettre la restitution à la plaignante de documents que la défense a déjà en sa possession, ce qui obligerait cette dernière à présenter une nouvelle demande visant à obtenir les documents qu'on vient de lui retirer. À mon avis, cette interprétation est trop forcée et va à l'encontre du texte même de la disposition législative. Elle donne une description trop large de l'objet que viseraient les art. 278.1 à 278.9 (certainement beaucoup plus large que le fait le préambule) et présuppose que le tribunal peut réécrire le texte de la loi pour qu'il corresponde à son extrapolation de l'objectif du législateur. Cela ne saurait être exact. En l'espèce, l'État n'exerce pas son pouvoir coercitif pour forcer

the *Charter* (“unreasonable search or seizure”). Nor does the present case raise Parliament’s specific concerns in ss. 278.1 to 278.9 about protecting the confidential relationship of a patient-therapist, nor the encouragement of victims of sexual assault to seek professional treatment, and in turn not to discourage reporting of sexual offences (see s. 278.5(2)(f) and (g)).

The simple fact is that the defence had possession of the diary. It was not engaged in a “fishing expedition”. The issue for the trial judge was the admissibility of the contents. Sections 278.1 to 278.9 nowhere refer to “admissibility” or “evidence”, and understandably so, for as L’Heureux-Dubé J. pointed out in *O’Connor*, *supra*, at paras. 164-66, the considerations governing production and admissibility are quite different. To treat production as a proxy for admissibility would complicate proper hearings under ss. 278.1 to 278.9, where trial judges proceed on the basis that the issue at the early stage is only production. Admissibility is properly left to be determined later when the matter is ripe for decision.

The procedural machinery set out in ss. 278.1 to 278.9 also cuts against LEAF’s argument. Assuming that KWG’s diary is a “record” that falls within the scope of ss. 278.1 to 278.9, LEAF would have the appellant under s. 278.3(5) serve notice and a subpoena on himself, i.e., as “the person who has possession or control of a record”, for an *in camera* hearing in which the presiding judge would decide whether or not to review the diary in whole or in part because, *ex hypothesi*, the applicant does not know the contents of the records which in theory he seeks but in reality is already in his possession. The judge may then determine whether the record should be “produced to the accused” (s. 278.6(1) (emphasis added)), i.e., to the person (indeed the *only person*) who already possesses it. In my view, it would be undesirable to twist the language of ss. 278.1 to 278.9 as suggested by LEAF. The limits of

la communication d’une manière qui fait intervenir l’art. 8 de la *Charte* (« fouilles, perquisitions ou saisies abusives »). La présente affaire ne fait pas intervenir non plus les préoccupations particulières que le législateur a exprimées aux art. 278.1 à 278.9 au sujet de la protection du lien confidentiel entre le patient et son thérapeute, de l’encouragement des victimes d’agression sexuelle à demander des soins professionnels et, par ricochet, à ne pas décourager le signalement des infractions d’ordre sexuel (voir les al. 278.5(2)(f) et g)).

Il reste que la défense avait le journal intime en sa possession. Elle ne se livrait pas à une « recherche à l’aveuglette ». Le juge du procès devait trancher la question de l’admissibilité du contenu. Les articles 278.1 à 278.9 ne parlent aucunement d’« admissibilité » ou de « preuve », et cela se comprend puisque, comme le soulignait madame le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *O’Connor*, précité, par. 164-166, les considérations régissant la production ou communication et celles régissant l’admissibilité sont fort différentes. Considérer que la production est un indice d’admissibilité aurait pour effet de compliquer les auditions relatives aux art. 278.1 à 278.9, où les juges du procès tiennent pour acquis que seule la question de la production se pose au départ. Il convient de trancher la question de l’admissibilité plus tard, lorsqu’elle se prête à une décision.

Le mécanisme procédural établi aux art. 278.1 à 278.9 milite aussi contre l’argument du FAEJ. En tenant pour acquis que le journal intime de KWG est un « dossier » visé par les art. 278.1 à 278.9, le FAEJ se fonderait sur le par. 278.3(5) pour obliger l’appelant à se signifier à lui-même un avis et une assignation à comparaître — en sa qualité de « personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle » — à une audience à huis clos au cours de laquelle le juge déciderait s’il y a lieu d’examiner en entier ou en partie le journal intime, étant donné que le requérant serait censé ignorer le contenu des dossiers qu’il sollicite en théorie, mais qu’il a déjà en sa possession en réalité. Le juge pourrait alors décider si le dossier doit être « communiqué à l’accusé » (par. 278.6(1) (je souligne)), c’est-à-dire à la personne (en fait à la *seule* personne) qui l’a déjà en sa possession. À mon avis, il n’est pas souhaitable

Parliament's intention, as expressed in the language it has used, should be respected.

de fausser le sens du texte des art. 278.1 à 278.9, comme le propose le FAEJ. Il faut respecter les limites de l'intention du législateur qui ressortent des termes qu'il a utilisés.

98

This conclusion does not advance the appellant's position very far. As the Crown and LEAF point out, ss. 278.1 to 278.9 sprang from a recognition of privacy and equality interests previously outlined in common law and *Charter* cases such as *O'Connor*, *Seaboyer* and *Osolin*. I agree. The same legal principles are quite apt to supply the proper solution to this appeal.

Cette conclusion ne renforce pas beaucoup le point de vue de l'appelant. Comme le soulignent le ministère public et le FAEJ, les art. 278.1 à 278.9 émanent de la reconnaissance des droits à la vie privée et à l'égalité déjà exposés en common law et dans des arrêts relatifs à la *Charte* comme *O'Connor*, *Seaboyer* et *Osolin*. Je partage leur avis. Les mêmes principes juridiques sont tout à fait susceptibles de fournir la bonne solution dans le présent pourvoi.

(4) The Issue Here is Admissibility of Evidence, Not Production and Disclosure

(4) La question qui se pose en l'espèce est celle de l'admissibilité de la preuve et non de la production et de la communication

99

The confusion between production (*O'Connor*) and admissibility (*Osolin*) took hold at an early stage of the *voir dire* in this case.

La confusion entre la production (*O'Connor*) et l'admissibilité (*Osolin*) est survenue au début du voir-dire en l'espèce.

100

Having rightly rejected the applicability of ss. 278.1 to 278.9 on the ground that there was no issue here of production or disclosure, the trial judge prefaced the opening of submissions on admissibility as "what I'll call an *O'Connor* application at this stage".

Après avoir rejeté à bon droit l'applicabilité des art. 278.1 à 278.9 pour le motif qu'il n'était pas question de production ou de communication dans la présente affaire, le juge du procès a annoncé l'ouverture des plaidoiries sur l'admissibilité en mentionnant [TRADUCTION] « ce [qu'il allait] appeler une demande de type *O'Connor* à ce stade ».

101

Although well aware of *Seaboyer* (1991) and *Osolin* (1993), the trial judge (and eventually the Court of Appeal) seems to have concluded that these earlier authorities had been overtaken by this Court's subsequent pronouncements in *O'Connor* (1995). I do not agree that *O'Connor* can substitute for *Osolin* or indeed that the two tests are equivalent or interchangeable.

Même s'il était bien au courant des arrêts *Seaboyer* (1991) et *Osolin* (1993), le juge du procès (et éventuellement la Cour d'appel) semble avoir conclu que cette jurisprudence antérieure avait été renversée par les énoncés subséquents de notre Cour dans l'arrêt *O'Connor* (1995). Je ne suis pas d'accord pour dire que l'arrêt *O'Connor* peut remplacer l'arrêt *Osolin* ou encore que les deux critères sont équivalents ou interchangeables.

102

The trial judge heard several days of argument from counsel for KWG as well as counsel for the prosecution and the defence on the use that would be made of KWG's diary in cross-examination before the jury. Much of this argument was directed explicitly to various dicta in *O'Connor*, *supra*. In

Le juge du procès a entendu pendant plusieurs jours l'argumentation de l'avocate de KWG tout autant que celle des avocats du ministère public et de la défense au sujet de l'utilisation qui serait faite du journal intime de KWG lors du contre-interrogatoire devant le jury. Une grande partie

his ruling on the permissible scope of the cross-examination, the trial judge “applied” the *O’Connor* principles:

The five criteria set out in [*O’Connor*], a decision of the Supreme Court of Canada, have application to the stage of a proceeding like this where production of a document is being sought. However, I am quite satisfied that those criteria should also be taken into account and applied when one is considering, not the question of production, but cross-examination. Referring to the headnote, those criteria are:

First, the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence;

Second, the probative value of the record in question;

Third, the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record;

Fourth, whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias;

And fifth, the potential prejudice to the complainant’s dignity, privacy, or security of the person that would be occasioned by a production of the record in question. [Emphasis added.]

In my view, the trial judge erred in extrapolating the *O’Connor* test from the issue of production of information not previously disclosed to the defence and applying it to the admissibility (or use in cross-examination) before the jury of evidence already in the possession of the defence.

A simple “balancing of interests” test (*O’Connor, supra*, at paras. 129 and 150) cannot be equated to “substantially outweighs” (*Seaboyer* and *Osolin*). Under *O’Connor*, the default position is that the third party information is not produced to the defence. Under *Seaboyer* and *Osolin*, the

de cette argumentation portait expressément sur diverses opinions incidentes contenues dans l’arrêt *O’Connor*, précité. Pour décider de la portée acceptable du contre-interrogatoire, le juge du procès a « appliqué » les principes de l’arrêt *O’Connor* :

[TRADUCTION] Les cinq critères établis dans l’arrêt [*O’Connor*] de la Cour suprême du Canada sont applicables à l’étape d’une procédure comme celle de la présente affaire où on demande la production d’un document. Toutefois, je suis entièrement convaincu que ces critères devraient être également pris en considération et appliqués non pas lorsqu’on examine la question de la production, mais lorsqu’on songe à procéder à un contre-interrogatoire. D’après le sommaire de cet arrêt, ces critères sont les suivants :

Premièrement, la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l’accusé puisse présenter une défense pleine et entière.

Deuxièmement, la valeur probante du dossier en question.

Troisièmement, la nature et la portée de l’attente raisonnable en matière de protection du caractère privé de ce dossier.

Quatrièmement, la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire.

Cinquièmement, le préjudice que la production du dossier en question risque de causer à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en extrapolant le critère de l’arrêt *O’Connor*, applicable à la question de la production de renseignements qui n’ont pas déjà été communiqués à la défense, pour l’appliquer à la question de l’admissibilité (ou de l’utilisation lors d’un contre-interrogatoire) devant le jury d’un élément de preuve que la défense a déjà en sa possession.

Un critère consistant simplement à « soupeser des droits » (*O’Connor*, précité, par. 129 et 150) ne peut être assimilé au critère selon lequel un droit doit « l’emporte[r] sensiblement » sur un autre (*Seaboyer* et *Osolin*). Selon l’arrêt *O’Connor*, la solution par défaut consiste à ne pas communiquer

default position is that the defence is allowed to proceed with its cross-examination.

à la défense les renseignements détenus par un tiers. Selon les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*, la solution par défaut consiste à autoriser la défense à procéder à un contre-interrogatoire.

105

It is important to keep in mind the procedural context of *O'Connor*. L'Heureux-Dubé J., noted at paras. 101-2, that whatever duty of disclosure rested on the Crown, it "does not extend to third parties. . . . [T]here is no duty on third parties to disclose". Lamer C.J. and Sopinka J. agreed: "[T]hird parties have no obligation to assist the defence" (para. 19). Thus, concluded L'Heureux-Dubé J., at para. 131:

Il importe de se rappeler le contexte procédural de l'arrêt *O'Connor*. Madame le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer, aux par. 101-102, que quelle que soit l'obligation de divulgation qui incombe au ministère public, cette obligation « ne s'étend pas aux tiers » et « aucune obligation de divulguer n'incombe aux tiers ». Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont souscrit à ce point de vue : « les tiers ne sont nullement tenus de prêter leur assistance à la défense » (par. 19). Madame le juge L'Heureux-Dubé a conclu en ces termes, au par. 131 :

[S]eeking to invoke the power of the state to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the state power to compel production is justified in a free and democratic society.

[Lorsque le requérant] tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique.

"The essence of privacy", L'Heureux-Dubé J. emphasized, at para. 119, "is that once invaded, it can seldom be regained". Thus, production would only be ordered where the salutary effects outweighed the deleterious effects of disclosure (para. 150). This rationale simply does not apply to evidence already lawfully in the possession of the defence.

Comme l'a souligné madame le juge L'Heureux-Dubé, au par. 119, « l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité ». Par conséquent, la production ne serait ordonnée que si les effets bénéfiques l'emportent sur les effets préjudiciables de la communication (par. 150). Ce raisonnement ne s'applique tout simplement pas à la preuve que la défense a déjà légalement en sa possession.

106

The Court in *O'Connor* made clear, at para. 164, that its test for production was "not synonymous" (emphasis added) with the test for admissibility at trial, which would continue to be governed by *Seaboyer* and s. 276 of the *Criminal Code*.

Dans l'arrêt *O'Connor*, par. 164, notre Cour a précisé que le critère de production qu'elle y énonçait « ne correspond[ait] pas nécessairement » (je souligne) au critère d'admissibilité de la preuve lors du procès, lequel continuait d'être régi par l'arrêt *Seaboyer* et par l'art. 276 du *Code criminel*.

(5) The Proper Limits of Cross-examination

(5) Les limites appropriées du contre-interrogatoire

107

In *Seaboyer*, McLachlin J. noted that "our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence" (p. 607) and affirmed that the defence has a right to use evidence in its possession unless its prejudicial effect "substantially outweighs" (p. 611) its probative value. The

Dans l'arrêt *Seaboyer*, madame le juge McLachlin a fait remarquer que « [n]os tribunaux ont [. . .] traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si tenus soient-ils » (p. 607) et a confirmé que la défense a le droit d'utiliser la preuve qu'elle a en sa possession, sauf

reason for the different orientation is apparent. In the *O'Connor* situation, the accused is not entitled to disclosure, and seeks the intervention of the state to put aside the privacy of a third party complainant. In the *Seaboyer* situation, the state is asked by the complainant to intervene against the accused to deny him the use of information already in his possession. It is true that some of the same values must be weighed (e.g., full answer and defence, privacy, equality rights, etc.) but both the purpose and the context are quite different.

The *Seaboyer* test was affirmed in *Osofin, supra*, per Cory J., at p. 671:

Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purposes of showing consent or impugning credibility which relies upon "rape myths" will always be more prejudicial than probative. Such evidence can fulfil no legitimate purpose and would therefore be inadmissible to go to consent or credibility.

The issue for the trial judge here, therefore, was whether cross-examination on the diary would create prejudice to the complainant that "*substantially outweighed*" its potential probative value to the appellant, and in that regard whether cross-examination on the *absence* of entries recording abuse relied upon "rape myths" or the equivalent.

(6) KWG's Privacy Concerns

Compelling KWG to answer questions about entries made in her teenage diary would force her to testify about aspects of her private life and negate her desire to determine for herself when, how and to what extent personal and private information is

si l'effet préjudiciable de cette preuve « l'emporte sensiblement » (p. 611) sur sa valeur probante. La raison de cette différence d'orientation est évidente. Dans la situation visée par l'arrêt *O'Connor*, l'accusé n'a pas droit à la communication de la preuve et il demande à l'État d'intervenir pour écarter le droit à la vie privée d'un tiers plaignant. Dans la situation visée par l'arrêt *Seaboyer*, le plaignant demande à l'État d'intervenir contre l'accusé afin de lui refuser l'utilisation de renseignements que ce dernier a déjà en sa possession. Il est vrai que certaines valeurs communes doivent être soupesées (par exemple, le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée, les droits à l'égalité, etc.), mais les objectifs et contextes respectifs sont très différents.

Dans l'arrêt *Osofin*, précité, p. 671, le juge Cory a confirmé la validité du critère énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* :

En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des « mythes sur le viol » afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité aura toujours un effet préjudiciable qui dépassera sa valeur probante. Une telle preuve ne répond à aucun objectif légitime, et elle serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité.

En l'espèce, le juge du procès devait donc décider si le contre-interrogatoire portant sur le journal intime causerait à la plaignante un préjudice qui « *l'emportait sensiblement* » sur la valeur probante qu'il pourrait avoir pour l'appelant. À cet égard, il devait se demander si le contre-interrogatoire portant sur l'*absence* d'inscriptions faisant état de sévices reposait sur des « mythes sur le viol » ou sur quelque chose d'équivalent.

(6) Préoccupations relatives à la vie privée de KWG

Forcer KWG à répondre à des questions concernant des inscriptions dans son journal intime d'adolescente aurait pour effet de la forcer à témoigner au sujet de certains aspects de sa vie privée et d'annihiler son pouvoir de déterminer elle-même quand,

108

109

110

disclosed to others. It is not necessary for present purposes to address the question whether, and to what extent, these privacy interests are anchored in s. 7 of the *Charter*. In *Osolin* itself, the invasion of the complainant's privacy was held protected under s. 15 and s. 28 of the *Charter* (p. 669). Its protection in this case required no more than the fundamental requirement at common law that "the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect" (*Osolin*, p. 665). Reference was made in that connection to *Wigmore on Evidence*, vol. IA (Tillers rev. 1983), at pp. 969 and 975, and to *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201.

comment et dans quelle mesure des renseignements personnels et privés peuvent être communiqués à autrui. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente affaire, de se demander si et dans quelle mesure ce droit à la vie privée est enraciné dans l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Osolin* lui-même, notre Cour a jugé que l'atteinte à la vie privée de la plaignante était protégée en vertu des art. 15 et 28 de la *Charte* (p. 669). Cette protection n'exigeait que le respect de la règle fondamentale de common law selon laquelle « la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable » (*Osolin*, p. 665). Ont été mentionnés à cet égard l'ouvrage *Wigmore on Evidence*, vol. IA (Tillers rev. 1983), p. 969 et 975, et l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, p. 201.

111 The purpose of the *voir dire*, according to the trial judge, was to determine "the circumstances under which what appears to be [KWG's] diary came into the accused's possession". KWG's counsel took the position that KWG could not be asked about the content of the diary even in the *voir dire* called for the purpose of determining its admissibility and this limitation was accepted by defence counsel who said he took the warnings from KWG's counsel "to heart".

Selon le juge du procès, le voir-dire a pour objet de déterminer [TRADUCTION] « les circonstances dans lesquelles l'accusé est entré en possession de ce qui semble être le journal intime de [KWG] ». L'avocate de KWG a prétendu que sa cliente ne pouvait pas être interrogée au sujet du contenu du journal intime même lors du voir-dire tenu pour en déterminer l'admissibilité. L'avocat de la défense a accepté cette restriction en disant qu'il prenait [TRADUCTION] « à cœur » les mises en garde de l'avocate de KWG.

112 The fact KWG conceded that the diary contained "mundane" sorts of information is not, in my view, fatal to her wish to keep private the entries she did choose to record in her private diary, but the fact KWG freely acknowledged that her teenage diary was not written in any kind of confessional spirit does go to the *weight* of the privacy interest.

À mon avis, le fait que KWG ait reconnu que le journal intime contenait des renseignements [TRADUCTION] « banals » ne compromet pas sa volonté de garder privées les inscriptions qu'elle a choisi d'y faire. Cependant, le fait que KWG a librement reconnu que son journal d'adolescente n'avait pas été écrit dans l'intention d'y faire des confessions a une incidence sur le *poids* à accorder au droit à la vie privée.

113 On this point, however, it is KWG, not the appellant, who might be expected to complain of the trial judge's ruling. He allowed the defence to put to KWG whatever entries it wished where specific entries arguably contradicted KWG on some of the statements she had made in her evidence-in-chief.

À cet égard toutefois, on pourrait s'attendre à ce que ce soit KWG et non l'appelant qui se plaigne de la décision du juge du procès. Celui-ci a permis à la défense d'interroger KWG sur toutes les inscriptions quelles qu'elles soient dans la mesure où elle pouvait soutenir que certaines inscriptions contredisaient des déclarations qu'elle avait faites pendant son interrogatoire principal.

All that was left to explore was what she *did not* write down. Cross-examination on that point would be a high-risk tactic for the defence capable of generating some devastating answers, to put it mildly. However, the appellant considered pursuit of that point to be crucial to his defence.

(7) Omission of Entries Recording Abuse

We arrive then at the appellant's real grievance. He was not allowed to challenge the credibility of KWG based on the absence of any entries dealing with physical or sexual abuse in an important and relevant eight-month period in 1970.

In fact, the jury was never told the omissions existed.

The Crown contends that the effect of this restriction was marginal at best:

The Respondent submits that the non-recording of an event is generally of much lower probative value than the recording of an event. If an event *is* recorded which a witness denies, that contradiction cries out for an explanation. Where an event is not recorded, however, that fact is not in itself logically inconsistent with the event having occurred. [Emphasis in original.]

The Crown's argument assumes the point in issue, of course. If we *assume* KWG intended a type of diary that would not be expected to contain entries recording abuse, the omissions would be irrelevant. It is that assumption, however, which the defence sought to explore in cross-examination.

The courts have recognized, no doubt belatedly, that certain techniques of cross-examination traditionally employed in sexual assault cases have distorted rather than advanced the search for truth. This case illustrates one of the problem areas. The omission to record some piece of information is only probative if there is a reasonable expectation that such a record would be made (*R. v. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81, at paras. 45-49; *Wigmore on Evidence*,

Il restait seulement à examiner ce qu'elle *n'avait pas écrit*. Le contre-interrogatoire sur ce point représenterait pour la défense une tactique très risquée qui était susceptible d'entraîner des réponses à tout le moins dévastatrices. L'appelant a toutefois jugé qu'il était crucial pour sa défense d'examiner cette question.

(7) Absence d'inscriptions faisant état de sévices

Nous en arrivons maintenant à ce dont se plaint véritablement l'appelant. Celui-ci n'a pas été autorisé à attaquer la crédibilité de KWG en invoquant l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques ou sexuels au cours d'une période importante et pertinente de huit mois en 1970.

En fait, le jury n'a jamais été informé de l'absence de telles inscriptions.

Le ministère public prétend que cette restriction a eu un effet tout au plus marginal :

[TRADUCTION] Selon l'intimé, l'omission d'inscrire un événement a généralement moins de valeur probante que l'inscription d'un événement. S'il y a inscription d'un événement dont un témoin nie l'existence, cette contradiction exige une explication. Cependant, le fait qu'un événement ne soit pas inscrit n'est pas en soi logiquement incompatible avec l'existence de l'événement. [En italique dans l'original.]

Il va sans dire que l'argument du ministère public part du principe que la question soulevée ne se pose pas. Si nous *tenons pour acquis* que KWG a voulu tenir un journal intime qui n'était pas censé comporter des inscriptions faisant état de sévices, l'absence de telles inscriptions n'est pas pertinente. C'est toutefois cette hypothèse que la défense cherchait à étudier lors du contre-interrogatoire.

Les tribunaux ont reconnu, sans doute tardivement, que certaines techniques de contre-interrogatoire traditionnelles en matière d'agression sexuelle ont pour effet de miner au lieu de favoriser la recherche de la vérité. La présente affaire illustre l'une des questions qui posent problème. L'omission d'inscrire un renseignement n'est probante que si on s'attend raisonnablement à ce qu'une telle inscription soit faite (*R. c. R.M.*

114

115

116

117

118

119

vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), at para. 1042). A pilot's log will record relevant flight information, because that is its purpose, but not what he or she had to eat for breakfast over the Atlantic Ocean. Hospital records will include medical observations but not what television station the patient happened to be watching that evening. What was objectionable about the defence approach here was that it overlooked (or perhaps resolutely resisted) the need to lay before the jury a rational basis for the inference it ultimately wished to draw, namely that the non-recording of a certain type of information was circumstantial evidence that the alleged abuse never happened.

(1997), 93 B.C.A.C. 81, par. 45-49; *Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), par. 1042). Le pilote consigne dans son carnet de vol les renseignements pertinents relatifs au vol parce que c'est là l'objet même du carnet, et non ce qu'il a mangé pendant son petit déjeuner au-dessus de l'Atlantique. Les dossiers des établissements hospitaliers font notamment état d'observations médicales, mais non de la station de télévision dont le patient s'est adonné à regarder les émissions un soir particulier. Le défaut de l'approche de la défense en l'espèce réside dans le fait qu'elle a omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) la nécessité de présenter au jury un fondement rationnel pour justifier l'inférence qu'elle souhaitait faire en définitive, à savoir que l'omission d'inscrire un certain type de renseignement constituait une preuve circonstancielle du fait que les sévices allégués n'avaient jamais été exercés.

120

The problem lies in the unspoken and unproven premise. KWG was obviously under no legal or other duty to record such observations. She clearly did not follow a regular practice of making such entries because no entries of any kind of abuse were made. All sides agree that the diary entries were "mundane". Why assume that a diary devoted to "mundane" entries would necessarily report on episodes of physical and sexual abuse? On what logical basis would such a non-record give rise to an inference of testimonial deficiency or fabrication? In the absence of some evidentiary basis for the premise that abuse ought to have been recorded, the result of allowing the cross-examination to proceed as proposed by the defence ("the entire contents are fair game") would be to allow the defence to go to the jury at the end of the trial and to point to the absence of entries in an effort to suggest — nod nod wink wink — that women and children who are sexually and physically abused do not suffer in silence, but must and do confide their inner hurt even if only to their private diaries.

C'est la prémisse tacite et non prouvée qui pose problème. KWG n'était manifestement pas tenue légalement ou autrement de consigner de telles observations. Elle n'avait clairement pas pour pratique de faire régulièrement des inscriptions de cette nature, car aucune inscription faisant état de sévices d'un type ou d'un autre ne figurait dans le journal. Toutes les parties admettent que les inscriptions dans le journal intime étaient « banales ». Pourquoi alors présumer qu'un journal intime consacré à des inscriptions « banales » doit nécessairement signaler des épisodes de sévices physiques et sexuels? Qu'est-ce qui justifierait logiquement qu'une telle absence d'inscriptions entraîne une inférence de témoignage déficient ou inventé? En l'absence de preuve étayant la prémisse selon laquelle les sévices auraient dû être consignés, permettre que le contre-interrogatoire ait lieu de la façon proposée par la défense ([TRADUCTION] « il est de bonne guerre de s'en prendre à tout le contenu ») reviendrait à lui permettre d'indiquer au jury, à la fin du procès, l'absence d'inscriptions afin de laisser entendre — par un signe de tête et un clin d'œil — que les femmes et les enfants qui sont victimes de sévices sexuels et physiques ne souffrent pas en silence, mais confient nécessairement leur blessure intérieure à quelqu'un, ne serait-ce que la consigner dans leur propre journal intime.

While in most instances the adversarial process allows wide latitude to cross-examiners to resort to unproven assumptions and innuendo in an effort to crack the untruthful witness, sexual assault cases pose particular dangers. *Seaboyer, Osolin* and *Mills* all make the point that these cases should be decided without resort to folk tales about how abuse victims are expected by people who have never suffered abuse to react to the trauma: *Mills, supra*, at paras. 72, 117-19; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at para. 63. This is the law and the trial judge was right to apply it.

(8) Legitimate Scope for Cross-examination

This does not turn persons accused of sexual abuse into second-class litigants. It simply means that the defence has to work with facts rather than rely on innuendoes and wishful assumptions. This means, in turn, that the defence should not be prevented from getting at the facts. As L'Heureux-Dubé J. wrote in *O'Connor, supra*, at para. 124:

Although the defence must be free to demonstrate, without resort to stereotypical lines of reasoning, that such information is actually relevant to a live issue at trial, it would mark the triumph of stereotype over logic if courts and lawyers were simply to assume such relevance to exist, without requiring any evidence to this effect whatsoever. [Emphasis in original.]

At the time of the trial, KWG was a mature and well-spoken 42-year-old adult. She was (or had been) an airline stewardess. She was not a child in need of any special protection from the court. There were arguably some contradictions between her testimony as an adult and what she had written as a teenager 27 years before, as the trial judge recognized. These arguable contradictions nourished the defence argument that the diary (including omissions) provided a more accurate picture of events in 1970 than KWG's unaided recollection. I therefore do not, with respect, agree with my colleague L'Heureux-Dubé J., at para. 176, that cross-

Malgré la grande latitude que, dans la plupart des cas, le processus contradictoire laisse aux contre-interrogateurs de recourir à des hypothèses et à des insinuations non prouvées pour tenter de désarçonner le témoin qui ment, les affaires d'agression sexuelle présentent des dangers particuliers. Les arrêts *Seaboyer, Osolin* et *Mills* précisent tous que de telles affaires devraient être tranchées sans qu'on recoure à des légendes populaires sur la façon dont des personnes qui n'ont jamais été maltraitées s'attendent à ce que les victimes de sévices réagissent aux traumatismes subis : *Mills*, précité, par. 72 et 117-119; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 63. Tel est le droit applicable, et le juge du procès a eu raison de l'appliquer.

(8) Portée légitime du contre-interrogatoire

Les personnes accusées d'abus sexuel ne sont pas pour autant des justiciables de deuxième ordre. Cela signifie seulement que la défense doit s'en tenir aux faits au lieu de se fonder sur des insinuations et des hypothèses non prouvées. Il s'ensuit qu'il ne faut pas empêcher la défense d'avoir accès aux faits. Comme l'a affirmé madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, par. 124 :

Bien que la défense doive être libre de prouver, sans recourir à des raisonnements stéréotypés, que de tels renseignements ont vraiment trait à une question réellement en litige, cela marquerait le triomphe des stéréotypes sur la logique si les tribunaux et les avocats devaient simplement supposer l'existence d'une telle pertinence sans exiger aucun élément de preuve à cet égard. [Souligné dans l'original.]

Au moment du procès, KWG était une adulte de 42 ans qui s'exprimait bien. Elle était (ou avait été) agente de bord. Elle n'était pas une enfant requérant une protection particulière de la cour. Comme l'a reconnu le juge du procès, il était possible d'affirmer qu'il y avait des contradictions entre le témoignage qu'elle avait fait en tant qu'adulte et ce qu'elle avait écrit pendant son adolescence, 27 ans auparavant. Ces contradictions discutables alimentaient l'argument de la défense selon lequel le journal intime (y compris l'absence d'inscriptions) offrait un portrait plus exact des événements de 1970 que la seule mémoire de KWG. En toute déférence, je

121

122

123

examination on such issues would serve “no legitimate purpose”.

ne souscris donc pas à l’opinion que ma collègue le juge L’Heureux-Dubé exprime au par. 176, selon laquelle le contre-interrogatoire portant sur de telles questions ne sert « [a]ucune fin légitime ».

124 A witness’s powers of recall and the reliability of his or her memory are important issues in a trial of events that took place 27 years previously.

La capacité de remémoration d’un témoin et la fiabilité de sa mémoire sont des points importants dans un procès relatif à des événements survenus 27 ans auparavant.

(9) The Trial Judge’s Ruling with Respect to the Absence of Entries

(9) La décision du juge du procès concernant l’absence d’inscriptions

125 The trial judge did not refer in his ruling to the *Seaboyer* or *Osolin* test for limiting the appellant’s fair trial rights to a full cross-examination. He explicitly approached the cross-examination issue as an extension of the *O’Connor* production issue, applying the same criteria.

Le juge du procès n’a pas mentionné dans sa décision le critère qui, selon l’arrêt *Seaboyer* ou *Osolin*, s’applique pour limiter le droit de procéder à un contre-interrogatoire complet que l’appelant possède en vertu de son droit à un procès équitable. Il a expressément abordé la question du contre-interrogatoire comme un prolongement de la question de production en cause dans l’arrêt *O’Connor*, et a appliqué les mêmes critères.

126 It is not clear from the record whether he had actually examined the diary. In his related (but earlier) ruling on the application of ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, he had said that he had not read “any portion of the diary”. Counsel for the appellant advised this Court that to his knowledge the trial judge at no time examined the diary, which, if correct, would be consistent with his adaptation of the *O’Connor* approach.

Le dossier n’indique pas clairement s’il a effectivement examiné le journal intime. Dans la décision connexe (mais antérieure) qu’il a prise au sujet de l’application des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, il a dit qu’il n’avait lu [TRADUCTION] « aucune partie du journal intime ». L’avocat de l’appelant a informé notre Cour qu’à sa connaissance le juge du procès n’avait jamais examiné le journal intime, information qui, si elle était exacte, serait compatible avec son adaptation de l’approche de l’arrêt *O’Connor*.

127 After dealing favourably with various elements in the appellant’s motion to refer KWG to actual entries in the diary, the trial judge addressed the potential use of the diary in the proposed cross-examination on the *absence* of entries regarding the alleged abuse:

Après avoir accueilli divers éléments de la requête de l’appelant visant à confronter KWG à des inscriptions qu’elle avait faites dans son journal intime, le juge du procès a abordé la question de la possibilité d’utiliser le journal intime au cours du contre-interrogatoire projeté au sujet de l’*absence* d’inscriptions faisant état des sévices allégués :

I do not make any ruling about how the defence may argue its case to the jury, but I am satisfied that on this issue, the privacy interest outweighs the potential probative value. In my view, the probative value of demonstrating that [KWG] did not write in her diary a description of any particular sexual assault by [the appellant] is minimal and the intrusion upon her privacy is considerable.

[TRADUCTION] Je ne me prononce pas sur la façon dont la défense peut faire valoir son point de vue devant le jury, mais je suis convaincu qu’à cet égard le droit à la vie privée l’emporte sur la valeur probante potentielle. À mon avis, la valeur probante de la démonstration que [KWG] n’a consigné dans son journal intime aucune description de quelque agression sexuelle que ce soit

[Defence counsel] may not conduct that particular sort of cross-examination with the diary.

It is evident that the statements in his ruling about “discriminatory belief or bias” and “the privacy interest” and “probative value” relate back to his recitation four pages earlier in the transcript of the second, fourth and fifth elements of the “balancing test” in *O’Connor*.

He specifically attributed his disallowance of questions about the absence of entries to “criterion number 4 in *O’Connor*”. It cannot fairly be concluded, in my view, that he applied *Seaboyer* or *Osolin* when he explicitly purported to apply *O’Connor*. I see no reason why we should not accept that this is exactly what he did. At no time did he find that the intrusion on privacy “substantially outweighed” the probative value. In the view he took of the post-*O’Connor* law, that was not the test.

The trial judge’s ruling was certainly understood by Donald J.A. in the British Columbia Court of Appeal, as based on *O’Connor*. He concluded that *Mills*, *supra*, following on *O’Connor*, *supra*, “casts a new light on the question of the complainant’s privacy and supports the impugned ruling” (para. 83). Further, “*Mills* . . . shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused” (para. 93), and again, “[t]he majority in *Mills* emphasized the need to concentrate on the context in which the competing rights arise in order to strike the right balance in each case” (para. 94).

Mills, of course, dealt with the constitutional validity of the procedure set out in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* for the production of third party records. It did not purport to deal with the proper limits of cross-examination using evidence already in the possession of the defence.

de la part de [l’appelant] est faible alors que l’atteinte à son droit à la vie privée est considérable. [L’avocat de la défense] ne peut procéder à ce type particulier de contre-interrogatoire au sujet du journal intime.

Il est évident que les affirmations qu’il fait dans sa décision au sujet [TRADUCTION] « [d’]une croyance ou [d’]un préjugé discriminatoire », ainsi que du « droit à la vie privée » et de la « valeur probante » ont trait à son exposé, quatre pages plus haut dans la transcription, des deuxième, quatrième et cinquième éléments du « critère d’évaluation » de l’arrêt *O’Connor*.

Il a expressément motivé son refus d’autoriser les questions portant sur l’absence d’inscriptions par le « quatrième critère de l’arrêt *O’Connor* ». J’estime qu’on ne saurait conclure, à juste titre, qu’il a appliqué l’arrêt *Seaboyer* ou *Osolin* lorsqu’il a expressément voulu appliquer l’arrêt *O’Connor*. Je ne vois aucune raison de ne pas reconnaître que c’est exactement ce qu’il a fait. Il n’a jamais conclu que l’atteinte au droit à la vie privée « l’emportait sensiblement » sur la valeur probante. Selon son interprétation de l’état du droit après l’arrêt *O’Connor*, ce n’était pas le critère applicable.

Le juge Donald de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a sûrement considéré que la décision du juge du procès était fondée sur l’arrêt *O’Connor*. Il a conclu que l’arrêt *Mills*, précité, suivant l’arrêt *O’Connor*, précité, [TRADUCTION] « présente sous un jour nouveau la question du droit de la plaignante au respect de sa vie privée et étaye la décision attaquée » (par. 83). De plus, « *Mills* a rompu avec la tendance à privilégier les droits de l’accusé » (par. 93), et « [l]es juges majoritaires dans l’arrêt *Mills* ont souligné la nécessité de se concentrer sur le contexte dans lequel naissent les droits opposés afin d’atteindre un juste équilibre dans chaque cas » (par. 94).

L’arrêt *Mills* portait naturellement sur la constitutionnalité de la procédure de communication de documents détenus par des tiers, énoncée aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*. Il n’était pas censé traiter des limites appropriées du contre-interrogatoire effectué à l’aide d’éléments de preuve que la défense a déjà en sa possession.

128

129

130

131

132 Moreover, even in terms of *production* of third party documents, I do not, with respect, agree that “*Mills* has shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused” (para. 93 (emphasis added)) because *Mills* itself affirms the primacy — in the last resort — of the requirement of a fair trial to avoid the wrongful conviction of the innocent. *Mills* states in para. 94 that

where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent.

133 I agree with Donald J.A. that the trial judge applied *O'Connor* to limit the defence cross-examination of the complainant but I do not agree, with respect, that this Court in *O'Connor* or *Mills* either intended to or did substitute a test intended for the production of third party documents to the quite different problem of imposing limits on cross-examination as laid down in *Seaboyer* and *Osolin*.

(10) The Duty to Permit Proper Cross-examination

134 The trial judge was quite correct to reject the overly aggressive posture put forward on behalf of the appellant.

135 Defence counsel stated: “My position is [that] I have got this diary, I am entitled to cross-examine [on] it”. Further, the defence opening position was that:

I may cross-exam[ine] her and take her through the entire thing so my friend should assume that the entire contents are fair game.

136 Eventually he relented and provided the court with a list of specific entries to be put to KWG in cross-examination, all of which were eventually allowed by the trial judge.

En toute déférence, j’ajoute que, même en ce qui a trait à la *communication* des documents de tiers, je ne suis pas d’accord pour dire que [TRADUCTION] « *Mills* a rompu avec la tendance à privilégier les droits de l’accusé » (par. 93 (je souligne)) parce que cet arrêt confirme lui-même la primauté — en dernière analyse — de la nécessité de tenir un procès équitable pour éviter toute condamnation injustifiée d’un innocent. Au paragraphe 94 de l’arrêt *Mills*, la Cour affirme que

si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d’éviter de déclarer coupable un innocent.

Je conviens avec le juge Donald que le juge du procès a appliqué l’arrêt *O'Connor* pour limiter le contre-interrogatoire de la plaignante par la défense, mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis que, dans l’arrêt *O'Connor* ou dans l’arrêt *Mills*, notre Cour a voulu substituer ou a substitué un critère destiné à s’appliquer à la communication des documents de tiers à la difficulté très différente d’imposer les limites au contre-interrogatoire établies dans les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*.

(10) L’obligation de permettre un contre-interrogatoire approprié

Le juge du procès a parfaitement eu raison de rejeter l’attitude trop agressive manifestée par le représentant de l’appellant.

L’avocat de la défense a dit : [TRADUCTION] « Mon point de vue est [que] je suis en possession de ce journal intime et [que] j’ai le droit de procéder à un contre-interrogatoire [sur] celui-ci ». De plus, la position initiale de la défense était la suivante :

[TRADUCTION] Je peux la contre-interroger et lui faire parcourir tout le document, de sorte que mon confrère devrait tenir pour acquis qu’il est de bonne guerre de s’en prendre à tout le contenu.

Il s’est toutefois ravisé et a fourni au tribunal une liste d’inscriptions précises au sujet desquelles il souhaitait questionner KWG en contre-interrogatoire et qui ont finalement toutes été approuvées par le juge du procès.

The position was accurately summarized on this point by the trial judge when he said the submission of defence counsel was that

he should have a wide-ranging ability to use the diary in pretty much any way that he sees fit on behalf of his client.

The justified rejection of this position did not end the matter. In *Osolin*, the majority took the view that the trial judge is obliged to focus on the rights of the accused, not the posture adopted by his or her counsel. In that case, the defence wanted to cross-examine the complainant on her medical records to show “what kind of person the complainant is” (p. 673). Cory J. held that such a purpose was plainly improper, but

quite apart from the submissions of the defence counsel, it is the duty of the trial judge to ensure that the accused’s rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected.

In his view, a more limited cross-examination ought to have been allowed. L’Heureux-Dubé J. (at p. 611) and McLachlin J. (at p. 642) expressly dissented on this point, but the view of Cory J. was sustained by a majority of the Court.

In my view, therefore, it was not enough for the trial judge to reject the overreaching position of defence counsel. He was also required to assess for himself the legitimate entitlement of the accused. In fact, he seems to have done so in the course of argument, but not in his ruling. For example, he suggested to the defence that it could explore the absence of entries in front of the jury without going through the diary “item by item”:

THE COURT: What I meant by that comment is perhaps you can deal with it on a level of generality by proving that she did not record this, did not record that, as opposed to taking her through it item by item, but you can tell me that tomorrow.

[DEFENCE COUNSEL]: That’s not the way we’re approaching it, my lord.

Le juge du procès a résumé avec exactitude le point de vue de la défense sur ce point en précisant que l’argument de l’avocat de la défense était qu’il

[TRADUCTION] devrait disposer de la latitude voulue pour utiliser le journal intime à peu près comme bon lui semble, en agissant pour son client.

Le rejet justifié de ce point de vue n’a pas réglé la question. Dans l’arrêt *Osolin*, les juges majoritaires ont considéré que le juge du procès est tenu de se concentrer sur les droits de l’accusé, et non sur l’attitude manifestée par son avocat. Dans cette affaire, la défense voulait contre-interroger la plaignante sur son dossier médical afin de montrer « le genre de personne qu’elle était » (p. 673). Le juge Cory a conclu qu’une telle fin était nettement illégitime, en ajoutant toutefois que,

indépendamment des prétentions avancées par l’avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s’assurer que les droits de l’accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés.

Selon lui, il aurait fallu permettre un contre-interrogatoire plus limité. Madame le juge L’Heureux-Dubé (p. 611) et madame le juge McLachlin (p. 642) ont expressément exprimé leur désaccord sur ce point, mais les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit au point de vue du juge Cory.

Voilà pourquoi, selon moi, il ne suffisait pas que le juge du procès rejette le point de vue excessif de l’avocat de la défense. Il devait également déterminer le droit que l’accusé pouvait légitimement invoquer. En réalité, il semble l’avoir fait pendant l’argumentation, mais non dans sa décision. Par exemple, il a indiqué à la défense qu’elle pouvait examiner la question de l’absence d’inscriptions en présence du jury sans parcourir le journal intime « point par point » :

[TRADUCTION]

LA COUR : Ce que j’ai voulu dire par ce commentaire, c’est que vous pouvez peut-être examiner cette question de façon générale en prouvant qu’elle n’a pas inscrit ceci ou cela, au lieu de l’interroger point par point, mais vous pourrez me le dire demain.

[L’AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Ce n’est pas là notre façon d’aborder la question monsieur le juge.

137

138

139

140

141 Donald J.A. was of a similar view in the Court of Appeal (at para. 87):

If it had been possible to confine the questions simply to the fact that the entries made no mention of the abuse, without getting into the diary itself, the balance may have tipped the other way.

142 The trial judge had already rejected an all or nothing approach to the use of diary entries and there is no reason why similar ground rules involving a few representative entries could not have been established on this issue as well. The parties were agreed that the diary made no mention of physical or sexual abuse. It was therefore unnecessary, with respect, to take KWG through the entire diary to establish that fact, as suggested by my colleague L'Heureux-Dubé J. at para. 169.

(11) Applying the *Osolin* Test

143 The serious limits placed on the defence emerged in the clarification of the ruling sought by the appellant with respect to the issue of the mother's alleged physical abuse (which did not, of course, raise a "rape myth" issue as such):

[DEFENCE COUNSEL]: One further point of clarification with respect to . . . the references to beatings and negative references to her mother. I have your point squarely that I shall in all respects stay away from the diary about those issues but I didn't want — there may have been some misunderstanding between you and I, my lord. . . .

THE COURT: Yes. I have a note, whatever I may have said a few minutes ago, my note shows that the diary contains no reference to her mother beating her, but you wanted to cross-examine her on why that was so.

[DEFENCE COUNSEL]: Yes. I'm not going to now, in light of your ruling. I should say this, though, that I do intend to cross-examine her without any reference to this diary about what she says were these beatings by her mother because she gave that evidence in direct examination. I have some discrete questions that I wish to put to her, no questions about the diary, and I also may ask her some questions, again nothing about the diary, but to ascertain the relationship she had with her mother. . . .

Le juge Donald de la Cour d'appel avait un point de vue similaire (au par. 87) :

[TRADUCTION] S'il avait été possible de limiter les questions au simple fait que les inscriptions ne faisaient pas état des sévices exercés, sans entrer dans le journal intime lui-même, la balance aurait pu pencher de l'autre côté.

Le juge du procès avait déjà rejeté une méthode du tout ou rien à l'égard de l'utilisation des inscriptions du journal intime et rien ne justifiait qu'on ne puisse pas établir, à ce sujet également, des règles de base similaires comportant quelques inscriptions représentatives. Les parties s'accordaient pour dire que le journal intime ne faisait état d'aucuns sévices physiques ou sexuels. En toute déférence, il n'était donc pas nécessaire de faire parcourir à KWG tout le journal intime afin d'établir ce fait, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, au par. 169.

(11) Application du critère de l'arrêt *Osolin*

Les limites importantes imposées à la défense ont émané de la clarification de la décision sollicitée par l'appelant au sujet de la question des sévices physiques que la mère aurait exercés (qui, bien sûr, ne soulevait pas vraiment de question de « mythe sur le viol ») :

[TRADUCTION]

[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Un autre point qui doit être clarifié a trait aux [. . .] mentions des coups reçus et aux mentions négatives de sa mère. Je comprends clairement que vous me demandez de m'abstenir à tous égards d'utiliser le journal intime au sujet de ces points, mais je ne voulais pas — il peut y avoir eu un malentendu entre vous et moi, monsieur le juge. . . .

LA COUR : Oui. J'ai une note, peu importe ce que j'ai pu dire il y a quelques minutes, ma note montre que le journal intime ne comporte aucune mention de coups reçus de sa mère, mais vous vouliez la contre-interroger sur ce qui explique cette absence de mention.

[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Oui. Je ne le ferai donc pas, compte tenu de votre décision. J'aimerais ajouter toutefois que je compte la contre-interroger, sans me référer à son journal intime, sur ce qu'elle a dit au sujet de ces coups reçus de sa mère parce qu'elle les a mentionnés pendant son interrogatoire principal. J'aimerais lui poser d'autres questions, aucune question concernant le journal intime, et il se peut aussi que je lui pose quelques questions, encore une fois rien au sujet du journal intime, afin de déterminer la relation qu'elle avait avec sa mère. . . .

THE COURT: So far as it arises from direct examination, it doesn't touch on the diary, then I guess it's a separate issue. [Emphasis added.]

In my view, KWG's diary ought not to have been ruled untouchable in this respect and I think that if the trial judge had properly directed himself on the *Osolin* test, he would have reached a different conclusion.

Firstly, the absence of any entries relating to physical or sexual abuse was a live issue with respect to the credibility of KWG that was potentially of probative value, depending on her responses. The trial judge had already concluded that there was sufficient potential contradiction between KWG's evidence-in-chief and certain of the diary entries to justify calling on her for an explanation before the jury. Questions dealing with the absence of entries were no more intrusive into her privacy than those he had already permitted. The trial judge had decided that it was open to the defence to argue that the contemporaneous diary showed a more accurate picture of KWG's life in 1970 than her unaided evidence-in-chief 27 years later.

Secondly, the probative value to the defence depended on establishing the premise that if the physical and sexual abuse occurred, it would have been recorded. The defence was rightly precluded from *assuming* the truth of that premise, but it did not follow that the defence should also be precluded from attempting to *demonstrate* it with this particular diary on the particular facts of a case. As previously noted, both the trial judge and Donald J.A. seemed to consider such cross-examination would be proper provided the result was not an indiscriminate rehash of every entry in the diary, as the defence had demanded.

Thirdly, the court ought not to have assumed what her responses to those questions would be: *Osolin*,

LA COUR : Dans la mesure où la question posée découle de l'interrogatoire principal et ne touche pas au journal intime, alors j'imagine qu'il s'agit d'une autre question. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès n'aurait pas dû décider que le journal intime de KWG était intouchable à cet égard, et je pense que, s'il ne s'était pas trompé au sujet du critère établi dans l'arrêt *Osolin*, il serait arrivé à une conclusion différente.

Premièrement, l'absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels était une question litigieuse touchant la crédibilité de KWG qui pouvait avoir une certaine valeur probante, selon les réponses qu'elle donnerait. Le juge du procès avait déjà conclu qu'il pouvait y avoir assez de contradictions entre le témoignage de KWG lors de son interrogatoire principal et certaines inscriptions contenues dans son journal intime pour qu'elle soit appelée à s'expliquer devant le jury. Les questions relatives à l'absence d'inscriptions ne portaient pas plus atteinte à sa vie privée que celles qui avaient déjà été autorisées. Le juge du procès avait décidé que la défense pouvait prétendre que le journal intime que KWG avait écrit en 1970 donnait un portrait plus exact de sa vie à cette époque que le témoignage spontané qu'elle a fait lors de son interrogatoire principal 27 ans plus tard.

Deuxièmement, pour la défense la valeur probante était tributaire de la prémisse selon laquelle, si de tels sévices physiques et sexuels avaient été exercés, ils auraient été consignés. La défense s'est vu interdire à bon droit de *tenir pour acquis* que cette prémisse représentait la réalité, mais il ne s'ensuivait pas qu'il fallait également l'empêcher de tenter d'en *faire la démonstration* au moyen de ce journal intime, compte tenu des faits particuliers de l'affaire. Comme nous l'avons vu, le juge du procès et le juge Donald de la Cour d'appel semblent avoir tous les deux estimé qu'un tel contre-interrogatoire serait approprié pourvu qu'il n'en résulte pas un rabâchage inconsidéré de chaque inscription du journal intime, comme l'avait demandé la défense.

Troisièmement, le tribunal n'aurait pas dû présu-mer quelles seraient les réponses qu'elle donnerait

144

145

146

147

supra, at p. 674. Both the trial judge and the Court of Appeal assumed questions about the absence of entries could have been easily answered by KWG. If so, there was even less reason to prevent them from being asked.

148 Fourthly, KWG had herself characterized the diary entries as “mundane”. There was no effort to put her “lifestyle and reputation on trial”: *Osolin*, *supra*, at p. 672. This does not at all eliminate her privacy interest, but it lessens its weight.

149 Fifthly, neither KWG nor her counsel suggested any particular privacy interest in the reasons why KWG kept a diary in 1970 or its scope. Indeed, her counsel acknowledged that “[t]he circumstances under which the diary was created” goes to the “kind of privacy interest that she has” rather than being itself the subject matter of a privacy interest.

150 Accordingly, viewed from the *Osolin* perspective, the nature and scope of KWG’s diary did not raise privacy or other concerns of such importance as to “substantially outweigh” the appellant’s fair trial right to cross-examine on the diary (both the selected entries permitted by the trial judge and the absence of entries) to test the accuracy and completeness of KWG’s recollection of events 27 years previously.

151 It cannot be said that there is no reasonable possibility that if the cross-examination had proceeded, the verdict on the KWG charges would necessarily have been the same. The curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) is therefore inapplicable: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 616, and *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 49.

à ces questions : *Osolin*, précité, p. 674. Le juge du procès et la Cour d’appel ont tous deux présumé que KWG aurait pu répondre aisément aux questions sur l’absence d’inscriptions. Le cas échéant, il y avait encore moins de raisons d’empêcher que de telles questions soient posées.

Quatrièmement, KWG avait elle-même qualifié de « banales » les inscriptions faites dans son journal intime. Il n’y a eu aucune tentative de « faire le procès du mode de vie et de la réputation » de KWG : *Osolin*, précité, p. 672. Sans éliminer le droit à la vie privée de KWG, cela diminue cependant le poids à accorder à ce droit.

Cinquièmement, ni KWG ni son avocate n’ont évoqué quelque droit particulier à la vie privée au sujet des raisons pour lesquelles KWG a tenu un journal intime en 1970 ou au sujet de sa portée. En fait, son avocate a reconnu que [TRADUCTION] « [l]es circonstances dans lesquelles le journal intime a été écrit » ont une incidence sur « le type de droit à la vie privée qu’elle possède » et ne sont pas visées par un droit à la vie privée.

Par conséquent, considérés sous l’angle de l’arrêt *Osolin*, la nature et le contenu du journal intime de KWG ne soulevaient pas de préoccupations relatives à la vie privée ou préoccupations de quelque autre ordre qui fussent importantes au point de « l’emporter sensiblement » sur le droit de l’appellant à un procès équitable, lequel droit l’autorisait à contre-interroger KWG sur le journal (tant en ce qui a trait aux inscriptions sélectionnées autorisées par le juge du procès qu’à l’absence d’inscriptions) pour vérifier si cette dernière avait un souvenir fidèle et complet d’événements survenus 27 ans auparavant.

On ne peut pas dire qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict prononcé au sujet des accusations relatives à KWG aurait nécessairement été le même si le contre-interrogatoire avait eu lieu. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) est donc inapplicable : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616, et *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 49.

C. *Effect of New Trial of KWG Charges on Use of Similar Fact Evidence*

The new trial ordered on charges related to KWG does not, in my view, put in doubt the correctness of the jury verdicts with respect to the other complainants. It is true that KWG's testimony was admitted as similar fact evidence on the other counts. However, the ruling that KWG's testimony was not tested by cross-examination to the extent necessary to support a conviction beyond a reasonable doubt on her complaints does not make it inadmissible on the similar fact issue, namely the appellant's *modus operandi*. Ten other complainants testified to the same effect. There is no miscarriage of justice in maintaining those convictions. If necessary, I would apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in that respect.

V. Disposition

The Crown did not dispute the correctness of the new trial ordered by the British Columbia Court of Appeal on the two pre-1983 counts. The appeal is therefore allowed with respect to the counts pertaining to KWG but is dismissed with respect to the other convictions of the appellant, the validity of which is affirmed.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — The issues in this case are (1) whether the similar fact evidence adduced to support the credibility of the complainants was properly admitted at trial; and (2) whether the trial judge was right to restrict defence counsel's cross-examination on the diary of the complainant KWG.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Binnie. While I agree with

C. *Effet d'un nouveau procès relatif aux accusations concernant KWG sur l'utilisation de la preuve de faits similaires*

Le nouveau procès ordonné à l'égard des accusations relatives à KWG ne met pas en doute, selon moi, la justesse des verdicts que le jury a prononcés en ce qui concerne les autres plaignantes. Il est vrai que le témoignage de KWG a été admis à titre de preuve de faits similaires relativement aux autres chefs d'accusation. Toutefois, la décision voulant que le témoignage de KWG n'ait pas été assez testé au moyen d'un contre-interrogatoire pour qu'il étaye hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité concernant les plaintes qu'elle a portées ne le rend pas inadmissible en ce qui a trait à la question des faits similaires, à savoir le *modus operandi* de l'appelant. Dix autres plaignantes ont témoigné dans le même sens. Le maintien de ces déclarations de culpabilité ne constitue pas une erreur judiciaire. Si nécessaire, j'appliquerais la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* à cet égard.

V. Dispositif

Le ministère public n'a pas contesté la justesse de l'ordonnance de nouveau procès délivrée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les deux chefs d'accusation antérieurs à 1983. Le pourvoi est donc accueilli à l'égard des chefs d'accusation relatifs à KWG, mais rejeté à l'égard des autres déclarations de culpabilité de l'appelant, dont la validité est confirmée.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Les questions en litige dans ce pourvoi sont les suivantes : (1) La preuve de faits similaires produite pour étayer la crédibilité des plaignantes a-t-elle été régulièrement admise au procès? (2) Le juge du procès a-t-il eu raison de limiter le contre-interrogatoire de l'avocat de la défense en ce qui a trait au journal intime de la plaignante KWG.

J'ai eu l'avantage des motifs de mon collègue le juge Binnie et bien que, comme lui, j'estime que le

152

153

154

155

him that the trial judge correctly concluded that the similar fact evidence was admissible, I respectfully disagree that the defence should have been permitted to question KWG on the absence of reference to abuse in her diary. The reasons for my disagreement are twofold. First, the trial judge should have ordered the diary returned to KWG, its rightful owner, and required the appellant to seek production of it through the appropriate statutory channels. Second, even if the appellant had acquired the diary through the proper channels in the first place, the prejudicial effect of the proposed line of questions on the absence of entries substantially outweighs its probative value. Thus, I believe the appeal should be dismissed with respect to all of the convictions of the appellant.

I. Wrongful Possession of the Diary

156

My colleague correctly concludes that KWG never waived or abandoned her privacy interest in her diary. He suggests, however, that KWG was not illegally deprived of her property interest in her diary because “[s]he simply left it behind in a common storage room with other possessions no longer required for day-to-day living” (para. 88). Binnie J.’s conclusion in this regard recalls the trial judge’s determination that KWG’s continuing privacy interest in the contents of her diary obviated any need to decide whether KWG had abandoned her property interest in the writing:

I am inclined to the view that K.W. did not abandon her property interest in the diary either, although that is less clear. Having ignored the document for 20 years or more, one might conclude that she had abandoned the property interest in it. I do not need to decide that issue on the present application. I am satisfied that her privacy interest in the information remains a right enjoyed by her.

157

In my view, the implications of the reasoning of Binnie J. and the trial judge warrant some

juge du procès a eu raison de conclure à l’admissibilité de la preuve de faits similaires, je ne peux, en toute déférence, souscrire à son opinion selon laquelle la défense aurait dû être autorisée à interroger KWG sur l’absence de mention de sévices dans son journal intime. Mon désaccord porte sur deux points. Premièrement, le juge du procès aurait dû ordonner la remise du journal intime à KWG, sa propriétaire légitime, et contraindre l’appelant à en solliciter la production par les voies légales appropriées. Deuxièmement, en supposant même que l’appelant ait légitimement obtenu ce journal intime, l’effet préjudiciable des questions qu’il projetait de poser sur l’absence de ces mentions dans ce journal l’emporte sensiblement sur la valeur probante de cet élément de preuve. En conséquence, j’estime que le pourvoi doit être rejeté relativement à toutes les déclarations de culpabilité prononcées contre l’appelant.

I. La possession illégitime du journal intime

Mon collègue conclut à juste titre que KWG n’a jamais renoncé à son droit à la vie privée à l’égard de son journal intime, ni abandonné ce droit de quelque autre façon. Il avance cependant que KWG n’a pas été privée illégalement de la possession de son journal, étant donné que « [à] son départ, elle l’avait tout simplement laissé dans une aire commune de remisage avec d’autres biens dont elle n’avait plus besoin au quotidien » (par. 88). La conclusion du juge Binnie sur ce point nous reporte à celle du juge du procès selon laquelle le fait que le droit à la vie privée de KWG relativement au contenu de son journal intime continuait de s’appliquer écartait tout besoin de décider si cette dernière avait abandonné son droit de propriété à l’égard de ce document :

[TRADUCTION] Je suis enclin à penser que K.W. n’a pas non plus abandonné son droit de propriété sur le journal intime, quoique cela ne soit pas aussi clair. Le fait qu’elle ne s’en soit pas préoccupée pendant au moins 20 ans pourrait amener à conclure qu’elle a renoncé à son droit de propriété à l’égard de ce document. Je n’ai pas besoin de trancher cette question dans le cadre de la présente demande. Je suis convaincu qu’elle continue de jouir de son droit de propriété sur l’information en question.

À mon avis, les implications du raisonnement du juge Binnie et du juge du procès appellent

elaboration. At the time she wrote the diary entries, KWG, her sister, and her mother lived together in a single room in a house at 1160 W. 10th Avenue, Vancouver, along with the accused and about 12 other people. In order to conserve space, her mother put the family's belongings in a storage room in the basement. Each of the residents in the house had her own boxes in her own area in the storage room. There was no sharing of boxes or storage areas, each of the residents knew where her belongings were, and Dorothy Rollins, a long-time member of the Kabalarian Society and resident of 1160 W. 10th Avenue, testified that "[i]t was . . . a code of ethics amongst ourselves that we didn't interfere with each other's privacy". In the mid-1970's, KWG moved out of the house "extremely quick[ly]". In direct examination on the *voir dire*, KWG clearly indicated that she thought the belongings she left behind, including her diary, "would be in [her mother's] care" and expected her mother "would give it back to [her]". When asked whether she wanted her diary returned to her, KWG adamantly responded, "Absolutely, every copy and everything else that was in that box."

Approximately two years after her mother had moved out of the house and 22 years after KWG had left, Dorothy Rollins discovered the diary while searching through the storage room for some of her own papers. She opened the box, even though she knew it was not in her area of the storage room, and found the diary. She knew the diary did not belong to her and observed that it was locked. Undeterred, Ms. Rollins unlocked the diary and saw that it had KWG's name printed in the front. At the time she discovered the diary, she knew the appellant was charged with the present offences and that KWG was one of the complainants. Although she could have left the diary where she found it or easily contacted KWG's mother to return it to her, Ms. Rollins instead gave it to Ronelda Chase, who was

certain commentaires. Au moment où KWG a fait certaines mentions dans son journal, sa sœur, sa mère et elle vivaient ensemble dans une pièce d'une maison sise au 1160, 10^e avenue Ouest, à Vancouver, en compagnie de l'accusé et d'environ 12 autres personnes. Pour se ménager plus d'espace, sa mère a remisé les biens de la famille dans une pièce servant à cette fin au sous-sol de la maison. Chaque résident de la maison avait ses propres boîtes dans la partie de l'aire de remisage qui lui était assignée. Aucun résident ne partageait de boîtes ou d'espace de remisage avec un autre, et chacun savait où se trouvaient ses effets. De plus, Dorothy Rollins, qui était depuis longtemps membre de la « Kabalarian Society » et résidente du 1160, 10^e avenue Ouest, a témoigné que, [TRADUCTION] « [c]onformément à [. . .] une règle d'éthique que nous respectons entre nous, personne ne portait atteinte à la vie privée des autres ». Au milieu des années 70, KWG a quitté [TRADUCTION] « précipitamment » la maison. Durant l'interrogatoire lors du voir-dire, KWG a clairement indiqué qu'elle croyait que les effets qu'elle avait laissés, y compris son journal intime, [TRADUCTION] « seraient sous la garde de [sa mère] », et qu'elle s'attendait à ce que celle-ci les « [lui] remette ». Lorsqu'on lui a demandé si elle voulait que son journal intime lui soit remis, KWG a été catégorique : [TRADUCTION] « Absolument, toutes les copies et tout ce qu'il y avait d'autre dans cette boîte. »

Environ deux ans après le départ de sa mère de la maison et 22 ans après celui de KWG, Dorothy Rollins a découvert le journal intime dans l'aire de remisage pendant qu'elle cherchait des documents lui appartenant. Elle a ouvert la boîte — même si elle savait que celle-ci ne se trouvait pas dans l'espace d'entreposage lui étant réservé — et elle a trouvé le journal. Elle savait que ce journal ne lui appartenait pas et elle a constaté qu'il était verrouillé. Cela ne l'a toutefois pas arrêtée et elle a déverrouillé le journal intime et aperçu le nom de KWG inscrit en caractères d'imprimerie sur la page couverture. Lorsqu'elle a fait cette découverte, elle savait que l'appelant était accusé des infractions qui lui sont reprochées et que KWG était l'une des plaignantes. Bien qu'elle eût pu laisser le journal où elle l'avait

compiling information for the appellant's defence. Neither Ms. Chase nor the appellant ever sought to restore the property to KWG.

trouvé ou facilement communiquer avec la mère de KWG pour le lui remettre, M^{me} Rollins l'a plutôt donné à Ronelda Chase, qui rassemblait de l'information pour la défense de l'appelant. Ni madame Chase ni l'appelant n'ont à quelque moment que ce soit cherché à remettre le document en question à KWG.

159

The question that the trial judge should have addressed, then, is whether KWG abandoned her property interest in the diary. I believe that she did not, and I would apply this Court's recent unanimous decision in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, to resolve this matter. *Law*, *supra*, clearly provides that where an individual abandons or relinquishes her property, she effectively abandons her privacy interest in it. The logical corollary to this proposition must be that where an individual retains a privacy interest in her property, she cannot be deemed to have abandoned it. While a person can conceivably relinquish her privacy interests in the contents of her property — for example, by reciting every entry in one's diary to the general public — without also giving up the physical good, the law does not seem to allow for the reverse.

La question qu'aurait en conséquence dû se poser le juge du procès est de savoir si KWG avait abandonné son droit de propriété sur le journal intime. J'estime qu'elle ne l'a pas fait et, pour résoudre cette question, j'appliquerais la décision unanime rendue récemment par notre Cour dans l'affaire *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10. Cet arrêt établit clairement que lorsqu'une personne abandonne un bien ou y renonce, elle abandonne effectivement son droit au respect de sa vie privée relativement à ce bien. Le corollaire logique de ce principe est nécessairement que la personne qui conserve un tel droit sur un bien ne peut être présumée avoir abandonné ce bien. Bien qu'il soit possible d'imaginer qu'une personne puisse renoncer à son droit à la vie privée en ce qui concerne le contenu d'un bien — par exemple en révélant au grand public chacune des inscriptions figurant dans son journal intime — sans pour autant se départir également de l'objet lui-même, le droit ne semble pas autoriser l'inverse.

160

In addition, the onus of proving "abandonment" rests with the party alleging it and is a relatively significant burden, which is met only when there is "'a giving up, a total desertion, and absolute relinquishment' of private goods by the former owner. It may arise when the owner with the specific intent of desertion and relinquishment casts away or leaves behind his property": R. A. Brown, *The Law of Personal Property* (2nd ed. 1955), at p. 9. According to *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), "abandonment" is the equivalent of "a virtual, intentional throwing away of property". Reference to these principles indicates that KWG did not abandon the diary. Given that a property interest necessarily encompasses the privacy interest that my colleague agrees KWG still possesses, the appellant's argument that he did not illegally possess

En outre, la charge de prouver l'« abandon » incombe à la partie qui plaide ce moyen, et il s'agit d'un fardeau relativement lourd, dont la partie ne peut s'acquitter que s'il y a [TRADUCTION] « abandon, délaissement total et renonciation absolue touchant des biens personnels par leur ancien propriétaire. Cela peut se produire lorsque le propriétaire d'un bien s'en défait ou le laisse dans l'intention précise de le délaisser et d'y renoncer » : R. A. Brown, *The Law of Personal Property* (2^e éd. 1955), p. 9. Selon le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), le terme « *abandonment* » (« abandon ») s'entend du [TRADUCTION] « fait de se départir d'un bien de manière effective et intentionnelle ». Il ressort de ces principes que KWG n'a pas abandonné son journal intime. Puisque le droit de propriété englobe nécessairement le droit à la vie privée et que, comme en convient mon

the diary because the complainant had abandoned it is without merit.

In my view, the trial judge should have ordered the diary, as well as every copy that was made of it, returned to its rightful owner and required the appellant to seek production of it through the proper statutory scheme, namely, ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, just as any other accused person in his position would have had to.

I am aware that some of the unique concerns posed at the production stage of such documents and informing Parliament's decision to enact ss. 278.1 to 278.9 of the *Code* may no longer be present where the accused has already examined the contents of the private record he seeks to have produced. I am not, however, persuaded that this is an adequate reason to allow accused persons who manage to circumvent the statutory scheme through unlawful or wrongful means potentially to benefit from their disreputable behaviour. Such a result would not only frustrate the purpose of the legislation, but the constitutional rights of sexual assault victims as well: "A complainant's many rights in her diary are not . . . abandoned only because such rights have been previously violated" (intervener Women's Legal Education Action Fund's factum, at para. 15).

Like my colleague, however, I do not think it is necessary to dwell on the property ownership debate. Even if we assume, in the appellant's favour, that the diary came into his hands in a manner consistent with the statutory scheme, I believe both the trial judge and the Court of Appeal were nonetheless correct to prohibit the proposed line of cross-examination on the diary.

collègue, KWG possède toujours ce droit, l'argument de l'appellant selon lequel il n'était pas illégalement en possession du journal parce que la plaignante l'avait abandonné est dénué de tout fondement.

À mon avis, le juge du procès aurait dû ordonner que le journal et toutes les copies qui en ont été tirées soient remis à leur propriétaire légitime et il aurait dû contraindre l'appellant à en solliciter la production suivant les dispositions législatives applicables, à savoir les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, comme aurait eu à le faire tout autre accusé dans sa situation.

Je suis consciente du fait qu'il est possible que certaines des considérations spéciales applicables à l'étape de la production de tels documents et qui sont à la base de la décision du législateur d'édicter les art. 278.1 à 278.9 du *Code* ne soient plus présentes lorsque l'accusé a déjà examiné le contenu des documents privés dont il sollicite la production. Je ne suis toutefois pas convaincue qu'il s'agisse d'une raison suffisante pour permettre aux accusés qui parviennent à contourner la loi par des moyens illégaux ou illégitimes de bénéficier de leur comportement répréhensible. Un tel résultat ferait échec non seulement à l'objectif des dispositions législatives, mais aussi aux droits constitutionnels des victimes d'agression sexuelle : [TRADUCTION] « Les nombreux droits que possède une plaignante sur son journal n'ont pas été [. . .] abandonnés du seul fait qu'ils ont précédemment été violés » (mémoire de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, par. 15).

À l'instar de mon collègue, cependant, je ne crois pas nécessaire de m'attarder sur le débat touchant le droit de propriété. Même dans l'hypothèse favorable à l'appellant, soit celle où il serait entré en possession du journal intime conformément au régime prévu par la loi, j'estime que tant le juge du procès que la Cour d'appel ont eu raison de lui interdire de procéder au contre-interrogatoire qu'il se proposait de faire relativement au journal.

161

162

163

II. The Proper Limits of Cross-examination

164 The test for admissibility of defence evidence is whether the prejudicial effect of that evidence substantially outweighs its probative value: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. In weighing prejudicial and probative value, the trial judge must consider not only the accused's right to full answer and defence, but also the importance of the complainant's and other witnesses' privacy and equality rights, as outlined in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. The majority decision in *Osolin*, *supra*, clearly held that, similar to *O'Connor*, *supra*, and *Mills*, *supra*, the privacy and equality rights of the complainant as protected by the *Charter* should inform the trial judge's decision on whether to restrict the defence's cross-examination.

165 On this point, I disagree with my colleague that "the nature and scope of KWG's diary did not raise privacy or other concerns of such importance as to 'substantially outweigh' the appellant's fair trial right to cross-examine on the [absence of entries in the diary] . . . to test the accuracy and completeness of KWG's recollection of events 27 years previously" (para. 150). Instead, I believe that such cross-examination would introduce a high potential of prejudice. That possibility substantially outweighs the minimal probative value of questions concerning the absence of entries in the complainant's diary.

A. *Prejudicial Effect*

166 As *Osolin*, *supra*, provides, we must consider the complainant's privacy and equality rights in assessing the potential prejudice posed by a line of questioning on cross-examination. KWG's privacy rights are clear: there is no question that the diary is a record over which KWG had a reasonable and

II. Les limites appropriées du contre-interrogatoire

Le test concernant l'admissibilité de la preuve de la défense est de savoir si l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Lorsqu'il soupèse l'effet préjudiciable et la valeur probante, le juge du procès doit prendre en considération non seulement le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, mais également l'importance des droits du plaignant et des autres témoins à l'égalité et au respect de leur vie privée, tels qu'ils ont été énoncés dans les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, la majorité a clairement conclu que, tout comme dans les arrêts *O'Connor* et *Mills*, précités, les droits à l'égalité et à la vie privée garantis au plaignant par la *Charte* doivent être tenus en ligne de compte par le juge du procès dans sa décision sur la question de savoir s'il convient de limiter le contre-interrogatoire mené par la défense.

Sur ce point, je ne partage pas l'opinion de mon collègue selon laquelle « la nature et le contenu du journal intime de KWG ne soulevaient pas de préoccupations relatives à la vie privée ou préoccupations de quelque autre ordre qui fussent importantes au point de "l'emporter sensiblement" sur le droit de l'appelant à un procès équitable, lequel droit l'autorisait à contre-interroger KWG sur [l'absence d'inscriptions dans le journal] [. . .] pour vérifier si cette dernière avait un souvenir fidèle et complet d'événements survenus 27 ans auparavant » (par. 150). J'estime plutôt qu'un tel interrogatoire créerait un risque élevé de préjudice. Ce risque l'emporterait sensiblement sur la valeur probante minimale des questions concernant l'absence de ces mentions dans le journal intime de la plaignante.

A. *L'effet préjudiciable*

Comme le précise l'arrêt *Osolin*, précité, il faut tenir compte des droits relatifs à la vie privée et à l'égalité dans l'appréciation du préjudice susceptible de découler du contre-interrogatoire proposé. Le droit de KWG au respect de sa vie privée est évident : il ne fait aucun doute que son journal intime

continuing expectation of privacy and my colleague does not disagree: “The trial judge found that KWG had never waived or abandoned her *privacy* interest in the diary and I agree with him” (para. 87 (emphasis in original)). Significantly, the diary included “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. It was at least a partial record of KWG’s life during that period of time and represented her particular outlet for personal self-expression.

Notwithstanding these privacy interests that we both accept, Binnie J. finds that the appellant should be allowed to cross-examine on the absence of mention of abuse in the diary, in part, because the entries are “mundane”. But whether or not her diary entries were “mundane” does not lessen her privacy interest in the diary. It can hardly be doubted that a teenager’s personal diary is high on the spectrum of records in which one has a privacy interest; “[d]iaries serve as private enclaves in our society. Teenagers buy diaries equipped with lock and key”: J. B. LaVacca, “Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes” (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389, at pp. 389-90. And, as KWG herself appropriately noted, “It was a diary. Diaries are supposed to be private.” Hence, the fact that KWG specifically chose to record her thoughts and recollection of daily events in a private, locked diary, rather than, for instance, on a calendar on her bulletin board, post-it notes on the refrigerator, or even her school notebook, suggests to me that she had a high expectation of privacy in what she wrote, regardless of its content. Counsel for the complainant persuasively observed at trial that “the issue surely with respect to privacy is the respect these courts are prepared to pay to the individual’s ability to write down whatever he or she may choose to write down in one’s personal diary. That’s the privacy interest at stake, it’s not what is written down.” She went on to draw a powerful analogy between the diary and private therapy records: “So for example, what if in therapy one didn’t talk so much about one’s feelings but about one’s taste in shopping? It would not, in my submission, detract

est un document à l’égard duquel KWG possédait une attente raisonnable et durable en matière de respect de sa vie privée et mon collègue n’est pas en désaccord avec ce point : « Le juge du procès a conclu que KWG n’avait jamais renoncé à son droit à la *vie privée* à l’égard du journal intime, et je suis d’accord avec lui » (par. 87 (en italique dans l’original)). Fait important, le journal comportait des « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. Il constituait à tout le moins un récit partiel de la vie de KWG durant cette période et avait servi d’exutoire à son besoin d’expression personnelle.

Malgré ces droits relatifs à la vie privée, dont nous reconnaissons tous deux l’existence, le juge Binnie conclut que l’appelant devrait être autorisé à contre-interroger la plaignante sur l’absence de mention d’abus dans son journal intime, en partie parce que les inscriptions y figurant sont « banales ». Toutefois, que ces inscriptions soient « banales » ou non, ce facteur n’a pas pour effet de réduire le droit de la plaignante au respect de sa vie privée relativement à ce journal. On peut difficilement contester que le journal personnel d’un adolescent ou d’une adolescente fait partie des documents à l’égard desquels le droit à la vie privée est le plus élevé; [TRADUCTION] « [l]es journaux intimes servent de refuges privés dans notre société. Les adolescents achètent des journaux personnels munis d’une serrure et d’une clé » : J. B. LaVacca, « Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes » (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389, p. 389-390. Et, comme l’a souligné à juste titre KWG elle-même, [TRADUCTION] « [i]l s’agissait d’un journal intime. Les journaux intimes sont censés être privés. » Par conséquent, le fait que KWG ait expressément décidé d’inscrire ses pensées et ses souvenirs d’événements quotidiens dans un journal privé muni d’une serrure, plutôt que, par exemple, sur un calendrier figurant sur son babillard, sur des autocollants fixés sur le réfrigérateur ou même dans son cahier de notes, tend selon moi à indiquer qu’elle avait des attentes élevées quant au respect du caractère privé de ce qu’elle écrivait, indépendamment de la teneur de ces écrits. Au procès, l’avocate de la plaignante a souligné de façon convaincante que [TRADUCTION]

from the reasonable expectation of privacy to be able to establish that the content of the conversation was X rather than Y.”

« la question, sûrement en ce qui concerne la vie privée, porte sur le respect que les tribunaux sont disposés à reconnaître à la capacité de l'individu d'écrire ce qu'il veut dans son journal personnel. C'est cet aspect du droit à la vie privée qui est en jeu, et non ce qui est écrit. » Elle a ensuite fait une analogie persuasive entre les journaux intimes et les dossiers privés des thérapeutes : [TRADUCTION] « Ainsi, par exemple, qu'en serait-il si, au cours d'une thérapie, une personne ne parlait pas tant de ses sentiments, mais plutôt de ses goûts en matière de magasinage? Selon moi, le fait qu'on soit capable d'établir que la conversation portait sur une chose plutôt que sur une autre ne réduirait pas l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. »

168

Similarly, in *Law, supra*, this Court did not examine the contents of the private documents to evaluate the owner's privacy interest. In that case, thieves stole a safe containing commercial documents from two restaurant owners. The police recovered the safe, but before it was returned to the owners, an officer who suspected the owners of tax violations photocopied some of the documents inside and eventually forwarded the photocopies to Revenue Canada. According to Bastarache J., writing for the Court, the owners' reasonable expectation of privacy in their documents derived not from their contents, but from the fact that they chose to keep the documents confidential by locking them in a safe. In its reasoning, the Court, at para. 16, noted that informational privacy “derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit” (emphasis added).

De même, dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour n'a pas examiné la teneur des documents personnels pour évaluer le droit de leur propriétaire au respect de sa vie privée. Dans cette affaire, des voleurs avaient dérobé à deux propriétaires de restaurant un coffre-fort contenant des documents commerciaux. La police a récupéré le coffre-fort mais, avant de le retourner à ses propriétaires, un agent qui soupçonnait les restaurateurs d'infractions fiscales a photocopié certains des documents se trouvant dans le coffre et a transmis les photocopies à Revenu Canada. D'après le juge Bastarache, au nom de la Cour, l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée des propriétaires à l'égard de ces documents ne découlait pas de leur teneur, mais du fait qu'ils avaient décidé d'en préserver la confidentialité en les mettant sous clé. Dans ses motifs, notre Cour a souligné, au par. 16, que la vie privée sur le plan de l'information « découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend » (je souligne).

169

I also believe that the complainant's privacy rights place constraints on cross-examination where that questioning, as here, would result in wide-ranging cross-examination of the diary, thus revealing much of its contents. As the trial judge properly concluded: “The privacy interest in an examination or cross-examination of [this] sort is considerable, because it can be expected to touch upon a number of the diary entries in order to demonstrate that, on

J'estime également que les droits du plaignant au respect de sa vie privée limitent le contre-interrogatoire qui peut être fait dans les cas où, comme en l'espèce, celui-ci pourrait se traduire par un interrogatoire extensif sur le journal intime qui aurait pour effet de révéler en grande partie le contenu du journal. Comme a, à juste titre, conclu le juge du procès : [TRADUCTION] « L'aspect du droit à la vie privée que soulève un interrogatoire ou

occasions when an entry might have been made concerning Mr. Shearing, none was made." Therefore, the prejudice to the complainant is increased by virtue of broad exposure of the contents of her personal diary. Certain entries had already been opened up for cross-examination on other specific points. To expose extensively her personal musings through the line of questioning proposed by the defence is to aggravate the violation of her privacy rights, not to mention the fact that "the process of proof and counterproof to establish the reliability of the evidence [would] entail [l] large amounts of time and may potentially sidetrack the trial of the case": *Osolin, supra*, at p. 621, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Privacy rights and equality rights of the complainant overlap to some extent in assessing the potential prejudice of the questioning and the concomitant limits that should be placed on the right to full answer and defence. As noted by Cory J. in *Osolin, supra*, at p. 669:

Sexual assault is in the vast majority of cases gender based. . . .

. . . The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. . . . A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system.

Thus, this Court must be sensitive both to the equality concerns present in this case, and to the policy of encouraging victims to report sexual assaults, without fear of a wide-ranging and in-depth inquiry of every detail of their private lives.

My colleague and I agree that the trial judge correctly rejected "the overly aggressive posture put

contre-interrogatoire de [cette] sorte est considérable, puisqu'on peut s'attendre que celui-ci portera sur un certain nombre d'inscriptions dans le journal dans le but de démontrer que, à certaines occasions où une inscription aurait pu être faite à propos de M. Shearing, aucune n'a été faite. » Le préjudice causé à la plaignante est donc exacerbé par la divulgation de larges pans de son journal intime. On avait déjà permis la divulgation de certaines mentions au cours du contre-interrogatoire sur d'autres points particuliers. Le fait de dévoiler de façon aussi extensive les réflexions personnelles de la plaignante par le truchement du contre-interrogatoire que propose la défense aurait pour effet d'aggraver la violation des droits de KWG au respect de sa vie privée, sans compter le fait que « le mécanisme de la preuve et de la contre-preuve sur la question de la fiabilité demande[rait] un temps considérable et risque[rait] de faire dévier le procès » : *Osolin*, précité, p. 621, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente.

Les droits relatifs à la vie privée et les droits à l'égalité du plaignant se recoupent jusqu'à un certain point dans l'appréciation du préjudice susceptible d'être causé par l'interrogatoire et dans la détermination des limites dont devrait, en conséquence, être assorti le droit à une défense pleine et entière. Comme l'a souligné le juge Cory, dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 669 :

Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle est fondée sur le sexe de la victime . . .

. . . Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. [. . .] Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible.

Par conséquent, notre Cour doit être sensible à la fois aux préoccupations relatives à l'égalité qui existent en l'espèce et à la politique qui consiste à encourager les victimes à signaler les agressions sexuelles, sans qu'elles aient à craindre qu'on examine à la loupe le moindre détail de leur vie privée.

Mon collègue et moi sommes d'accord que le juge du procès a eu raison de rejeter « l'attitude trop

170

171

forward on behalf of the appellant” (para. 134), namely, that “he should have a wide-ranging ability to use the diary in pretty much any way that he sees fit” (para. 137). But we disagree as to whether the trial judge’s justified rejection of this position resolved the matter. According to Binnie J., relying on the majority’s reasons in *Osolin, supra*, “the trial judge . . . was also required to assess for himself the legitimate entitlement of the accused” (para. 140) to cross-examine and should have allowed questioning on the absence of reference to the sexual assaults using “a few representative entries” (para. 142). I joined McLachlin J. (as she then was) in expressly dissenting on this point in that case. At p. 643, McLachlin J. (also joined by La Forest and Gonthier JJ.) explained:

[T]o place a duty on a trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored is inconsistent with the nature of our trial process and would confuse and complicate the prosecution of criminal offences unduly. Our criminal trial system is essentially adversarial. The Crown puts forward evidence directed to showing that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. The accused points out weaknesses in the Crown’s case and sometimes offers contrary evidence. The court, comprised of judge and jury, sits as neutral arbiter, charged with deciding, whether, at the close of all the evidence, the Crown has proven the accused guilty beyond a reasonable doubt.

I continue to adhere to this view, and I believe the defence’s rejection of a more tailored approach to cross-examination on the absence of recording of abuse in the diary here, like the defence’s failure to raise a valid reason for the cross-examination in *Osolin, supra*, was fatal.

agressive manifestée par le représentant de l’appelant » (par. 134), à savoir qu’« il devrait disposer de la latitude voulue pour utiliser le journal intime à peu près comme bon lui semble » (par. 137). Par contre, nous divergeons d’opinion sur la question de savoir si le rejet, par ailleurs justifié, de cette position par le juge du procès a tranché le débat. S’appuyant sur les motifs des juges majoritaires dans l’arrêt *Osolin*, précité, le juge Binnie affirme que « le juge du procès [. . .] devait également déterminer le droit que l’accusé pouvait légitimement invoquer » (par. 140) en matière de contre-interrogatoire et il aurait dû lui permettre de poser des questions sur l’absence de mention des abus sexuels à partir de « quelques inscriptions représentatives » (par. 142). À l’instar du juge McLachlin (maintenant Juge en chef), j’ai exprimé ma dissidence sur ce point dans l’affaire *Osolin*. À la page 643, le juge McLachlin (également appuyée par les juges La Forest et Gonthier) s’est exprimée ainsi :

[I]mposer au juge du procès l’obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées est incompatible avec la nature même du processus judiciaire et ne ferait qu’embrouiller et compliquer indûment la poursuite des infractions criminelles. Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. L’accusé fait ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d’un juge et d’un jury, siège à titre d’arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable.

Je suis toujours du même avis et j’estime que, tout comme le défaut par la défense dans l’arrêt *Osolin*, précité, de présenter un motif valable à l’appui du contre-interrogatoire, la décision par la défense de ne pas procéder à un contre-interrogatoire plus circonscrit sur l’absence de mention des sévices dans le journal en l’espèce est fatale.

Afin de tenir compte adéquatement des droits à l’égalité de la plaignante, il faut également se montrer sensible aux mythes et stéréotypes qui existent en matière de violence sexuelle : voir les arrêts *Mills*, *O’Connor*, *Osolin* et *Seaboyer*, précités.

Proper consideration of the complainant’s equality rights also requires an appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence: see *Mills, supra*; *O’Connor, supra*; *Osolin, supra*; *Seaboyer, supra*. Allowing questioning on the

absence of the mention of sexual assault in the diary would be to endorse the same discriminatory beliefs that underlie the “recent complaint” myth. As I explained in *Osolin, supra*, at p. 625, the recent complaint myth “suggest[s] that the presence of certain emotional reactions and immediate reporting of the assault, despite all of the barriers that might discourage such reports, lend credibility to the assault report, whereas the opposite reactions lead to the conclusion that the complainant must be fabricating the event”. Similarly, questioning the complainant as to why certain reactions are not present in her diary or why she did not “report” the incidents by recording them in her diary, implies that the absence of such writings is support for the conclusion that she fabricated the events.

The rape myth of “recent complaint” has long been dismissed by this Court and, if used to draw a negative inference about the complainant’s credibility, constitutes a reversible error: see *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at para. 63. As this Court firmly explained in *Mills, supra*, at para. 90: “The accused is not permitted to ‘whack the complainant’ through the use of [such] stereotypes regarding victims of sexual assault.” Oftentimes, merely posing a question that may be directed to myths and stereotypes in the sexual assault context is enough to distort the truth-seeking goal of the trial process because the prejudice derives from the innuendo imbedded in the question.

B. *Probative Value*

Equality rights and the problem of the “recent complaint” myth are also relevant in determining the probative value of the evidence to be gained from the proposed line of questioning. An analysis of the probative value of the proposed line of questioning, keeping equality rights in mind, indicates that cross-examination on this point would

Autoriser la défense à poser des questions sur l’absence de mention d’agression sexuelle dans le journal intime de la plaignante reviendrait à souscrire aux mêmes croyances discriminatoires qui sont à la base du mythe de la « plainte immédiate ». Comme je l’ai expliqué dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 625, d’après ce mythe, « [l]a présence de certaines réactions émotives et le signalement immédiat de l’agression, malgré tous les facteurs dissuasifs à cet égard, ajouteraient à la crédibilité de la dénonciation, alors que des réactions opposées conduiraient à conclure que la plaignante a dû fabriquer l’incident ». De même, en voulant interroger la plaignante sur les raisons pour lesquelles on ne trouve aucune mention de certaines réactions dans son journal intime ou celles pour lesquelles elle n’a pas « signalé » les événements en les inscrivant dans son journal, on laisse entendre que l’absence de telles inscriptions étaye la conclusion qu’elle a inventé ces faits.

Le mythe de la « plainte immédiate » en matière de viol a été rejeté depuis longtemps par notre Cour et, s’il est utilisé pour amener une conclusion défavorable relativement à la crédibilité du plaignant, il constitue une erreur justifiant l’annulation du jugement porté en appel : voir *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 63. Comme l’a expliqué notre Cour en termes bien sentis dans l’arrêt *Mills*, précité, par. 90 : « Il n’est pas permis à l’accusé “d’assommer le plaignant” au moyen de [tels] stéréotypes concernant les victimes d’agression sexuelle. » Bien souvent, le simple fait de poser une question susceptible d’évoquer des mythes et des stéréotypes dans un contexte d’agression sexuelle suffit pour faire dérailler l’objectif de recherche de la vérité du processus judiciaire, car le préjudice découle du sous-entendu que comporte la question.

B. *La valeur probante*

Les droits à l’égalité et le problème du mythe de la « plainte immédiate » sont également pertinents dans la détermination de la valeur probante de la preuve qu’on tirerait des questions proposées. L’analyse de cette valeur probante, à la lumière de ces droits, indique que le contre-interrogatoire sur ce point n’apporterait rien de probant parce que,

not be probative because, as the respondent correctly observed, the assumption that “silence speaks volumes” is unfounded, and by itself cannot lead to the conclusion that no sexual assault occurred.

175 In addition, as McLachlin J. reasoned in *Osolin*, *supra*, at p. 641 (following on the approach she outlined in *Seaboyer*, *supra*), in order for the cross-examination to be relevant, “the accused must demonstrate that the cross-examination is directed at a ‘legitimate purpose’”. In the context of cross-examination directed at a complainant, it is *ipso facto* an improper purpose to cross-examine with the only goal being to discredit the complainant’s character. Even the majority in *Osolin*, *supra*, at p. 671, held that “[c]ross-examination for the purposes of showing consent or impugning credibility which relies upon ‘rape myths’ . . . can fulfil no legitimate purpose and would therefore be inadmissible to go to consent or credibility. Cross-examination which has as its aim to elicit such evidence should not be permitted.”

176 The only object of questioning the complainant in this case about the absence of entries in her diary is to imply that she is fabricating the events, thus relying on the same discriminatory beliefs that undergird the recent complaint myth. Thus, there is no legitimate purpose placed before the trier of fact.

177 I believe my colleague and I agree that, having eliminated as a basis for cross-examination reliance on the myth that a complainant who does not record her abuse in her personal diary lacks credibility, questions on the absence of mention of sexual assaults in the diary can have no probative value. Where we fail to agree is when the defence is required to demonstrate a valid reason for its proposed line of questioning and whether it was given the opportunity to do so in this case.

comme l’a fait remarquer avec justesse l’intimée, l’affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « le silence est éloquent » est sans fondement et ne peut à elle seule fonder la conclusion qu’aucune agression sexuelle n’a eu lieu.

En outre, comme l’a expliqué le juge McLachlin dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 641 (appliquant l’approche qu’elle avait exposée dans l’arrêt *Seaboyer*, précité), pour que le contre-interrogatoire soit pertinent, « l’accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire vise une “fin légitime” ». Dans le cadre du contre-interrogatoire d’un plaignant, constitue *ipso facto* une fin illégitime le fait de contre-interroger ce dernier dans le seul but de le discréditer. Dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 671, même les juges majoritaires ont conclu que « [l]e contre-interrogatoire qui se fonde sur des “mythes sur le viol” afin de démontrer qu’il y a eu consentement ou d’attaquer la crédibilité [. . .] ne répond à aucun objectif légitime, et [il] serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité. Le contre-interrogatoire qui viserait à évoquer une telle preuve ne devrait pas être autorisé. »

En l’espèce, l’interrogatoire de la plaignante sur l’absence de ces mentions dans son journal intime a pour unique objet d’insinuer qu’elle invente les faits, et il s’appuie de ce fait sur les mêmes croyances discriminatoires que celles à la base du mythe de la plainte immédiate. Aucune fin légitime n’est en conséquence présentée au juge des faits.

Je crois que mon collègue et moi sommes d’accord que, au même titre que ne saurait justifier la tenue du contre-interrogatoire le mythe selon lequel une plaignante qui ne consigne pas dans son journal intime les abus dont elle est victime manque de crédibilité, des questions sur l’absence de mention relatives à des agressions sexuelles dans ce journal ne sauraient avoir quelque valeur probante que ce soit. Notre désaccord porte plutôt sur le moment où la défense doit justifier par une raison valable l’opportunité des questions qu’elle projette de poser et sur la question de savoir si elle a eu la possibilité de le faire dans la présente affaire.

According to Binnie J., “the absence of any entries relating to physical or sexual abuse . . . was potentially of probative value, depending on her responses”, and KWG should have been called on to give these responses “before the jury” (para. 145 (emphasis added)). The majority in *Osolin, supra*, at p. 671, reasoned that where the purpose of the cross-examination may be directed to rape myths, the determination should take place in a *voir dire*, rather than in front of the jury:

In each case the trial judge must carefully balance the fundamentally important right of the accused to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant, particularly where the purpose of the cross-examination may be directed to “rape myths”. In order to assure the fairness of the trial, where contentious issues arise as to the cross-examination of the complainant a *voir dire* should be held. In the *voir dire* it will be necessary to show either by way of submissions of counsel, affidavit or *viva voce* evidence that the proposed cross-examination is appropriate.

McLachlin J. in *Osolin, supra*, again following her approach in *Seaboyer, supra*, unequivocally stated, at p. 640: “The rule is clear.” She continued, at p. 641: “Before cross-examination can be allowed . . . the defence must demonstrate that the cross-examination possesses ‘a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence’” (emphasis added).

Here, the defence was given ample opportunity to demonstrate a rational basis for the proposed line of questioning on the absence of mention of the abuse in the diary on the *voir dire*, by way of cross-examination of the complainant and submissions to the court, and it failed to proffer such a basis. In cross-examination on the *voir dire*, the defence asked KWG a number of exploratory questions pertaining to the nature of the diary and the length of time she kept it. Rightly so, the defence was not permitted to engage in a “fishing expedition”, even on the *voir dire*. Evidence must be tendered for a legitimate purpose and logically support a defence, and “[t]he trial judge’s discretion must be exercised to ensure that neither the

178
Selon le juge Binnie, « l’absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels [. . .] pouvait avoir une certaine valeur probante, selon les réponses [de la plaignante] », et KWG aurait dû être appelée à donner ces réponses « devant le jury » (par. 145 (je souligne)). Dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 671, les juges majoritaires ont conclu que, lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des mythes sur le viol, la décision de permettre ou non sa tenue doit être prise dans le cadre d’un voir-dire, et non devant le jury :

Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l’accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des « mythes sur le viol ». Pour faire en sorte que le procès soit équitable, il y a lieu de procéder à un voir-dire lorsque des questions litigieuses sont soulevées relativement au contre-interrogatoire du plaignant. Au cours du voir-dire, il faudra démontrer, au moyen d’arguments des avocats, d’affidavits ou de témoignages de vive voix, que le contre-interrogatoire demandé est approprié.

Dans *Osolin*, précité, appliquant à nouveau la démarche qu’elle avait retenue dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a déclaré de manière non équivoque, à la p. 641 : « La règle est claire. » Elle a poursuivi ainsi, à la même page : « [L]a défense doit établir que le contre-interrogatoire possède “un degré de pertinence qui l’emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l’admission de cette preuve” [. . .] [p]our être autorisée à contre-interroger » (je souligne).

179
En l’espèce, la défense a eu amplement la possibilité au cours du voir-dire — en contre-interrogeant la plaignante et dans sa plaidoirie — de démontrer l’existence d’un fondement rationnel justifiant les questions qu’elle projetait de poser sur l’absence de mention de ces abus dans son journal intime, mais elle n’a pas réussi à établir un tel fondement. Durant le contre-interrogatoire lors du voir-dire, la défense a posé à KWG un certain nombre de questions exploratoires touchant la nature de ce journal et la période pendant laquelle KWG l’avait tenu. À juste titre, on n’a pas autorisé la défense à se livrer à une « recherche à l’aveuglette », même en cours de voir-dire. Un élément de preuve doit être présenté

in camera procedure nor the trial become forums for demeaning and abusive conduct by defence counsel”: *Seaboyer, supra*, at p. 634.

pour une fin légitime et appuyer logiquement un moyen de défense, et « [l]e juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour garantir que ni les procédures à huis clos ni le procès ne deviennent le théâtre de conduite humiliante ou abusive de la part des avocats de la défense » : *Seaboyer, précité*, p. 634.

180

Moreover, in his submissions to the court, defence counsel asserted that examination on the absence of reference to the abuse was relevant to the complainant’s credibility, without, however, articulating a valid reason why.

De plus, dans sa plaidoirie, l’avocat de la défense a affirmé que l’interrogatoire sur l’absence de mention d’abus était pertinent quant à la crédibilité de la plaignante, mais il n’a formulé aucune raison valable au soutien de cet argument.

Submissions to the Trial Judge on the *Voir Dire* by Defence Counsel, Mr. Tammen

Arguments présentés au juge du procès lors du voir-dire par l’avocat de la défense, M^e Tammen

(Jury Out)

[TRADUCTION]

(En l’absence du jury)

THE COURT: . . .

LA COUR : . . .

So where are we going with this diary? What are you trying to prove with it?

Bon, où allons-nous avec ce journal intime? Qu’est-ce que vous essayez de prouver avec ce document?

MR. TAMMEN: First of all, several things. I can set them out. First of all, that there’s no comments in this diary that could be construed as being — reflecting negatively on the accused. There’s references to him in it, but nothing negative. I mean, you’ve heard her evidence that she wishes to see him rot in hell, she hates him. That’s not reflected in the diary. There’s no references to any sexual acts in the diary.

M^e TAMMEN : D’abord et avant tout, plusieurs choses. Je peux les exposer. Premièrement, il n’y a aucun commentaire dans ce journal qui puisse être interprété comme étant — présentant l’accusé sous un jour défavorable. On y parle de lui, mais jamais négativement. Je veux dire, vous avez entendu son témoignage selon lequel elle voudrait le voir pourrir en enfer, qu’elle le déteste. On ne retrouve pas cela dans le journal personnel. Ce journal ne fait état d’aucun acte sexuel.

THE COURT: So you say, first of all, that the diary overlapped in time with some of these alleged acts of sexual intercourse, and secondly, you say the diary has probative value because of the fact that she never confided in her diary any unhappiness or how the accused was treating her. . . .

LA COUR : Donc vous dites, tout d’abord, que le journal intime couvre une période où seraient survenues certaines des relations sexuelles et, deuxièmement, vous dites que le journal a une valeur probante en raison du fait qu’elle n’y a jamais inscrit qu’elle était malheureuse ni de quelle manière l’accusé la traitait. . . .

MR. TAMMEN: Yes, that’s part of —

M^e TAMMEN : Oui, c’est en partie ça —

THE COURT: I didn't put that very well, but is that essentially one argument you make?

MR. TAMMEN: Yes, it is, my lord. [Emphasis added.]

These deficiencies led the trial judge to find that the only basis for the evidence was reliance on the "recent complaint" myth:

Finally, Mr. Tammen wishes to conduct what might be described as a broad ranging cross-examination, using the diary to demonstrate that it contains no references to sexual assaults by the accused or sexual activity with the accused. In essence, he wants to go to the jury and argue that the witness has made no "complaint", if I may use that word, to her private, confidential diary about the sexual assaults that she now testifies to.

. . .

It can hardly be denied that, in a great number of instances of sexual assaults upon children, probably in most such instances, the complainant does not make any complaint at the time to adults, friends or those who are close to him or her. It should come as no surprise, then, to find that a child would not confide in her diary that an assault of that sort has occurred. Ms. Dickson [counsel for the complainant] argues strongly that there is no probative value in a lack of complaint in these circumstances, and that to allow cross-examination and argument on the issue is premised upon a discriminatory belief or bias. [Emphasis added.]

My colleague accounts for the defence's failures to show probative value in questioning by suggesting that the defence "overlooked (or perhaps resolutely resisted) the need to lay before the jury a rational basis for the inference it ultimately wished to draw, namely that the non-recording of a certain type of information was circumstantial evidence that the alleged abuse never happened" (para. 119). I disagree. Instead, I think the bottom line is that the defence simply did not have a rational basis for its proposed line of questioning. As Binnie J. agrees, KWG was under no legal duty to record the sexual assaults; she clearly did not follow a regular practice of making such entries because no entries of any kind of abuse were made; and all sides admit that the

LA COUR : Je ne l'ai pas très bien exprimé, mais est-ce qu'il s'agit essentiellement de votre argument?

M^e TAMMEN : Oui, c'est cela, monsieur le juge. [Je souligne.]

Ces vices ont amené le juge du procès à conclure que le seul fondement invoqué pour justifier la présentation de la preuve était le mythe de la « plainte immédiate » :

[TRADUCTION] Enfin, M^e Tammen désire mener ce qu'on pourrait qualifier de contre-interrogatoire général et utiliser le journal intime pour démontrer que celui-ci ne contient aucune mention d'agression sexuelle commise par l'accusé ni d'activité sexuelle avec l'accusé. Essentiellement, il veut se présenter devant le jury et prétendre que le témoin n'a fait état d'aucune « plainte », si je peux utiliser ce mot, dans son journal intime et confidentiel au sujet des agressions sexuelles à l'égard desquelles elle témoigne maintenant.

. . .

On peut difficilement nier que, dans de nombreux cas d'agressions sexuelles contre des enfants, probablement dans la plupart des cas, le plaignant ne se plaint pas à ce moment-là auprès d'adultes, d'amis ou de personnes qui lui sont proches. Personne ne devrait donc être surpris qu'une enfant ne consigne pas dans son journal intime qu'une telle agression a eu lieu. Madame Dickson [avocate de la plaignante] plaide énergiquement que l'absence de plainte dans ces circonstances n'a aucune valeur probante et que la décision de permettre qu'il y ait contre-interrogatoire et argumentation sur cette question serait fondée sur une croyance ou un préjugé discriminatoire. [Je souligne.]

Mon collègue explique le défaut de la défense de démontrer la valeur probante de l'interrogatoire en disant que la défense « a omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) la nécessité de présenter au jury un fondement rationnel pour justifier l'inférence qu'elle souhaitait faire en définitive, à savoir que l'omission d'inscrire un certain type de renseignement constituait une preuve circonstancielle du fait que les sévices allégués n'avaient jamais été exercés » (par. 119). Je ne suis pas d'accord. J'estime plutôt que, essentiellement, la défense n'avait tout simplement pas de fondement rationnel à faire valoir au soutien des questions qu'elle projetait de poser. Comme le reconnaît le juge Binnie, KWG n'était pas légalement tenue de noter les

diary entries were “mundane”. Similarly, the Court of Appeal, which reviewed the diary, concluded, at para. 86: “The style and content do not suggest that if abuse had occurred the complainant would have confided it to her diary.”

182

Even if I were to accept my colleague’s suggestion that defence counsel simply “overlooked (or perhaps resolutely resisted)” the need to assert a valid reason for its proposed cross-examination in his initial submissions, I would be hard pressed to believe that he repeated the same error in his reply, especially given that KWG’s counsel had just finished arguing, at length, that the proposed questions essentially relied on the “recent complaint” myth. Furthermore, I do not think it is the duty of the trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored. In short, the trial judge gave the defence a full and fair opportunity to lay a rational foundation for the inference it wished to draw and correctly concluded that the probative value of the evidence was “minimal”, if anything.

183

As a coda to my observation that the probative value of the evidence was minimal for equality reasons, I would add that the right of the accused to make full answer and defence does not stand or fall based on whether the accused may engage in this particular line of cross-examination. I fail to see what the defence could possibly gain by questioning KWG on her diary keeping as a 14-year-old. If the defence asks the complainant why she did not mention the sexual assaults or the beatings in her diary, the only conceivable answers would be either a) “Those events didn’t occur at all” (and it is far-fetched to believe that the complainant would recant in this manner given her prior statements in the case), or, the more probable answer,

agressions sexuelles; elle n’avait clairement pas pour pratique de faire régulièrement des inscriptions de cette nature, car aucune inscription faisant état de sévices d’un type ou d’un autre ne figurait dans le journal; de plus, toutes les parties admettent que les mentions dans son journal intime étaient « banales ». De même, la Cour d’appel a examiné le journal intime et conclu, au par. 86, que [TRADUCTION] « [l]e style et le contenu du journal intime ne tendent pas à indiquer que, si elle avait fait l’objet de sévices, la plaignante aurait noté ce fait dans son journal ».

Même si je souscrivais à l’opinion de mon collègue que l’avocat de la défense a tout simplement « omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) » la nécessité de présenter, dans ses observations initiales, une raison valable pour justifier le contre-interrogatoire projeté, j’aurais néanmoins de la difficulté à croire qu’il a répété la même erreur dans sa réplique, d’autant plus que l’avocate de KWG venait tout juste de plaider longuement que les questions projetées reposaient essentiellement sur le mythe de la « plainte immédiate ». Qui plus est, je ne crois pas que le juge du procès soit tenu de garantir que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées. En résumé, le juge du procès a donné à la défense la possibilité pleine et entière de justifier rationnellement l’inférence qu’elle entendait faire à partir de cette preuve et il a eu raison de conclure que la valeur probante de cette preuve était au mieux [TRADUCTION] « minime ».

En guise de coda à mon observation que, pour des raisons touchant au droit à l’égalité, la valeur probante de la preuve était minime, j’ajouterais que le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne saurait dépendre de la possibilité pour l’accusé de procéder au contre-interrogatoire envisagé. Je ne vois pas ce que la défense pourrait gagner en interrogeant KWG sur le journal intime qu’elle tenait lorsqu’elle avait 14 ans. Si la défense demande à la plaignante pourquoi elle n’a fait état ni des coups reçus ni des abus sexuels dans son journal intime, les seules réponses possibles seraient soit a) « Ces événements ne se sont pas produits du tout » (et il est difficile d’imaginer que la plaignante se rétracterait de cette manière, compte tenu de ses

b) "I felt uncomfortable writing about these traumatic occurrences, and I did not intend my diary to constitute a complete record of my life in any event". The more probable answer is unhelpful to the defence, unless of course the defence wishes to imply that because the complainant did not write of the assaults, the complainant is fabricating the story. This is an improper purpose of questioning, as has already been discussed. The cross-examination in any event also seems unnecessary to the appellant's defence that the events did not occur at all, since, if the defence wishes to challenge the complainant's version, it has the benefit of having the complainant there to directly question her memory of the assaults and her life during that period of time.

III. Conclusion

In summary, an application of the *Seaboyer/Osolin, supra*, test that cross-examination should be restricted if the prejudicial impact substantially outweighs the probative value, reveals that the trial judge and Court of Appeal in this case were correct to prohibit the particular line of questioning proposed by the defence. In applying this test, we must consider the accused's right to full answer and defence and the complainant's privacy and equality rights. In the case at bar, the prejudicial effect is very high, while the probative value is, at best, minimal. The diary is an intimate record of the complainant's life during that period of time and the proposed line of cross-examination would necessarily open up much of the diary's contents to scrutiny.

Besides constituting a wide-ranging violation of the complainant's privacy rights, the proposed cross-examination also has potential equality implications, as victims would naturally be loath to report sexual assaults if they feared that their entire private lives would be intensely scrutinized at trial. Given that a diary is an individualistic exercise, questioning a complainant on the failure to record a sexual

déclarations antérieures en l'espèce), soit, plus vraisemblablement, b) « Je me sentais mal à l'aise d'écrire sur ces événements traumatisants et, de toute manière, je n'entendais pas que mon journal intime soit le récit complet de ma vie ». La réponse la plus vraisemblable n'est d'aucune utilité pour la défense, à moins bien sûr qu'elle ne désire laisser entendre que, étant donné que la plaignante n'a rien écrit au sujet des sévices, elle invente toute cette histoire. Il s'agirait là d'un interrogatoire mené pour une fin illégitime, tel que je l'ai mentionné plus tôt. Quoi qu'il en soit, le contre-interrogatoire semble également inutile à l'égard du moyen de défense de l'appelant selon lequel les événements ne se seraient pas produits, car si la défense désire contester la version de la plaignante, elle a l'avantage de pouvoir l'interroger directement sur son souvenir de ces abus et sur sa vie pendant cette période.

III. Conclusion

En résumé, il ressort de l'application du test établi dans les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*, précités, selon lequel le contre-interrogatoire doit être restreint si l'effet préjudiciable l'emporte sensiblement sur la valeur probante, que le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison en l'espèce d'interdire l'interrogatoire auquel la défense se proposait de procéder. Dans l'application de ce critère, il faut prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ainsi que les droits de la plaignante à l'égalité et au respect de sa vie privée. Dans la présente affaire, l'effet préjudiciable est très élevé alors que la valeur probante de l'élément de preuve est, au mieux, minimale. Le journal est un compte rendu intime de la vie de la plaignante pendant cette période et les questions projetées exposeraient nécessairement une grande partie du contenu du journal à un examen approfondi.

En plus de constituer une atteinte considérable aux droits de la plaignante au respect de sa vie privée, le contre-interrogatoire projeté risque également d'avoir des répercussions du point de vue des droits à l'égalité, car les victimes seraient naturellement réticentes à signaler des agressions sexuelles si elles craignaient que l'ensemble de leur vie privée soit scruté à la loupe au procès. La tenue

assault is akin to questioning a complainant as to why she failed to raise a “hue and cry” immediately after the assault. As the proposed line of questioning is animated by a discriminatory belief, the prejudice is high and the potential probative value is very low, if anything. In addition, the defence has the benefit of getting evidence by directly cross-examining the complainant on her version of events, and thus does not require the additional evidence that would result from questioning the complainant on why she did not write about the assaults. Therefore, the evidence is neither relevant nor necessary for the accused to exercise his right to full answer and defence. A review of all of these factors strongly indicates that the trial judge and Court of Appeal were correct to prohibit the proposed line of cross-examination on the diary, as the potential prejudice substantially outweighs the probative value of such an exercise.

d’un journal intime étant une activité individuelle, l’interrogatoire d’une plaignante sur l’omission de faire état d’une agression sexuelle dans un tel journal équivaut à la questionner sur les raisons pour lesquelles elle n’a pas « crié haro » immédiatement après l’agression. Comme les questions projetées sont animées par une croyance discriminatoire, le préjudice est élevé et la valeur probante potentielle de l’élément de preuve est, au mieux, très faible. En outre, la défense a l’avantage de pouvoir recueillir des éléments de preuve en contre-interrogeant directement la plaignante sur sa version des faits et elle n’a en conséquence pas besoin de la preuve additionnelle qui découlerait de l’interrogatoire de cette dernière sur les raisons pour lesquelles elle n’a rien consigné par écrit au sujet des sévices. Par conséquent, la preuve n’est ni pertinente ni nécessaire pour que l’accusé puisse exercer son droit à une défense pleine et entière. L’examen de l’ensemble de ces facteurs est un indice sérieux que le juge du procès et la Cour d’appel ont eu raison d’interdire le contre-interrogatoire projeté à l’égard de ce journal intime, le préjudice potentiel d’une telle mesure l’emportant sensiblement sur sa valeur probante.

186

I would consequently dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, L’HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener Women’s Legal Education and Action Fund: Sheilah Martin, Calgary; Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

En conséquence, je rejetterais l’appel.

Pourvoi accueilli en partie, les juges L’HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents en partie.

Procureurs de l’appelant : Peck and Company, Vancouver.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes : Sheilah Martin, Calgary; Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Procureurs de l’intervenante la Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

**Scottish & York Insurance Co.
Ltd. Appellant**

v.

**Pearl Somersall, Gwendolyn Somersall and
Janice Somersall Respondents**

INDEXED AS: SOMERSALL v. FRIEDMAN

Neutral citation: 2002 SCC 59.

File No.: 27851.

2002: January 21; 2002: August 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Insurance — Automobile insurance — Underinsured driver coverage — Subrogation — Limits agreement between insured and underinsured tortfeasor made without notice to insurer — Agreement providing that tortfeasor would admit to fault at trial and that insured would not pursue damages beyond limits of tortfeasor's insurance — Insurer denying insurer's claim for damages over and above tortfeasor's coverage limit — Whether limits agreement justifying denial of claim.

Two of the respondents suffered serious injuries in a motor vehicle collision and brought an action against the driver of the other vehicle, an underinsured motorist. The third respondent based her claim on s. 61 of Ontario's *Family Law Act*. The respondents later entered into a limits agreement with the tortfeasor, without notice to the appellant, their insurer. This agreement provided that (1) the tortfeasor would admit liability at trial and (2) the respondents would not sue him in excess of his liability coverage. The respondents sought to recover the remainder of their damages from the appellant pursuant to their underinsured driver coverage known as the SEF 44 Endorsement which requires that an insured must be "legally entitled to recover" damages from the underinsured motorist in order to collect payment from the insurer. When the appellant cross-claimed against the underinsured motorist, he submitted in his defence that the respondents were bound by the limits agreement. The

**Scottish & York Insurance Co.
Ltd. Appelante**

c.

**Pearl Somersall, Gwendolyn Somersall et
Janice Somersall Intimées**

RÉPERTORIÉ : SOMERSALL c. FRIEDMAN

Référence neutre : 2002 CSC 59.

N^o du greffe : 27851.

2002 : 21 janvier; 2002 : 8 août.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et LeBel.

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

Assurance — Assurance automobile — Garantie sous-assurance des tiers — Subrogation — Convention de limitation entre l'assuré et l'auteur du délit sous assuré conclue à l'insu de l'assureur — Convention prévoyant que l'auteur du délit s'avouerait responsable au procès et que l'assuré ne ferait valoir contre lui aucune demande de dommages-intérêts excédant sa garantie d'assurance — Rejet par l'assureur de la demande d'indemnité de l'assuré pour les dommages excédant la garantie d'assurance de l'auteur du délit — La convention de limitation justifiait-elle le rejet de la demande d'indemnité?

Deux des intimées ont subi de graves blessures lors d'une collision d'automobiles et elles ont intenté une action contre le conducteur de l'autre véhicule, qui était sous assuré. La troisième intimée a fondé sa demande sur l'art. 61 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario. Les intimées ont ensuite signé une convention de limitation avec l'auteur du délit, à l'insu de l'appelante, leur assureur. Cette convention prévoyait que : (1) au procès, l'auteur du délit s'avouerait responsable de l'accident et (2) les intimées ne ferait valoir contre lui aucune réclamation excédant sa garantie d'assurance. Les intimées ont tenté de recouvrer le solde de leurs dommages-intérêts de l'appelante en vertu de leur garantie sous-assurance des tiers, connue sous le nom d'avenant SEF 44, aux termes duquel l'assuré doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l'automobiliste sous assuré pour bénéficiaire de la protection offerte par son assureur. Lorsque l'appelante a formé une

appellant then moved before trial for a determination of its liability on a question of law. The motions judge ruled that the limits agreement precluded the respondents from advancing a claim against the appellant pursuant to the SEF 44 Endorsement. The Court of Appeal, however, allowed the respondents' appeal.

Held (Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and LeBel JJ.: The limits agreement, like a limitation period, does not block the action. It has no bearing on the right of the insured against the tortfeasor at the time of the accident, which is the relevant time for the determination of legal entitlement. The promise by the respondents not to pursue the underinsured motorist beyond his policy limits has no bearing on any question of the legal entitlement that existed at the time of the accident. It only renders the respondents unable to further their legal rights against the tortfeasor in the courts. This rationale and result sit comfortably with both the policy purpose and the contractual nature of underinsured and uninsured motorist coverage. The respondents are precisely within the zone which SEF 44 coverage is designed to patch over within the Ontario system of mandatory insurance. The terms of the policy and public policy alike support their claim.

The respondents have not interfered with the appellant's rights of subrogation to such an extent as to deprive it of a right it acquired in the contract. Only a clear and unambiguous obligation upon the insured to maintain a claim in tort and not to waive it in exchange for a payment can support an interpretation favourable to the appellant. Further, it has long been the law, in the absence of contractual terms to the contrary, that the insurer's right of subrogation will not arise until the insured has been fully indemnified. Here, the appellant's right of subrogation has not yet arisen, and in any event there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the limits agreement. Absent any evidence of actual or probable loss, the insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order to bar a claim made in good faith by the insured. Moreover, the plain language of the contract does not support a

demande reconventionnelle contre le tiers sous assuré, celui-ci a fait valoir dans sa défense que la convention de limitation liait les intimées. L'appelante a alors demandé par voie de motion, en invoquant un point de droit, que la question de sa responsabilité soit tranchée avant l'instruction. Le juge des requêtes a statué que la convention de limitation empêchait les intimées de présenter une demande d'indemnité contre l'appelante en invoquant l'avenant SEF 44. La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel des intimées.

Arrêt (les juges Major et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et LeBel : La convention de limitation, à l'instar d'un délai de prescription, ne fait pas obstacle à l'action. Elle n'a aucune incidence sur le droit que possédait l'assuré contre l'auteur du délit au moment de l'accident, moment auquel il faut se reporter pour décider si l'assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. La promesse des intimées de ne pas réclamer en justice au tiers sous assuré un montant excédant sa garantie d'assurance n'a aucun effet sur quelque question que ce soit concernant le droit de recouvrement qui existait au moment de l'accident. Elle empêche seulement les intimées de faire valoir plus amplement leurs droits contre l'auteur du délit devant les tribunaux. Ce raisonnement et son résultat sont compatibles avec l'objectif de politique générale et la nature contractuelle de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. Les intimées se trouvent précisément dans la situation à laquelle la garantie de l'avenant SEF 44 est censée remédier au sein du système ontarien d'assurance-automobile obligatoire. Les termes de la police et des considérations de principe appuient leur demande.

Les intimées n'ont pas contrecarré les droits de subrogation de l'appelante au point de la priver d'un droit que le contrat lui avait conféré. Seule une obligation claire et non ambiguë imposée à l'assuré de préserver son droit de recours délictuel et de s'abstenir d'y renoncer en contrepartie d'un paiement peut étayer une interprétation qui serait favorable à l'appelante. De plus, il est établi de longue date en droit qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires, le droit de subrogation de l'assureur ne prend naissance qu'après l'indemnisation complète de l'assuré. En l'espèce, le droit de subrogation de l'appelante n'a pas encore pris naissance et, quoi qu'il en soit, aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation. En l'absence de preuve d'une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présumée atteinte à leurs droits de subrogation pour faire

finding that the limits agreement interfered with a contractual right of the appellant. The only clear obligation on the insured is to “cooperate with the insurer” (except in a pecuniary way) in the pursuit of the action, but this obligation only arises once a payment has been made, and no payment has yet been made here. If there is an ambiguity in the content of this obligation, the interpretive principle *contra proferentem* would demand that it be resolved in favour of the insured.

A finding that the limits agreement somehow interferes with the right of subrogation to such an extent as to nullify the right of the insured to indemnity would seriously undermine the position of the case law that the direct action against the insurer exists at all. Since subrogation rights against underinsured or uninsured drivers are rarely very valuable, it would be over-reaching to regard its loss as significantly changing the insurer’s position.

The minority’s position on s. 278(6) of the *Insurance Act* was agreed with. The provision cannot assist the insurer because it has neither made any payment nor assumed any liability therefor as required by s. 278(1).

Per Major and Binnie JJ. (dissenting): Ambiguities with respect to cover are to be resolved in favour of the insured. The language of the SEF 44 Endorsement, however, is not ambiguous and clearly requires that the insured refrain from acts destructive of the insurer’s subrogation interest. There must be a subsisting right of action against the tortfeasor at the time the claim is asserted against the insurer. It is not sufficient that it exists at the time of the accident. The expression “is legally entitled to recover” is framed in the present, not the past, tense. The respondents had no legal entitlement as of the date of their claim against the appellant.

Subrogation is a matter of substance, not form. The fact that the respondents signed a limits agreement rather than a release of the cause of action was of little importance for, in either case, the insurer is precluded from a successful claim over. The risk undertaken by the appellant was not the whole of the respondents’ loss but the loss reduced, at least potentially, by assigning the insurer all proper and available means of reimbursement. Although the right of subrogation cannot be exercised until payment is made, it is a contingent right that vests

échec à une demande d’indemnité présentée de bonne foi par l’assuré. En outre, le sens ordinaire du contrat n’étaye pas la conclusion que la convention de limitation a contrecarré un droit contractuel de l’appelante. La seule obligation clairement imposée à l’assuré est celle de « coopérer avec l’assureur » (sauf sur le plan pécuniaire) dans la poursuite de l’action, mais l’assuré n’est pas obligé de coopérer tant qu’il n’y a pas eu paiement d’une indemnité et aucun paiement n’a encore été fait en l’espèce. S’il subsistait une ambiguïté quant à la teneur de cette obligation, le principe d’interprétation *contra proferentem* exigerait qu’elle soit résolue en faveur de l’assuré.

La conclusion que la convention de limitation contrecarre le droit de subrogation à tel point que l’assuré perd le droit d’être indemnisé s’écarterait sérieusement du principe jurisprudentiel voulant qu’il existe bel et bien un droit d’action directe contre l’assureur. Comme la valeur des droits de subrogation contre un tiers sous assuré ou non assuré est rarement élevée, ce serait exagérer que de considérer sa perte comme modifiant sensiblement la situation de l’assureur.

La majorité a souscrit à l’opinion de la minorité concernant le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*. Cette disposition n’est d’aucun secours pour l’assureur puisqu’il n’a effectué aucun paiement ni assumé aucune responsabilité à cet égard, comme l’exige le par. 278(1) de la Loi.

Les juges Major et Binnie (dissidents) : Les ambiguïtés concernant la garantie d’assurance doivent être résolues en faveur de l’assuré. Le libellé de l’avenant SEF 44 n’est toutefois pas ambigu et exige clairement que l’assuré s’abstienne de tout acte qui priverait l’assureur de son droit à la subrogation. Il doit subsister un droit d’action contre l’auteur du délit au moment où la demande d’indemnité est présentée contre l’assureur. Il ne suffit pas qu’un droit d’action existe à la date de l’accident. On n’a pas utilisé le passé, mais bien le présent de l’indicatif dans l’expression « a le droit de recouvrer ». Les intimées n’avaient pas de droit de recouvrement à la date de présentation de leur demande d’indemnité contre l’appelante.

La subrogation est une question de fond et non de forme. Le fait que les intimées ont signé une convention de limitation plutôt qu’une renonciation à la cause d’action n’a pas beaucoup d’importance, car, dans les deux cas, l’assureur est empêché de recouvrer le montant de son paiement. L’appelante n’avait pas assumé le risque de la perte totale des intimées, mais plutôt celui de leur perte réduite, du moins potentiellement, du fait de la cession en faveur de l’assureur de tous les moyens légitimes possibles d’obtenir un remboursement. Bien que le droit

at the time the policy is entered into. For the Court now to add the requirement that an insurer denied subrogation must prove that the denial did in fact result in “actual and probable loss” ignores the wording of SEF 44 and introduces unnecessary uncertainty in its day-to-day application. The amount to which the insured is legally entitled is determined by the insurance contract, and the terms of the SEF 44 Endorsement explicitly make subrogation part of the package accepted by both parties to the insurance contract. If the insured has prejudiced the subrogation rights of the insurer then it is open to the insurer to refuse the claim.

The appellant could not move to set aside the limits agreement under s. 278(6) of the *Insurance Act* because that provision is intended to protect the interests of an insurer who has paid or assumed liability for payment to the insured. It does not limit the ability to settle an action of a plaintiff who has not claimed (and may never claim) against the insurer. To allow an insurer who had no interest at the time to contest the validity of the limits agreement years after the settlement would contribute uncertainty to the settlement process and undermine the finality of litigation.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Wheless v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (1971); **distinguished:** *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; **referred to:** *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Griffin*, 286 So.2d 302 (1973); *Rhault v. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (1973); *Glover v. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (1971); *Conteh v. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (2001); *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24; *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72; *July*

de subrogation ne puisse être exercé qu'après le paiement de l'indemnité, il s'agit d'un droit conditionnel qui prend naissance dès la signature de la police. L'imposition, par la Cour, d'une nouvelle exigence selon laquelle l'assureur dont on nie le droit à la subrogation doit d'abord prouver qu'il encourt de ce fait une « perte réelle ou probable » fait fi du libellé de l'avenant SEF 44 et créera inutilement de l'incertitude quant à son application pratique quotidienne. Le montant que l'assuré a le droit de recouvrer est déterminé par le contrat d'assurance et l'avenant SEF 44 stipule explicitement que la subrogation fait partie de la convention globale à laquelle les deux parties au contrat d'assurance ont souscrit. Si l'assuré a porté atteinte aux droits de subrogation de l'assureur, alors ce dernier peut rejeter la demande d'indemnité.

L'appelant ne pouvait pas demander l'annulation de la convention de limitation en invoquant le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*, parce que cette disposition est censée protéger les intérêts d'un assureur qui a versé une indemnité à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet égard. Elle ne limite pas la capacité de régler une action d'un demandeur qui n'a pas présenté (et peut ne jamais présenter) une demande d'indemnité contre l'assureur. Permettre à l'assureur qui n'avait aucun intérêt à l'époque de venir plusieurs années après le règlement contester la validité de la convention de limitation aurait pour effet d'insérer un élément d'incertitude dans le processus de règlement et de porter atteinte au caractère définitif des instances.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés : *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Wheless c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (1971); **distinction d'avec les arrêts :** *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; **arrêts mentionnés :** *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *University of Saskatchewan c. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Griffin*, 286 So.2d 302 (1973); *Rhault c. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (1973); *Glover c. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (1971); *Conteh c. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (2001); *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24; *Derksen c. 539938 Ontario*

v. *Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *A.F.G. Insurances Ltd. v. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655; *Pacific Coyle Navigation Co. v. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715; *Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190; *Confederation Life Insurance Co. v. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1; *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227; *Commercial Union Assurance Co. v. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Puckett v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (1971); *Sahloff v. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (1969).

By Binnie J. (dissenting)

Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi (1915), 51 S.C.R. 562; *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 S.C.R. 332; *Glynn v. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705, rev'g [1963] 1 O.R. 599; *John Edwards & Co. v. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249; *Hobbs v. Marlowe*, [1978] A.C. 16; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. v. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539; *Napier v. Hunter*, [1993] A.C. 713; *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Khederlarian v. Safeco Insurance Co.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), June 16, 1992; *Birtles v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193; *Barton v. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133; *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569, rev'g (1992), 8 O.R. (3d) 11; *Transnational Insurance Co. v. Simmons*, 507 P.2d 693 (1973); *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Allstate Insurance Co. v. Skeeters*, 846 F.2d 932 (1988); *Biafore v. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409; *Toronto Hydro-Electric Commissioners v. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539.

Statutes and Regulations Cited

Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 61.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 278(1), (6).
Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, Reg. 535, s. 4(1) [now R.R.O. 1990, Reg. 676].

Ltd., [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72; *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *A.F.G. Insurances Ltd. c. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655; *Pacific Coyle Navigation Co. c. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715; *Ontario Health Insurance Plan c. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190; *Confederation Life Insurance Co. c. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1; *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. c. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227; *Commercial Union Assurance Co. c. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Puckett c. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (1971); *Sahloff c. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (1969).

Citée par le juge Binnie (dissident)

Guardian Assurance Co. c. Town of Chicoutimi (1915), 51 R.C.S. 562; *Simpson c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Ledingham c. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 R.C.S. 332; *Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705, inf. [1963] 1 O.R. 599; *John Edwards & Co. c. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249; *Hobbs c. Marlowe*, [1978] A.C. 16; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. c. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539; *Napier c. Hunter*, [1993] A.C. 713; *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Khederlarian c. Safeco Insurance Co.*, C. Ont. (Div. gén.), 16 juin 1992; *Birtles c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193; *Barton c. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133; *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569, inf. (1992), 8 O.R. (3d) 11; *Transnational Insurance Co. c. Simmons*, 507 P.2d 693 (1973); *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Allstate Insurance Co. c. Skeeters*, 846 F.2d 932 (1988); *Biafore c. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409; *Toronto Hydro-Electric Commissioners c. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539.

Lois et règlements cités

Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, Règl. 535, art. 4(1) [maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676].
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 61.

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 21.01.

Authors Cited

Birds' Modern Insurance Law, 5th ed. by John Birds and Norma J. Hird. London, Sweet & Maxwell, 2001.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Jerry, Robert H. *Understanding Insurance Law*, 2nd ed. New York: Matthew Bender, 1996.

MacGillivray on Insurance Law, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones, general editor. London: Sweet and Maxwell, 1997.

Ytreberg, Dag E. "Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits", 73 A.L.R. 3d 632 (1976).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 183 D.L.R. (4th) 396, 129 O.A.C. 68, 17 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 148, [2000] O.J. No. 401 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1998), 40 O.R. (3d) 461, 162 D.L.R. (4th) 229, 5 C.C.L.I. (3d) 309, 36 M.V.R. (3d) 153, [1998] I.L.R. ¶ I-3571, [1998] O.J. No. 2223 (QL). Appeal dismissed, Major and Binnie JJ. dissenting.

Brian J. E. Brock, Q.C., and *Rita Bambers*, for the appellant.

Jeffrey W. Strype, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ I have had the benefit of reading the succinct reasons of Justice Binnie. With respect, I differ with my colleague and would dismiss the appeal. Consequently, I prefer to set forth the background of the appeal prior to discussing my reasons for disagreement with my colleague.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 278(1), (6).

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01.

Doctrine citée

Birds' Modern Insurance Law, 5th ed. by John Birds and Norma J. Hird. London : Sweet & Maxwell, 2001.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London : Butterworths, 1993.

Jerry, Robert H. *Understanding Insurance Law*, 2nd ed. New York : Matthew Bender, 1996.

MacGillivray on Insurance Law, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones, general editor. London : Sweet & Maxwell, 1997.

Ytreberg, Dag E. « Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits », 73 A.L.R. 3d 632 (1976).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 183 D.L.R. (4th) 396, 129 O.A.C. 68, 17 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 148, [2000] O.J. No. 401 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 40 O.R. (3d) 461, 162 D.L.R. (4th) 229, 5 C.C.L.I. (3d) 309, 36 M.V.R. (3d) 153, [1998] I.L.R. ¶ I-3571, [1998] O.J. No. 2223 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Major et Binnie sont dissidents.

Brian J. E. Brock, c.r., et *Rita Bambers*, pour l'appelante.

Jeffrey W. Strype, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

J'ai lu les motifs succincts du juge Binnie. Je ne partage malheureusement pas son opinion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je vais donc décrire le contexte du pourvoi avant d'exposer les raisons de mon désaccord avec mon collègue.

The Somersalls were struck and injured by an underinsured motorist in 1989. They recovered as much of their damages as they could from that motorist's insurer, and, aware that they had purchased additional coverage to protect them against just such an eventuality, sought the remainder from their own insurer. But their insurer did not wish to pay their claim. The insurer says that, by signing an agreement with the man whose negligence caused their injuries, they would not pursue him beyond his policy limits, and that the Somersalls have lost their claim and interfered with the insurer's subrogation rights. To resolve this dispute, we must look to the rights and obligations the insurance contract between the parties sets out.

II. Background

The facts can be briefly stated. On January 29, 1989, the plaintiffs Pearl and Gwendolyn Somersall ("respondents") were injured in a car accident with the defendant Jerry Friedman. The respondents filed the statement of claim in their action on January 28, 1991. On December 13, 1991, an agreement was entered into between the respondents and the defendant Friedman, which the parties have referred to as the "Limits Agreement". The Limits Agreement provided that (a) Friedman was to admit liability for the accident at trial; (b) the respondents would not claim against Friedman or his insurer in excess of Friedman's policy limit of \$200,000; and (c) Friedman's insurer was to make an advance payment of \$50,000 to the respondents.

The co-defendant, and now appellant, was the respondents' insurer, Scottish & York Insurance Co. Ltd. ("Scottish & York"), and was joined to this action in July 1994. The respondents sought to recover the remainder of their damages from Scottish & York pursuant to their underinsured driver coverage. This coverage existed pursuant to the Family Protection Endorsement, an optional but

Les Somersall ont été heurtées et blessées par un automobiliste sous assuré en 1989. Elles ont recourvé de l'assureur de cet automobiliste toute la part des dommages-intérêts qu'elles pouvaient obtenir de lui puis, se rappelant avoir souscrit à une garantie additionnelle pour se protéger contre une telle éventualité, elles ont demandé le solde à leur propre assureur. Ce dernier n'a toutefois pas voulu leur verser l'indemnité demandée. L'assureur prétend qu'en raison de la convention qu'elles ont signée avec l'homme dont la négligence leur a causé des lésions corporelles et dans laquelle elles se sont engagées à ne pas lui réclamer en justice une somme excédant la garantie stipulée dans sa police d'assurance, les Somersall ont perdu leur droit à une indemnité et contrecarré les droits de subrogation de l'assureur. Pour résoudre ce différend, nous devons examiner les droits et obligations que prévoit le contrat d'assurance conclu entre les parties.

II. Le contexte

Les faits peuvent être exposés brièvement. Le 29 janvier 1989, les intimées Pearl et Gwendolyn Somersall (« les intimées ») ont été blessées dans un accident d'automobile avec le défendeur Jerry Friedman. Les intimées ont déposé la déclaration dans leur action le 28 janvier 1991. Le 13 décembre 1991, les intimées et le défendeur Friedman ont conclu une convention que les parties ont appelée la [TRADUCTION] « convention de limitation ». La convention de limitation prévoyait ce qui suit : a) au procès, M. Friedman s'avouerait responsable de l'accident; b) les intimées ne feraient valoir contre M. Friedman ou son assureur aucune réclamation excédant la garantie d'assurance de M. Friedman, qui s'élevait à 200 000 \$; enfin, c) l'assureur de M. Friedman verserait une avance de 50 000 \$ aux intimées.

La codéfenderesse au procès et appelante dans le présent pourvoi était l'assureur des intimées, la société Scottish & York Insurance Co. Ltd. (« Scottish & York »), qui a été jointe à l'action en juillet 1994. Les intimées ont réclaté le solde de leurs dommages-intérêts à Scottish & York en invoquant leur garantie sous-assurance des tiers. Cette garantie était prévue dans l'avenant de protection

2

3

4

very common endorsement in an Ontario automobile insurance agreement, also known as the “SEF 44 Endorsement”. According to this provision, a plaintiff must be “legally entitled to recover” damages from an underinsured motorist in order to access their own insurer’s pool of coverage for such circumstances. Specifically, it obliges the insurer to:

... indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile.

familiale, avenant optionnel mais très courant dans les contrats d’assurance automobile de l’Ontario, aussi connu sous le nom d’avenant « SEF 44 ». Aux termes de cet avenant, le demandeur doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts d’un automobiliste sous assuré pour bénéficier de la protection offerte par son assureur en pareil cas. Elle oblige plus particulièrement l’assureur à :

[TRADUCTION] ... indemniser chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d’un automobiliste sous assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d’un accident découlant de l’usage ou de la conduite d’une automobile.

5

The SEF 44 Endorsement is the product of Ontario’s statutory automobile insurance scheme, and the language “legally entitled to recover” is a standard phrase also in use under similar standard endorsements in most Canadian jurisdictions. It is important to note that the Ontario scheme is now quite different from the scheme by which this action is governed. The scheme governing the claim in this appeal was primarily tort-based, while the current regime generally involves first-party recovery from the insurer of the injured party, tort damages being relegated to instances of “catastrophic loss”.

L’avenant SEF 44 est issu du régime d’assurance automobile de l’Ontario et l’expression « a le droit de recouvrer » (« *is legally entitled to recover* ») est une expression courante qui figure également dans des avenants types similaires dans la plupart des ressorts canadiens. Il importe de noter que le régime ontarien maintenant en vigueur est assez différent de celui qui régit la présente espèce. Le régime applicable au présent pourvoi reposait principalement sur la responsabilité délictuelle, tandis que, selon le régime actuel, la partie lésée est généralement dédommagée par son propre assureur, les dommages-intérêts en responsabilité civile délictuelle n’entrant en jeu que dans les cas de « catastrophes ».

6

Scottish & York cross-claimed against Friedman. Friedman submitted in his Amended Statement of Defence to this cross-claim that the Limits Agreement bound the respondents. The appellant moved, pursuant to Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for determination before trial of the following question of law:

Scottish & York a formé une demande reconventionnelle contre M. Friedman. Celui-ci a fait valoir dans sa défense modifiée à la demande reconventionnelle que la convention de limitation liait les intimées. L’appelante a demandé par voie de motion, conformément à la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, que la question de droit suivante soit décidée avant l’instruction :

Does the agreement reached between counsel for the plaintiffs and counsel for the defendant Friedman limiting the plaintiffs’ claim to that defendant’s policy limits preclude the plaintiffs from advancing a claim against Scottish & York pursuant to the underinsured motorist provisions of its policy?

[TRADUCTION] La convention conclue entre l’avocat des demanderesse et l’avocat du défendeur Friedman limitant la réclamation des demanderesse au montant de la garantie stipulée dans la police de ce défendeur empêche-t-elle les demanderesse de présenter une demande d’indemnité contre Scottish & York en invoquant les dispositions de la police qui concernent les automobilistes sous assurés?

Spiegel J. ruled that the Limits Agreement did preclude the plaintiffs' claim against Scottish & York: (1998), 40 O.R. (3d) 461. The Ontario Court of Appeal allowed an appeal by the Somersalls and found that the Limits Agreement did not have that effect: (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Scottish & York now appeals to this Court.

III. Relevant Contractual and Statutory Provisions

SEF 44 Family Protection Endorsement

2. INSURING AGREEMENT

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the Insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile.

3. LIMIT[ATION] OF COVERAGE UNDER THIS ENDORSEMENT

- (a) The Insurer's maximum liability under this endorsement, regardless of the number of eligible claimants, or number of insured persons injured or killed, or number of automobiles insured under the policy shall be the amount by which the Limit of Family Protection Coverage exceeds the total of all limits of motor vehicle liability insurance, or bonds, or cash deposits, or other financial guarantees as required by law in lieu of such insurance, of the inadequately insured motorist and of any person jointly liable therewith;
- (b) Where this endorsement applies as excess, the Insurer's maximum liability under this endorsement is the amount determined in accordance with paragraph 3(a) less the amounts available to eligible claimants under any first loss insurance as referred to in paragraph 7 of this endorsement.

Le juge Spiegel a conclu que la convention de limitation empêchait effectivement les demandereses de présenter une demande d'indemnité contre Scottish & York : (1998), 40 O.R. (3d) 461. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les Somersall et conclu que la convention de limitation n'avait pas cet effet : (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Scottish & York se pourvoit maintenant devant notre Cour.

III. Les dispositions contractuelles et législatives pertinentes

Avenant de protection familiale SEF 44

[TRADUCTION]

2. CONVENTION D'ASSURANCE

En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l'Assureur indemniserà chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d'un automobiliste sous assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d'un accident découlant de l'usage ou de la conduite d'une automobile.

3. LIMITE DE LA GARANTIE PRÉVUE PAR LE PRÉSENT AVENANT

- a) La responsabilité maximale de l'Assureur en vertu du présent avenant, indépendamment du nombre de demandeurs admissibles ou du nombre de personnes assurées blessées ou décédées, ou du nombre d'automobiles assurées en vertu de la police, est le montant correspondant à l'excédent de la garantie de protection familiale sur le total de toutes les garanties d'assurance responsabilité civile automobile, ou des cautionnements, dépôts en espèces ou autres cautionnements financiers exigés par la loi pour tenir lieu d'assurances, de l'automobiliste sous assuré et de toute personne responsable conjointement avec lui.
- b) Lorsque le présent avenant s'applique à titre d'assurance complémentaire, la responsabilité maximale de l'Assureur en vertu du présent avenant est le montant déterminé conformément à l'alinéa 3a) moins les sommes dont les demandeurs admissibles peuvent se prévaloir en vertu de toute assurance de premier rang visée à l'article 7 du présent avenant.

4. AMOUNT PAYABLE PER ELIGIBLE CLAIMANT

- (a) The amount payable under this endorsement to any eligible claimant shall be ascertained by determining the amount of damages the eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist and deducting from that amount the aggregate of the amounts referred to in paragraph 4(b), but in no event shall the Insurer be obligated to pay any amount in excess of the limit of coverage as determined under paragraph 3 of this endorsement.
- (b) The amount payable under this endorsement to any eligible claimant is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source (other than money payable on death under a policy of insurance) and is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not) from:
- (i) the insurers of the inadequately insured motorist, and from bonds, cash deposits or other financial guarantees given on behalf of the inadequately insured motorist;
 - (ii) the insurers of any person jointly liable with the inadequately insured motorist for the damages sustained by an insured person;
 - (iii) the Régie de l'assurance automobile du Québec;
 - (iv) an unsatisfied judgment fund or similar plan or which would have been payable by such fund or plan had this endorsement not been in effect;
 - (v) the uninsured motorist coverage of a motor vehicle liability policy;
 - (vi) any automobile accident benefits plan applicable in the jurisdiction in which the accident occurred;
 - (vii) any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits;
 - (viii) any Worker's Compensation Act or similar law of the jurisdiction applicable to the injury or death sustained;

4. MONTANT PAYABLE À CHAQUE DEMANDEUR ADMISSIBLE

- a) Le montant payable en conformité avec le présent avenant à tout demandeur admissible correspond au montant des dommages-intérêts que le demandeur admissible a le droit de recouvrer de l'automobiliste sous assuré, déduction faite du total des montants visés à l'alinéa 4b), mais l'Assureur ne peut jamais être tenu de payer un montant excédant la limite de garantie stipulée au paragraphe 3 du présent avenant.
- b) Le montant payable en application du présent avenant à tout demandeur admissible est complémentaire au montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source (sauf les sommes payables au décès en vertu d'une police d'assurance) et à tout montant que le demandeur admissible a le droit de recouvrer (qu'il fasse valoir ce droit ou non) :
- (i) des assureurs de l'automobiliste sous assuré et des cautionnements, dépôts en espèces ou autres cautionnements financiers fournis au nom de l'automobiliste sous assuré;
 - (ii) des assureurs de toute personne responsable conjointement avec l'automobiliste sous assuré du dommage subi par une personne assurée;
 - (iii) de la Régie de l'assurance automobile du Québec;
 - (iv) d'une caisse d'indemnisation des créanciers de jugements inexécutés ou d'un régime semblable ou qu'une telle caisse ou un tel régime aurait dû verser n'eût été le présent avenant;
 - (v) de la garantie non-assurance des tiers d'une police d'assurance responsabilité civile automobile;
 - (vi) de tout régime d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles applicable dans le ressort où l'accident s'est produit;
 - (vii) de toute police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux;
 - (viii) de tout régime d'indemnisation des accidents du travail ou régime semblable du ressort, applicable aux lésions corporelles subies ou au décès;

- (ix) any Family Protection Coverage of a motor vehicle liability policy.

- (ix) de toute garantie de protection familiale d'une police d'assurance responsabilité civile automobile.

5. DETERMINATION OF THE AMOUNT AN ELIGIBLE CLAIMANT IS LEGALLY ENTITLED TO RECOVER

- (a) The amount that an eligible claimant is legally entitled to recover shall be determined in accordance with the procedures set forth for determination of the issues of quantum and liability by the uninsured motorist coverage provisions of the policy.
- (b) In determining the amount an eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist, issues of quantum shall be decided in accordance with the law of the province governing the policy and issues of liability shall be decided in accordance with the law of the place where the accident occurred.
- (c) In determining any amounts an eligible claimant is legally entitled to recover, no amount shall be included with respect to pre-judgment interest accumulating prior to notice as required by this endorsement.

5. DÉTERMINATION DU MONTANT QUE LE DEMANDEUR ADMISSIBLE A LE DROIT DE RECOUVRER

- a) Le montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer est déterminé selon la méthode établie pour résoudre les questions de quantum et de responsabilité dans les dispositions de la police régissant la garantie non-assurance des tiers.
- b) Pour déterminer le montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer de l'automobiliste sous assuré, les questions de quantum sont tranchées en conformité avec les lois de la province régissant la police et les questions de responsabilité sont résolues en conformité avec les lois du lieu où l'accident s'est produit.
- c) Dans le calcul du montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer, aucun montant n'est inclus au titre de l'intérêt avant jugement couru avant l'avis exigé par le présent avenant.

6. PROCEDURES

- (a) The following requirements are conditions precedent to the liability of the Insurer to the eligible claimant under this endorsement:
- (i) the eligible claimant shall promptly give written notice, with all available particulars, of any accident involving injury or death to an insured person and of any claim made on account of the accident,
- (ii) the eligible claimant shall, if so required, provide details of any policies of insurance, other than life insurance, to which the eligible claimant may have recourse,
- (iii) the eligible claimant and the insured person shall submit to examination under oath, and shall produce for examination at such reasonable place and time as is designated by the Insurer or its representative, all documents in their possession or control that relate to the matters in question, and they shall permit extracts and copies thereof to be made.

6. PROCÉDURE

- a) Les stipulations qui suivent constituent des conditions préalables à la responsabilité de l'Assureur envers le demandeur admissible en vertu du présent avenant :
- (i) le demandeur admissible informe promptement l'Assureur, par un avis écrit donnant tous les détails dont il dispose, de tout accident ayant causé des lésions corporelles à une personne assurée ou entraîné son décès et de toute demande d'indemnité relative à l'accident;
- (ii) le demandeur admissible fournit, sur demande, le détail de toute police d'assurance, autre qu'une assurance-vie, qu'il peut faire valoir;
- (iii) le demandeur admissible et la personne assurée se soumettent à un interrogatoire sous serment et produisent, pour examen au lieu et à la date raisonnables désignés par l'Assureur ou son représentant, tous les documents qui ont trait aux questions en cause et se trouvent en leur possession et sous leur contrôle, et ils permettent qu'il en soit pris des copies ou des extraits.

- (b) Where an eligible claimant commences a legal action for damages for bodily injury or death against any other person owning or operating an automobile involved in the accident, a copy of the Writ of Summons or other initiating process shall be delivered or sent by registered mail immediately to the chief agency or head office of the Insurer in the province together with particulars of the insurance and loss.
- (c) Every action or proceeding against the Insurer for recovery under this endorsement shall be commenced within 12 months from the date upon which the eligible claimant or his legal representative knew or ought to have known that the quantum of the claims with respect to an insured person exceeded the minimum limits for motor vehicle liability insurance in the jurisdiction in which the accident occurred. No action which is commenced within 2 years of the date of the accident shall be barred by this provision.
- b) Le demandeur admissible qui engage une action en dommages-intérêts pour des lésions corporelles ou un décès contre toute autre personne propriétaire ou conductrice d'une automobile impliquée dans l'accident, expédie par courrier recommandé ou remet immédiatement copie du bref introductif d'instance ou de tout autre acte introductif à l'agence principale ou au siège social de l'Assureur dans la province, en donnant des précisions sur l'assurance et sur la perte.
- c) Toute action ou procédure en recouvrement engagée contre l'Assureur en vertu du présent avenant est introduite dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle le demandeur admissible ou ses représentants légaux ont appris ou auraient dû savoir que le quantum des demandes d'indemnité à l'égard d'une personne assurée excédait la garantie minimum d'assurance responsabilité civile automobile applicable dans le ressort où l'accident s'est produit. La présente clause n'emporte pas prescription d'une action intentée dans les 2 ans suivant la date de l'accident.

9. SUBROGATION

Where a claim is made under this endorsement, the Insurer is subrogated to the rights of the eligible claimant by whom a claim is made, and may maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist and the persons referred to in paragraph 4(b).

10. ASSIGNMENT OF RIGHTS OF ACTION

Where a payment is made under this endorsement, the Insurer is entitled to receive from the eligible claimant, in consideration thereof, an assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not, and the eligible claimant undertakes to cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way, in the pursuit of any subrogated action or any right of action so assigned.

Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, Reg. 535

DETERMINATION OF LEGAL LIABILITY AND AMOUNT OF DAMAGES

4. — (1) The determination as to whether the person insured under the contract is legally entitled to recover damages and, if so entitled, the amount thereof shall be determined,

9. SUBROGATION

Sur présentation d'une demande d'indemnité en vertu du présent avenant, l'Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l'auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l'automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l'alinéa 4b).

10. CESSION DES DROITS D'ACTION

Sur paiement d'une indemnité en application du présent avenant, l'Assureur a le droit d'obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s'engage à coopérer avec l'Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d'action ainsi cédé.

Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, règl. 535

[TRANSLATION]

DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ ET DU MONTANT DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

4. — (1) La question de savoir si l'assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel en est le montant, est tranchée, selon le cas :

- | | |
|---|---|
| <p>(a) by agreement between the person insured under the contract and the insurer;</p> <p>(b) at the request of the person insured under the contract, and with the consent of the insurer, by arbitration by some person to be chosen by both parties, or if they cannot agree on one person, then by two persons, one to be chosen by the person insured under the contract and the other by the insurer and a third person to be appointed by the persons so chosen; or</p> <p>(c) by a court of competent jurisdiction in Ontario in an action brought against the insurer by the person insured under the contract, and unless the determination has been previously made in a contested action by a court of competent jurisdiction in Ontario, the insurer may include in its defence the determination of liability and the amount thereof.</p> | <p>a) par entente entre la personne assurée par le contrat et l'assureur,</p> <p>b) à la demande de la personne assurée par le contrat et avec le consentement de l'assureur, par arbitrage par une personne choisie par les deux parties ou, si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'une seule personne, par deux personnes, l'une étant choisie par la personne assurée par le contrat et l'autre par l'assureur, et par une troisième personne nommée par les personnes ainsi choisies,</p> <p>c) par une cour compétente en Ontario dans une action intentée contre l'assureur par la personne assurée par le contrat, et l'assureur peut inclure dans sa défense la question de la responsabilité et du montant de celle-ci, sauf si une cour compétente en Ontario s'est déjà prononcée à cet égard dans le cadre d'une action contestée.</p> |
|---|---|

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8

278. — (1) An insurer who makes any payment or assumes liability therefor under a contract is subrogated to all rights of recovery of the insured against any person and may bring an action in the name of the insured to enforce those rights.

(6) A settlement or release given before or after an action is brought does not bar the rights of the insured or the insurer, as the case may be, unless they have concurred therein.

IV. Issue

Does the Limits Agreement entered into between the respondents and the defendant Friedman preclude the claim of the respondents for compensation under the SEF 44 Endorsement against the appellant insurer?

V. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 40 O.R. (3d) 461

Spiegel J. reviewed the Ontario Court of Appeal's decisions in *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, and *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305. He found that they established that an insured could directly sue the SEF 44 carrier rather

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8

278 (1) L'assureur qui effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet en vertu d'un contrat est subrogé à tous les droits de recouvrement que l'assuré possède contre toute personne et peut intenter une action au nom de l'assuré pour faire valoir ces droits.

(6) Un règlement conclu ou une quittance donnée avant ou après l'introduction de l'action ne fait pas obstacle aux droits de l'assuré ou de l'assureur, selon le cas, à moins qu'ils n'aient donné leur consentement à cet effet.

IV. La question en litige

La convention de limitation conclue entre les intimées et le défendeur Friedman empêche-t-elle les intimées de demander une indemnité à l'assureur appelant en vertu de l'avenant SEF 44?

V. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 40 O.R. (3d) 461

Le juge Spiegel a passé en revue les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, et *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305. Il a conclu qu'ils ont établi qu'un assuré pouvait poursuivre directement

than having to obtain judgment against the tortfeasor in order to collect payment from the carrier under the SEF 44 Endorsement. This direct action could be brought even if the limitation period governing the action against the tortfeasor had expired. Spiegel J. distinguished actions brought despite the statutory prescription of the action against the tortfeasor from the present circumstances. Examining the case of *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), Spiegel J. found that an agreement between the insured and the tortfeasor purporting to release the tortfeasor from liability further than the agreed upon payment would render the insured no longer “legally entitled to recover”, and thus without remedy against the insurer. The agreement in *Burns* did not release the tortfeasor from liability above that which was settled by agreement. Therefore, unlike in the case of the present Limits Agreement, the insured was still at all times “legally entitled to recover” damages over and above the settlement.

la société d'assurance émettrice de l'avenant SEF 44 et n'était pas tenu d'obtenir un jugement contre l'auteur du délit pour se faire indemniser par la société d'assurance en vertu de l'avenant SEF 44. Cette action directe peut être formée même si le délai de prescription de la poursuite contre l'auteur du délit est expiré. Le juge Spiegel a distingué les actions engagées contre l'auteur du délit malgré l'expiration du délai de prescription des circonstances de la présente espèce. Examinant l'affaire *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), le juge Spiegel a conclu qu'à la suite d'une convention entre l'assuré et l'auteur du délit visant à dégager ce dernier de toute responsabilité excédant le paiement convenu, l'assuré n'aurait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et qu'il se trouverait ainsi sans recours contre l'assureur. La convention conclue dans l'affaire *Burns* ne libérait pas l'auteur du délit de toute responsabilité au-delà de la responsabilité qui lui était imputée dans la convention de règlement amiable. Par conséquent, contrairement à la situation créée par la présente convention de limitation, l'assuré avait encore en tout temps « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts en sus des sommes prévues dans le règlement.

10 Thus, Spiegel J. concluded that the Limits Agreement rendered the plaintiffs no longer “legally entitled to recover” damages beyond those already recovered pursuant to that agreement. The stated question was answered in the affirmative and the action against the insurer was therefore dismissed.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 183 D.L.R. (4th) 396

Le juge Spiegel a par conséquent conclu que, par l'effet de la convention de limitation, les demanderessees n'avaient plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts en sus de ceux qu'elles avaient déjà recouverts en vertu de cette convention. La question soulevée a donc reçu une réponse affirmative et l'action engagée contre l'assureur a été rejetée.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 183 D.L.R. (4th) 396

11 Charron J.A., for a unanimous panel, held that the question before Spiegel J., though novel, was governed by existing jurisprudence and that the motions judge was bound to answer it in the negative. He was in error in distinguishing the authorities.

Le juge Charron, au nom d'une formation unanime, a conclu que la question portée devant le juge Spiegel, même si elle était nouvelle, était régie par la jurisprudence existante et que le juge des requêtes était tenu d'y répondre par la négative. Ce dernier avait commis une erreur en établissant une distinction avec la jurisprudence.

12 There was no principled reason to distinguish the interference with a legal right of action caused by a limitation period from that caused by the Limits

Il n'existait aucune raison de principe permettant d'établir une distinction entre une entrave à l'exercice d'un droit d'action légal causée par un délai

Agreement. The principle in *Johnson*, repeated in *Chambo*, was that only fault and the quantum of damages were required to be proved by the insured in a direct action against the insurer. It was only necessary for the plaintiffs to show that Friedman was at fault in the accident, and that the damages caused by his fault exceeded his policy limits. The essence of *Johnson* and *Chambo* was that the direct right of action against the insurer did not require a prior judicial determination of liability.

Charron J.A. found that even if the Limits Agreement interfered with the subrogation rights of the insurer, the insurer's position would not be advanced, since the operation of a limitation period would have the same effect. Furthermore, although the issue was unnecessary to decide in light of the fact that Friedman was not party to the present appeal, s. 278(6) of the *Insurance Act* appeared to preserve the rights of the insurer in this case against him.

Finally, Charron J.A. distinguished the cases from Alberta that reached the opposite result in interpreting the underinsured motorist endorsement. By contrast to the Ontario regulation governing the point, the Alberta provision considered in *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (Alta. Q.B.), and in *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.), did not allow determination of liability and quantum of damages by a court of competent jurisdiction, but only by resort to arbitration, failing agreement between the insured and the insurer.

Therefore, the appeal was allowed and the stated question answered in the negative.

VI. Analysis

A. *Introduction: the SEF 44 Endorsement*

The purpose of liability insurance generally is to spread risk among those who, as policyholders, pay premiums for this coverage. Risk was defined

de prescription et l'entrave causée par la convention de limitation. Selon le principe énoncé dans l'arrêt *Johnson* et repris dans l'arrêt *Chambo*, l'assuré n'est tenu de prouver que la faute et le quantum des dommages dans une action directe formée contre l'assureur. Les demanderessees n'avaient qu'à démontrer que M. Friedman avait commis une faute dans l'accident et que les dommages causés par sa faute excédaient sa garantie d'assurance. Les arrêts *Johnson* et *Chambo* enseignent essentiellement que le droit d'action directe contre l'assureur n'exige pas qu'une cour de justice tranche au préalable la question de la responsabilité.

Le juge Charron a conclu que même si la convention de limitation contrecarrait les droits de subrogation de l'assureur, celui-ci ne se trouverait pas dans une situation plus avantageuse, puisque l'expiration d'un délai de prescription les contrecarrerait aussi. De plus, même s'il n'était pas nécessaire de trancher cette question puisque M. Friedman n'était pas partie à l'appel, le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances* semblait préserver les droits de l'assureur en l'espèce contre lui.

Le juge Charron a enfin établi une distinction avec les affaires tranchées en Alberta qui ont mené à une conclusion opposée dans l'interprétation de l'avenant concernant les automobilistes sous assurés. Par contraste avec la réglementation ontarienne sur ce point, la disposition albertaine examinée dans *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (B.R. Alb.), et *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.), ne permettait pas une détermination de la responsabilité et du quantum des dommages-intérêts par un tribunal compétent, mais uniquement par arbitrage à défaut d'entente entre l'assuré et l'assureur.

L'appel a donc été accueilli et la question soulevée a reçu une réponse négative.

VI. Analyse

A. *Introduction : l'avenant SEF 44*

L'assurance responsabilité civile a pour objet général de répartir le risque entre les personnes qui ont contracté une police d'assurance et paient, à ce

13

14

15

16

by L'Heureux-Dubé J., adopting the language of Malouf J.A., in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 668, as [TRANSLATION] "a future event, certain or uncertain, which may occasion loss". In *University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223 (C.A.), Sherstobitoff J.A., at paras. 33-34, defined risk as "the peril insured against", or "the hazard or chance of misfortune or loss at some time in the future". He noted that "[i]f the misfortune or loss has already occurred, it is no longer a risk, but a certainty." Thus, the insurer crafts a policy which provides the policyholders with protection against a specified risk or future peril in return for the periodic payment of a premium. To provide this protection, the insurer undertakes to be prepared to pay out to the insured up to the maximum quantum of loss that could be suffered were the risk to occur, usually set at some cap.

titre, une prime pour être protégées. Dans l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 668, madame le juge L'Heureux-Dubé a repris les propos du juge Malouf de la Cour d'appel et défini le risque comme un « événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte ». Dans la décision *University of Saskatchewan c. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223 (C.A.), le juge Sherstobitoff a, aux par. 33-34, défini la notion de risque comme [TRADUCTION] « le danger contre lequel l'assuré se prémunit » ou « la possibilité qu'une malchance ou perte survienne un jour ». Il a précisé que [TRADUCTION] « la malchance ou perte qui est déjà survenue ne constitue plus un risque, mais une certitude. » Par conséquent, l'assureur crée une police qui protège les assurés contre un risque précis ou un danger futur en contrepartie du paiement périodique d'une prime. Pour fournir cette protection, l'assureur s'engage à être prêt à verser un montant à l'assuré jusqu'à concurrence du quantum maximum de la perte que ce dernier pourrait subir si le risque se réalise, pour lequel on fixe habituellement un plafond.

17

The specific purpose of the SEF 44 Endorsement is to provide coverage, in exchange for a premium paid by the insured, for injuries sustained by the insured and eligible other occupants of the vehicle, in motor vehicle accidents caused by motorists who are not insured or whose liability limits are insufficient to compensate the injuries suffered by the claimants. Although the form of the SEF 44 is standardized, it is an optional coverage for which the premium paid is in addition to the premium paid for the coverage purchased under the standard automobile policy.

L'avenant SEF 44 a pour objet particulier de fournir, en contrepartie d'une prime versée par l'assuré, une garantie contre les lésions corporelles subies par l'assuré et les autres occupants du véhicule admissibles, dans des accidents d'automobiles causés par des automobilistes non assurés ou dont les limites de responsabilité sont insuffisantes pour compenser les lésions corporelles subies par les demandeurs. Même si la formule de l'avenant SEF 44 est normalisée, il s'agit d'une garantie facultative pour laquelle une prime doit être versée en sus de la prime payée pour la garantie souscrite en vertu de la police type d'assurance automobile.

18

The essence of this endorsement is that the insured protects himself, by making the extra payment, from the risk of being injured by an inadequately insured motorist. The insured pays a fee to the insurer to make direct compensation in the event that such an accident occurs. Since motor vehicle insurance is mandatory for all drivers in Ontario, and was at the time of the accident at issue here, this risk is, relatively speaking, small. It has been

Par cet avenant, l'assuré se protège essentiellement, en versant une prime supplémentaire, contre le risque d'être blessé par un automobiliste sous assuré. L'assuré paie une prime à l'assureur afin que celui-ci l'indemnise directement en cas de survenance d'un tel accident. Comme l'assurance automobile est obligatoire pour tous les conducteurs en Ontario, et qu'elle l'était au moment de l'accident à l'origine du pourvoi, ce risque est relativement peu

reduced further since the introduction of the generally first-party compensation system of automobile insurance in Ontario. Since the apportionment of fault is now, in most cases, a matter to be determined between the involved insurance companies, the class of inadequately insured drivers has been reduced, so far as the insured person is concerned, to those drivers who do not carry insurance at all.

The clause that is most central to the present dispute is clause 2 of the SEF 44, which sets out the general conditions of the agreement. Clause 2 reads:

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the Insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile. [Emphasis added.]

The scope and meaning of this phrase, “legally entitled to recover”, is the first and most important issue in this appeal.

The appellant has argued, in addition, that the interference by the respondents with the insurer’s right to be subrogated to the respondents’ claim against Friedman immunizes the appellant from the present action. These rights are set out in clauses 9 and 10 of the SEF 44. I will consider each of these two aspects of the case in turn.

B. *The Meaning of “Legally Entitled to Recover”*

The SEF 44 uses the phrase “legally entitled to recover” in setting out the requirements an insured must meet to collect under the endorsement. Specifically, it provides that the insured must be legally entitled to recover damages from the inadequately insured motorist with whom the accident has occurred.

(a) The Previous Case Law in Ontario

The Ontario Court of Appeal has considered the meaning of this section before and found, as

élevé. Il a été encore réduit par l’introduction, dans le régime d’assurance automobile ontarien, du système général d’indemnisation directe de la partie lésée par son propre assureur. Comme le partage de la responsabilité est maintenant, dans la plupart des cas, une question qu’il appartient aux compagnies d’assurance de régler entre elles, la catégorie des automobilistes sous assurés se limite maintenant, en ce qui concerne la personne assurée, aux conducteurs qui n’ont souscrit aucune assurance.

La clause la plus déterminante dans le présent litige est la clause 2 de l’avenant SEF 44, qui énonce les conditions générales de la convention. La voici :

[TRADUCTION] En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l’Assureur indemnifiera chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d’un automobiliste sous assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d’un accident découlant de l’usage ou de la conduite d’une automobile. [Je souligne.]

La portée et le sens de l’expression « a le droit de recouvrer » constituent le premier et le plus important point en litige dans le présent pourvoi.

L’appelante prétend en outre que l’atteinte portée par les intimées au droit de l’assureur d’être subrogé dans leur droit de recours contre M. Friedman l’immunise contre la présente action. Ce droit à la subrogation est énoncé aux clauses 9 et 10 de l’avenant SEF 44. J’analyserai tour à tour chacun de ces deux aspects de l’affaire.

B. *Le sens de l’expression « a le droit de recouvrer »*

L’avenant SEF 44 emploie l’expression « a le droit de recouvrer » pour établir les conditions auxquelles l’assuré doit satisfaire pour recevoir une indemnité en vertu de l’avenant. Celui-ci prévoit plus précisément que l’assuré doit avoir le droit de recouvrer des dommages-intérêts de l’automobiliste sous assuré impliqué dans l’accident.

a) La jurisprudence ontarienne

La Cour d’appel de l’Ontario s’est déjà penchée sur le sens de cette disposition et elle a conclu,

19

20

21

22

Spiegel J. noted, that the statutory prescription of the underlying action against the tortfeasor will not defeat the legal entitlement of the insured to damages within the meaning of the SEF 44. In *Johnson, supra*, the defendant insurer was joined to an action against the defendant tortfeasor four days after the expiry of the limitation period against the tortfeasor. Morden J.A., for a majority of the court, held that the action against the insurer was a distinct action sounding in contract, and that the limitation period for such a direct action did not begin to run until the plaintiff knew or ought to have known the material facts of the cause of action against the insurer, i.e., that the tortfeasor was inadequately insured. In distinguishing the cause of action against the tortfeasor from the cause of action against the insurer, Morden J.A. considered the meaning of the words “legally entitled to recover”. He found at p. 609 that

[t]he words “legally entitled to recover” do not import a requirement that this issue must have received a prior judicial determination but, rather, simply that the person insured must establish that the uninsured or unidentified owner or driver is at fault and the amount of the damages. . . .

comme le note le juge Spiegel, que la prescription légale de l'action sous-jacente contre l'auteur du délit ne porte pas atteinte au droit de l'assuré de recouvrer des dommages-intérêts au sens de l'avenant SEF 44. Dans l'arrêt *Johnson*, précité, l'assureur défendeur a été joint à une action engagée contre le défendeur auteur du délit quatre jours après l'expiration du délai de prescription du recours contre l'auteur du délit. Le juge Morden, qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour, a conclu que l'action contre l'assureur était une action distincte de nature contractuelle et que le délai de prescription d'une telle action directe ne commençait à courir qu'à partir du moment où le demandeur avait pris ou aurait dû prendre connaissance des faits essentiels de la cause d'action contre l'assureur, soit le fait que l'auteur du délit était sous assuré. En établissant une distinction entre la cause d'action contre l'auteur du délit et la cause d'action contre l'assureur, le juge Morden s'est penché sur le sens des mots « a le droit de recouvrer ». Il a conclu en ces termes, à la p. 609 :

[TRADUCTION] . . . [L]es mots « a le droit de recouvrer » ne signifient pas que cette question doit avoir été tranchée au préalable par une cour de justice, mais plutôt, tout simplement, que la personne assurée doit établir que le propriétaire ou le conducteur non assuré ou non identifié a commis une faute et prouver le montant des dommages.

23

The Ontario Court of Appeal again considered the phrase, and the conclusion of Morden J.A., in *Chambo, supra*. In *Chambo*, an action was brought by the insurer against the uninsured tortfeasor within the limitation period. A second action was then brought by the insured against the insurer and the tortfeasor together four days after the limitation had expired against the tortfeasor. The insurer asserted, in defence of the latter action, the same position that was rejected in *Johnson*, namely, that failure to timely pursue the tortfeasor resulted in the insured no longer being “legally entitled to recover” damages, and thus without remedy against the insurer as well. Osborne J.A. said (at p. 312):

La Cour d'appel de l'Ontario s'est de nouveau penchée sur cette expression et sur la conclusion tirée par le juge Morden, dans *Chambo*, précité. Dans cette affaire, l'assureur avait intenté une action contre l'auteur non assuré du délit dans le délai prescrit. L'assuré a ensuite introduit une deuxième action à la fois contre l'assureur et contre l'auteur du délit quatre jours après l'expiration du délai de prescription contre l'auteur du délit. L'assureur a fait valoir en défense à cette dernière action la même argumentation que celle qui avait été rejetée dans *Johnson*, soit qu'à défaut d'avoir poursuivi l'auteur du délit dans le délai imparti, l'assuré n'avait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et que, par conséquent, il se trouvait également sans recours contre l'assureur. Le juge Osborne a dit (à la p. 312) :

It seems to me that in *Johnson v. Wunderlich*, Morden J.A. stated in unambiguous terms that in a direct action against the insurer, the words “legally entitled to recover damages”, in the context of the uninsured motorist coverage, require the insured person to establish only that the uninsured motorist is at fault and the amount of the insured person’s damages.

Since the limitation period against the insurer directly had not expired, the action was permitted to proceed. The fact that the tortfeasor could not be pursued directly by the plaintiff owing to the operation of limitation periods was irrelevant to the availability of the direct action against the insurer.

I do not agree with my colleague Binnie J.’s view that *Chambo* constituted a “considerable and unjustified extension” (para. 128) of *Johnson*. Morden J.A. was very clear in *Johnson* that there might be situations in which the subrogated claim was lost, as I discuss below. While he expressed concern about this possibility, he concluded — rightly, in my view — that the contract required this and that it was not his place to rewrite it. The reduction of the insured’s obligation to a mere showing that she was “legally entitled to recover”, and the availability of the direct action under s. 4(1)(c) of Regulation 535, by design, result in a truncation of the process of proving a claim against the tortfeasor. There would be no practical purpose in having a direct action at all, otherwise, because an actual judicial determination of fault and damages and a corresponding award would then be the *de facto* requirement for recovery. *Chambo*, like *Johnson*, simply recognizes the trade-offs inherent in the relationship created by the SEF 44.

In short, the law in Ontario is already clear to the extent that limitation periods are the barrier standing in the insured’s way of actually exercising a legal right to recover from the tortfeasor, but are not a barrier that prevents the insured from exercising a legal

[TRADUCTION] Il me semble que dans *Johnson c. Wunderlich*, le juge Morden a dit en termes non équivoques que dans une action directe contre l’assureur, les mots « a le droit de recouvrer des dommages-intérêts », dans le contexte d’une garantie non-assurance des tiers, exigent que l’assuré établisse seulement la faute de l’automobiliste non assuré et le montant des dommages subis par l’assuré.

Comme le délai de prescription de l’action directe contre l’assureur n’était pas expiré, l’action a pu se poursuivre. Le fait que le demandeur ne pouvait pas poursuivre directement l’auteur du délit en raison de l’expiration du délai de prescription n’était pas pertinent quant à son droit d’intenter l’action directe contre l’assureur.

Je ne suis pas d’accord avec mon collègue le juge Binnie lorsqu’il dit que l’interprétation donnée dans *Chambo* « étend considérablement et de façon injustifiée » (par. 128) la portée de la décision *Johnson*. Le juge Morden a dit très clairement dans l’arrêt *Johnson* qu’il pouvait survenir des situations où le droit de recours par subrogation est perdu, comme je l’expliquerai plus loin. Tout en exprimant une certaine appréhension au sujet de cette possibilité, il a conclu, à bon droit selon moi, que tel était l’effet du contrat et qu’il ne lui appartenait pas de le reformuler. La réduction de l’obligation de l’assuré à la seule preuve qu’il avait « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et la possibilité d’intenter une action directe en vertu de l’al. 4(1)c) du Règlement 535, en soi, ont pour effet de tronquer le processus de la preuve du bien-fondé d’un recours contre l’auteur du délit. Autrement, la possibilité d’intenter une action directe ne serait d’aucune utilité, car il faudrait obtenir *de facto* une décision judiciaire quant à la faute et aux dommages ainsi que l’octroi de dommages-intérêts correspondants avant de pouvoir obtenir une indemnité. L’arrêt *Chambo*, à l’instar de l’arrêt *Johnson*, reconnaît simplement les concessions mutuelles inhérentes à la relation créée par l’avenant SEF 44.

En résumé, il est clair que, selon le droit applicable en Ontario, les délais de prescription empêchent l’assuré d’exercer un droit légal d’obtenir compensation de l’auteur du délit, mais n’empêchent pas l’assuré d’exercer un droit légal contre son assureur

right against his or her insurer under an endorsement such as SEF 44. The novel question here is whether we should regard agreements of the type entered into in this case as barring the insured from recovery from the insurer. The parties have stipulated that the agreement in this case is not of the same type as in *Burns, supra*. That is, whereas in *Burns* the insured was found only to have released the tortfeasor from any action to collect the portion of damages he had already paid out by agreement, in this case we must suppose that the Limits Agreement commits the insured to refrain from any further legal action arising from this accident against the tortfeasor.

(b) The Relevant Time of the Inquiry

26

The interpretation put on the words, “legally entitled to recover”, by the Ontario Court of Appeal appears to suggest that, because only fault and damages need be proven, the phrase only encompasses substantive tort law. On this approach, limitation periods and potentially the Limits Agreement, are excluded simply because the phrase intends to refer only to the substantive law of tort, not procedural laws, waivers, and whatever other specific rules, laws or contracts interfere with the actual pursuit of the tortfeasor. However, this view is seemingly incompatible with comments such as those of Charron J.A. in the present case, which indicate that “all applicable laws” govern the plaintiff’s legal entitlement to recover damages under the SEF 44.

27

In my view, these comments get to the underlying truth of the matter. The real question is not *which* laws are applicable, as a matter of principle, in the determination of legal entitlement to recover damages. All laws in force that are relevant to the legal entitlement must be considered in order to determine whether the entitlement exists. The question is, rather, to what point in time we ought to look in

en vertu d’un avenant comme l’avenant SEF 44. La question inédite qui se pose en l’occurrence est de savoir si nous devrions considérer les conventions telle celle conclue en l’espèce comme empêchant l’assuré de se faire indemniser par l’assureur. Les parties ont stipulé que la convention en l’espèce n’est pas du même type que celle en cause dans *Burns, précité*. En d’autres termes, dans l’affaire *Burns*, l’assuré n’avait reconnu l’auteur du délit quitte qu’à l’égard de toute action visant à recouvrer la partie des dommages-intérêts déjà payés en vertu de la convention, alors qu’en l’espèce, force nous est de supposer que, dans la convention de limitation, l’assuré s’engage à s’abstenir de prendre, contre l’auteur du délit, toute autre mesure juridique découlant de l’accident.

b) Le moment pertinent de l’examen

L’interprétation donnée par la Cour d’appel de l’Ontario des mots « a le droit de recouvrer » laisse croire que cette expression n’englobe que le droit substantiel en matière délictuelle, étant donné que la preuve requise se limite à la faute et aux dommages. Selon cette approche, les délais de prescription et, potentiellement, la convention de limitation sont exclus simplement parce que cette expression est censée renvoyer uniquement au droit substantiel de la responsabilité délictuelle et non aux règles de nature procédurale, renonciations et autres règles, lois ou conventions particulières quelconques qui entravent la poursuite effective de l’auteur du délit. Ce point de vue semble toutefois incompatible avec des commentaires comme ceux que le juge Charron a formulés en l’espèce, selon lesquels [TRADUCTION] « toutes les règles de droit applicables » régissent le droit du demandeur de recouvrer des dommages-intérêts en vertu de l’avenant SEF 44.

À mon avis, ces commentaires touchent le nœud de l’affaire. La véritable question n’est pas de savoir *quelles* règles de droit sont applicables, en principe, pour déterminer si l’assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. La question de l’existence d’un droit de recouvrement doit être tranchée en tenant compte de toutes les règles de droit pertinentes en vigueur. Il faut plutôt déterminer à quel

order to make the determination. A consideration of which particular laws and obligations are in force at the relevant time will determine whether or not the plaintiff was, at the relevant time, legally entitled to recover in light of all applicable law.

Clause 2 of the SEF 44 Endorsement states that “the Insurer shall indemnify [the insured] for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover” from the inadequately insured tortfeasor. My colleague Binnie J. stresses the present tense use in “is legally entitled to recover” and says that if there is in the present no liability on the part of the alleged tortfeasor, the insurer was not obliged to make payment. I disagree that the present tense is of such significance. The section cannot require the judge to make a moment-by-moment determination of legal entitlement. Whether he looks to the time the claim is made, the time the action is brought, or the time of the accident, the determination of legal entitlement is a retrospective exercise.

Thus, it must be decided at which point in the past the inquiry must be conducted on the best reading of the contract. The language of clause 2, in my view, clearly makes the time at which the insurer becomes subject to making the indemnity payment contemporaneous with the time at which the insured must be legally entitled to recover. Whenever the insurer, under the contract, “shall indemnify”, i.e., whenever the insurer’s obligation comes into being, whatever legal entitlement there “is” at that time is the amount that the insurer must pay by way of indemnification.

The question, therefore, is when the obligation to indemnify comes into being. In my view, the answer must be that the insurer becomes obliged to make the payment the moment the claim of the insured against the tortfeasor comes into being, that is, at the time of the accident. At that moment, all of the conditions set out in the SEF 44 will be satisfied; death or bodily injury has occurred, negligently caused by an inadequately insured motorist. In other words,

moment se reporter pour tirer une conclusion à cet égard. L’examen de toutes les lois et obligations existantes à l’époque pertinente permettra de déterminer si oui ou non, à cette époque, la demanderesse avait le droit de recouvrer des dommages-intérêts au regard de toutes les règles de droit applicables.

La clause 2 de l’avenant SEF 44 stipule que [TRADUCTION] « l’Assureur indemnifiera [l’assuré] du montant que ce dernier a le droit de recouvrer » de l’auteur du délit sous assuré. Mon collègue le juge Binnie met l’accent sur l’emploi du présent de l’indicatif dans l’expression « a le droit de recouvrer » et affirme que si l’auteur du délit est maintenant dégagé de toute responsabilité, l’assureur n’était pas tenu de payer l’indemnité. Je ne crois pas que le présent de l’indicatif ait une telle importance. Cette disposition ne peut obliger le juge à vérifier ponctuellement si l’assuré a, à un moment précis, le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Qu’il se reporte au moment de la demande d’indemnité, de l’introduction de l’action ou de l’accident, l’analyse de la question de savoir s’il existe un droit de recouvrement demeure un exercice rétrospectif.

Il faut donc décider à quel moment dans le passé il faut se reporter pour trancher cette question selon l’interprétation juste du contrat. À mon avis, il ressort clairement du libellé de la clause 2 que le moment où l’assureur devient assujéti à l’obligation de verser l’indemnité coïncide avec celui où l’assuré doit avoir le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Dans les situations où le contrat prévoit que l’assureur [TRADUCTION] « indemnifiera » l’assuré, c.-à-d. chaque fois que naît l’obligation de l’assureur, le montant que l’assuré « a » le droit de recouvrer à ce moment est celui que l’assureur doit lui verser à titre d’indemnité.

La question est donc de savoir à quel moment naît l’obligation d’indemniser l’assuré. À mon avis, il faut y répondre que l’assureur devient obligé d’effectuer le paiement dès que le droit de recours de l’assuré contre l’auteur du délit prend naissance, c’est-à-dire, au moment de l’accident. À ce moment, toutes les conditions prévues dans l’avenant SEF 44 sont réunies; il y a eu décès ou lésions corporelles, causés par la négligence d’un automobiliste sous

28

29

30

all of the conditions necessary to make out a claim in tort against the inadequately insured driver come into being at the moment of the accident. The SEF 44 means to compensate the insured for the existence of such a claim against an inadequately insured driver. The obligation of the insurer, therefore, comes into being at the same time as the obligation of the tortfeasor to pay damages.

assuré. En d'autres termes, toutes les conditions nécessaires pour qu'une demande fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle puisse être formulée contre l'automobiliste sous assuré prennent naissance au moment de l'accident. L'avenant SEF 44 vise à indemniser l'assuré qui possède un tel droit de recours contre un conducteur sous assuré. Par conséquent, l'obligation de l'assureur prend naissance en même temps que l'obligation de l'auteur du délit de payer des dommages-intérêts.

31

I cannot, with respect, agree with my colleague's view that the contract's "plain language" shows that we must look to the time of the claim. The "legal entitlement" referred to in clause 2 does not, as my colleague suggests, refer only to the quantum of damages, but also to the question of the inadequately insured motorist's fault. The assessment of fault, in my view, must focus on the time of the accident; there is no other time period that will assist in that determination. The right to the damages suffered crystallizes at the same time. I am also of the view that the explicit reference to the time of the claim in clause 9, stating that the insurer's subrogation rights arise upon a claim being made, does not undergird the selection of that as the relevant time for determining legal entitlement under clause 2. Rather, by resort to the interpretive principle *expressio unius est exclusio alterius*, I regard that reference as supporting the view that the time of the claim was never intended to be relevant to the determination required by clause 2.

Avec égards, je ne puis dire comme mon collègue que le « sens ordinaire » du contrat laisse entendre que nous devons nous reporter au moment où une demande d'indemnité est présentée. Le « droit de recouvrer » mentionné à la clause 2 ne vise pas uniquement, comme mon collègue le suggère, le quantum des dommages, mais aussi la question de la faute de l'automobiliste sous assuré. L'appréciation de la faute doit, selon moi, être centrée sur le moment de l'accident; aucune autre période ne peut aider à trancher cette question. Le droit d'être indemnisé pour les dommages subis se cristallise au même moment. J'estime aussi que le renvoi explicite au moment de la demande d'indemnité dans la clause 9, selon laquelle les droits de subrogation de l'assureur prennent naissance sur présentation de la demande d'indemnité, n'appuie pas la décision de le retenir comme moment pertinent pour évaluer le droit de recouvrement mentionné dans la clause 2. En recourant au principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius* (la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre), je suis plutôt d'avis que ce renvoi appuie le point de vue voulant qu'il n'ait jamais été dans l'intention des parties que le moment de la demande d'indemnité soit pertinent pour déterminer si les conditions fixées par la clause 2 sont réunies.

32

When the relevant time for the determination of legal entitlement is regarded as the time of the accident, it is then true not as a matter of principle but as a proposition that will rarely, if ever, be false, that the insured will need to prove only the fault of the inadequately insured motorist, and the extent of the damages, in order to recover in a direct action against his SEF 44 insurer. In almost every case, the only relevant questions governing legal entitlement

Si l'on évalue le droit de recouvrement en se reportant au moment de l'accident, il s'avérera, non pas en principe, mais parce que cette hypothèse ne sera que rarement, voire jamais fautive, que l'assuré n'est tenu de prouver que la faute de l'automobiliste sous assuré et l'étendue des dommages pour obtenir une indemnité en vertu de l'avenant SEF 44 au moyen d'une action directe contre son assureur. Dans presque tous les cas, les seules questions

to recover at the immediate time of the accident will only be questions of substantive tort law, that is, of fault and quantum of damages. It is clear, for example, that limitation periods will not block an action against the insurer, as the Court of Appeal concluded in *Johnson, supra*, and confirmed in *Chambo, supra*, since the window in which an action can be brought against the tortfeasor can never end prior to the time of the accident itself.

I must, then, reject the view very briefly expressed in the case of *Nielsen, supra*, that a release of the tortfeasor in exchange for his small insurance limit eliminated any excess the insured was “legally entitled to recover” under the SEF 44. Similarly, I cannot agree with the conclusion in *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (B.C.C.A.). In my view, leaving aside the differences between the different provinces’ standard forms, the determination in each case does not examine in adequate depth the mutual obligations created by the SEF 44. Without expressing any opinion as to its correctness, I would also distinguish the case of *Fogarty, supra*. That case involved a claim under the SEF 42 where a judgment had already been issued as between the insured and the tortfeasor, finding that the tortfeasor was not liable. I agree with the Court of Appeal that, since the Alberta SEF 42 does not provide for judicial determination of liability and quantum of damages, the nature of the “legally entitled to recover” requirement was not dealt with in *Fogarty* in a way relevant to this context.

(c) The American Cases and the SEF 44

I am bolstered in my approach to the language “legally entitled to recover” by the somewhat longer history of interpretation of this phrase in various United States uninsured and underinsured motorist

pertinentes régissant le droit de recouvrement au moment même de l’accident se limiteront à des questions de droit substantiel en matière délictuelle, c.-à-d. relatives à la faute et au quantum des dommages. Il est donc clair, par exemple, qu’aucun délai de prescription n’empêchera l’introduction d’une action contre l’assureur, comme la Cour d’appel l’a conclu dans l’arrêt *Johnson*, précité, et confirmé dans *Chambo*, précité, puisque la période au cours de laquelle une action peut être formée contre l’auteur du délit ne peut jamais se terminer avant le moment même de l’accident.

Je dois par conséquent rejeter le point de vue exprimé très sommairement dans l’arrêt *Nielsen*, précité, selon lequel une quittance donnée à l’auteur du délit en contrepartie de sa garantie d’assurance peu élevée a exclu tout excédent que l’assuré avait « le droit de recouvrer » en vertu de l’avenant SEF 44. De même, je ne puis souscrire à la conclusion tirée dans *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.). À mon avis, indépendamment des différences entre les formules types en vigueur dans chaque province, la décision rendue dans chacun de ces arrêts n’analyse pas de façon assez approfondie les obligations mutuelles créées par l’avenant SEF 44. Sans me prononcer sur son bien-fondé, je ferais aussi une distinction avec la décision *Fogarty*, précitée, portant sur une demande d’indemnité présentée en vertu de l’avenant SEF 42 après qu’un tribunal eut conclu à l’absence de responsabilité de l’auteur du délit dans une action entre celui-ci et l’assuré. Je pense comme la Cour d’appel que, puisque l’avenant SEF 42 de l’Alberta ne prévoit pas d’examen judiciaire de la responsabilité et du quantum des dommages, l’arrêt *Fogarty* ne comporte pas d’analyse pertinente de la nature de la condition portant que l’assuré doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts.

c) La jurisprudence américaine et l’avenant SEF 44

Je suis conforté dans mon interprétation des mots « a le droit de recouvrer » par l’historique passablement plus long de l’interprétation de ces mots figurant dans diverses polices américaines stipulant une

33

34

coverage policies. The requirement that an insured be “legally entitled to recover” from a tortfeasor in order to access underinsured or uninsured motorist coverage dates back to a standard endorsement promulgated in 1956 by the National Bureau of Casualty Underwriters. See D. E. Ytreberg, “Insured’s Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits”, 73 A.L.R. 3d 632 (1976), at § 1[a]. In the roughly 25 years between this 1956 model endorsement and its subsequent adoption, with varying details, by most U.S. states, and the 1980 appearance of the SEF 42 in Ontario, a large number of American courts had occasion to consider the relevant language. It seems to me that, given the adoption of the very language used in most American policies, it is illuminative of the intent of the drafters of the SEF 42 and 44 to consider the interpretation that had previously been placed on the phrase of art, “legally entitled to recover”.

garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. L’obligation imposée à l’assuré d’avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l’auteur du délit pour bénéficier de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers remonte à la mise en vigueur d’un avenant type par le National Bureau of Casualty Underwriters en 1956. Voir D. E. Ytreberg, « Insured’s Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits », 73 A.L.R. 3d 632 (1976), § 1[a]. Au cours des quelque 25 années qui se sont écoulées entre le moment où cet avenant type a été mis en vigueur en 1956 — et adopté par la suite dans la plupart des États américains, avec diverses variantes — et l’apparition en 1980 de l’avenant SEF 42 en Ontario, un grand nombre de tribunaux américains ont eu l’occasion de se pencher sur le libellé pertinent. Étant donné l’adoption du libellé même qui est utilisé dans la plupart des polices américaines, il me semble qu’un regard sur l’interprétation qui a déjà été attribuée à l’expression consacrée « a le droit de recouvrer » peut nous éclairer quant à l’intention des rédacteurs des avenants SEF 42 et 44.

35

While the various U.S. states are not completely unanimous in finding that only fault and damages need be proven by the insured in order to show legal entitlement to recover, this has been the finding of the clear majority of state courts to have considered the issue. See, e.g., *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Griffin*, 286 So.2d 302 (Ala. Civ. App. 1973); *Rhault v. Tsagarakos*, 361 F. Supp. 202 (D. Vt. 1973); *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (N.Y. 1966); *Wheless v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (N.C. Ct. App. 1971); see generally Ytreberg, *supra*, at § 8[b]. Furthermore, in many of the states that have departed from this view, the uninsured motorist statute explicitly required judgment to be obtained against the tortfeasor prior to any action being brought against the insurer. See, e.g., *Glover v. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (Tenn. 1971); *Conteh v. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (D.C. 2001); see generally Ytreberg, *supra*, at § 9. Surely the drafters of the SEF 44 were well aware of the prior, generally accepted meaning of this phrase, and would have taken pains to alter it if they meant to require

Même si les divers États américains ne concluent pas de façon absolument unanime qu’il suffit que l’assuré prouve la faute et les dommages pour établir son droit de recouvrement, c’est la conclusion à laquelle sont parvenus la majorité des tribunaux des États qui ont examiné cette question. Voir par exemple *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Griffin*, 286 So.2d 302 (Ala. Civ. App. 1973); *Rhault c. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (D. Vt. 1973); *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (N.Y. 1966); *Wheless c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (N.C. Ct. App. 1971); voir de façon plus générale Ytreberg, *loc. cit.*, § 8[b]. De plus, dans plusieurs des États qui se sont écartés de ce point de vue, la législation relative aux automobilistes non assurés exigeait explicitement l’obtention d’un jugement contre l’auteur du délit avant qu’une action puisse être engagée contre l’assureur. Voir par exemple *Glover c. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (Tenn. 1971); *Conteh c. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (D.C. 2001); voir de façon plus générale Ytreberg, *loc. cit.*, § 9. Les rédacteurs de l’avenant SEF 44 connaissaient

that more than the substantive elements of fault and damages be proved.

I note, in particular, that the courts in *DeLuca*, *supra*, and *Wheeless*, *supra*, looked explicitly to the relevant point in time in order to determine what was necessary to be made out in order to ground a direct action against the insurer. In *Wheeless*, the court noted that “[s]uit may be instituted when the insurer becomes obligated to pay. An insurer becomes obligated to pay under an uninsured motorist clause of a policy at the time the insured sustains damages under circumstances entitling him to recover from the owner or operator of an uninsured automobile” (pp. 146-47). In *DeLuca*, the court also looked to the point in time at which the insurer became obliged to pay, although it is notable that the New York regime in place explicitly provided that the obligation came into being at the moment a claim was filed, rather than the moment of the accident.

In any event, the drafters of the SEF 44 could not but have been aware of the prevalent interpretation of “legally entitled to recover” as requiring only a showing of (i) fault, and (ii) damages, whether on the basis which I believe to be correct — that the agreement looks to the time of the accident to make this determination — or as a matter of policy only.

(d) Other Matters

Before concluding, I would note two further divergences between the approach of Binnie J. and myself.

First, my colleague states that the benefits and sums received in respect of the accident that are excluded and thus deducted from the indemnity payment owed by the insurer pursuant to clause

certainement le sens antérieur généralement accepté de cette expression et ils se seraient empressés de le modifier s’ils avaient voulu imposer aux assurés un fardeau de preuve qui aille au-delà des éléments substantiels de la faute et des dommages.

Je note en particulier que, dans les affaires *DeLuca* et *Wheeless*, précitées, les tribunaux se sont penchés expressément sur le moment pertinent à retenir aux fins de déterminer les éléments à établir pour fonder une action directe contre l’assureur. Dans *Wheeless*, la cour a noté que [TRADUCTION] « [d]es poursuites peuvent être engagées lorsque l’assureur devient tenu de payer. Un assureur devient tenu de payer par application d’une clause de garantie non-assurance des tiers d’une police au moment où l’assuré subit des dommages dans des circonstances qui l’habilitent à recouvrer des dommages-intérêts du propriétaire ou du conducteur d’une automobile non assurée » (p. 146-147). Dans la décision *DeLuca* aussi, la cour s’est prononcée sur le moment à partir duquel l’assureur est tenu de payer, même si, fait à signaler, le régime en vigueur dans l’État de New York prévoyait expressément que cette obligation prenait naissance au moment du dépôt d’une demande d’indemnité, plutôt qu’au moment de l’accident.

Quoi qu’il en soit, les rédacteurs de l’avenant SEF 44 savaient assurément que, selon son interprétation la plus courante, l’expression « a le droit de recouvrer » des dommages-intérêts exigeait seulement que soient établis (i) la faute et (ii) les dommages, que ce soit en raison d’un motif que je juge valable — à savoir que la convention prévoit qu’il faut faire cette constatation en se reportant au moment de l’accident — ou simplement pour une question de principe.

d) Autres questions

Avant de conclure, j’aimerais noter deux autres divergences entre l’approche du juge Binnie et la mienne.

En premier lieu, mon collègue dit que les prestations et les sommes reçues à l’égard de l’accident qui sont exclues et, par conséquent, déduites du paiement de l’indemnité due par l’assureur aux

36

37

38

39

4(b) of the SEF 44 do not include potential recovery against the tortfeasor. While it is true that there is no pro rata amount deductible for potential recovery, I think it is important to note that clause 4(b) deducts, of course, “any amount actually recovered by the eligible claimant from any source”, in addition to the amounts the claimant can recover from the enumerated sources. Thus, the insurer need not pay the amount the plaintiffs actually recovered from Friedman. It is only when the insured recovers nothing on her own that it becomes relevant that no deduction (or addition) will be made for potential, future recovery. But that is clear enough from the existence of the subrogation clauses.

termes de la clause 4b) de l’avenant SEF 44, n’incluent pas le montant potentiel qui pourrait être recouvré de l’auteur du délit. Même s’il est vrai qu’il n’y a pas de montant proportionnel déductible au titre du montant potentiel qui pourrait être recouvré, je crois qu’il est important de noter que la clause 4b) stipule qu’il faut déduire, bien sûr, [TRADUCTION] « le montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source », en plus des sommes que le demandeur peut recouvrer des sources énumérées. Ainsi, l’assureur n’est pas tenu de payer la somme que les demandresses ont effectivement recouvrée de M. Friedman. Ce n’est que dans le cas où l’assuré ne recouvre rien par lui-même que le fait qu’il n’y aura aucune défalcation (ni aucun ajout) à l’égard du montant potentiel qu’il pourrait recouvrer à l’avenir devient pertinent. Mais cela ressort déjà de façon suffisamment claire de l’existence des clauses de subrogation.

40

Second, and with great respect for my colleague, I do not think that the question whether the insured notified the insurer of the accident promptly, as required by clause 6 of the SEF 44, has any bearing upon this appeal. No finding of fact was made on this point in the courts below. Neither party brought this to the attention of the Court in the record supplied. I do not think an assumption of fact ought to be made without the opportunity for the parties to present evidence and argue the point. In my respectful view, nothing within the corners of this appeal turns on the promptness of notification.

En deuxième lieu et en toute déférence pour mon collègue, je ne crois pas que la question de savoir si l’assuré a informé promptement l’assureur de l’accident, comme l’exige la clause 6 de l’avenant SEF 44, ait quelque incidence sur le présent pourvoi. Aucune conclusion de fait n’a été tirée à cet égard par les juridictions inférieures. Aucune partie n’a porté ce point à l’attention de notre Cour dans le dossier produit. Je ne pense pas qu’il y ait lieu de tenir un fait pour acquis sans donner aux parties l’occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments sur la question. À mon humble avis, aucun élément du présent pourvoi ne dépend de la promptitude avec laquelle l’assureur a été informé.

(e) Conclusion

e) Conclusion

41

In this case, the Limits Agreement, like a limitation period, does not block the action. This agreement had no bearing at all on the right of the insured against the tortfeasor at the time of the accident; it did not exist at the time of the accident. It may be useful as evidence, in the plaintiffs’ favour, of the fault of the tortfeasor, as an admission of fault was part of the agreement reached. But the promise by the plaintiffs not to pursue Friedman beyond his policy limits does not have any other bearing on any question of the legal entitlement that existed

En l’espèce, la convention de limitation, à l’instar d’un délai de prescription, ne fait pas obstacle à l’introduction de l’action. Cette convention n’a absolument aucune incidence sur le droit que possédait l’assuré contre l’auteur du délit au moment de l’accident, car elle n’existait pas au moment de l’accident. Elle peut s’avérer utile aux demandresses comme élément de preuve de la faute de l’auteur du délit, puisqu’elle prévoit un aveu de responsabilité. Néanmoins, la promesse des demandresses de ne pas réclamer en justice à M. Friedman un montant

on January 29, 1989, when Friedman struck the Somersalls' automobile with his own. It only renders the plaintiffs unable to further pursue their legal rights against Friedman in the courts.

This rationale and result sit comfortably with both the policy purpose and the contractual nature of underinsured and uninsured motorist coverage. The plaintiffs in this appeal are precisely within the zone which SEF 44 coverage is designed to patch over within the Ontario system of mandatory insurance. They were injured by a motorist whose insurance simply could not meet the cost of their injuries. They paid their insurer each month in order to be assured of full compensation should such an event occur. They received a small payment from Friedman and sought the remainder from their insurance policy. In my view, the terms of this policy and public policy alike support their claim.

C. *Subrogation Rights*

The insurer briefly argues, in the alternative, that the plaintiffs have interfered with the insurer's rights of subrogation to such an extent as to deprive the insurer of a right it acquired in the contract. The insurer says that this amounts to a breach of contract, and that the Somersalls, being the "at-fault" parties in the breach, ought not to be permitted to insist on compliance from the innocent party. My colleague Binnie J. regards this as the determinative issue in this appeal. Although it was not argued as fully as might be desired, it is an important one and is worth the time of the Court to settle. I now turn to consider the rights of subrogation set out in the SEF 44 Endorsement and whether the plaintiffs have indeed breached the contract by entering the Limits Agreement.

excédant sa garantie d'assurance n'a aucun autre effet sur quelque question que ce soit concernant le droit de recouvrement qui existait le 29 janvier 1989, lorsque l'automobile de M. Friedman est entrée en collision avec celle des Somersall. Elle empêche seulement les demanderesse de faire valoir plus amplement leurs droits contre M. Friedman devant les tribunaux.

Ce raisonnement et son résultat sont compatibles avec l'objectif de politique générale et la nature contractuelle de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. Les demanderesse en l'espèce se trouvent précisément dans la situation à laquelle la garantie de l'avenant SEF 44 est censée remédier au sein du système ontarien d'assurance automobile obligatoire. Elles ont été blessées par un automobiliste dont l'assurance ne suffisait tout simplement pas à couvrir le coût des lésions corporelles qu'elles ont subies. Elles ont payé chaque mois une prime à leur assureur pour s'assurer d'être indemnisées complètement si un tel sinistre survénait. Elles ont reçu un paiement modique de la part de M. Friedman et elles ont demandé le solde en application de leur police d'assurance. À mon avis, les termes de cette police et des considérations de principe appuient leur demande.

C. *Les droits de subrogation*

L'assureur soutient brièvement, de manière subsidiaire, que les demanderesse ont contrecarré les droits de subrogation de l'assureur au point de le priver d'un droit que le contrat lui avait conféré. L'assureur dit qu'il s'agit là d'une rupture de contrat et que les Somersall, parce qu'elles sont les parties responsables de cette rupture, ne devraient pas être autorisées à exiger que la partie innocente s'acquitte de son obligation. Mon collègue le juge Binnie estime qu'il s'agit là de la question déterminante dans le présent pourvoi. Même si ce point n'a pas été débattu de façon aussi approfondie qu'il aurait été souhaitable qu'il le soit, il s'agit d'un point important qui mérite l'attention de notre Cour. J'examinerai maintenant les droits de subrogation énoncés dans l'avenant SEF 44 et la question de savoir si les demanderesse ont effectivement manqué à leurs obligations contractuelles en signant la convention de limitation.

42

43

44

The SEF 44 sets out the obligations of the insured with respect to subrogation at clauses 9 and 10. These clauses read:

9. SUBROGATION

Where a claim is made under this endorsement, the Insurer is subrogated to the rights of the eligible claimant by whom a claim is made, and may maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist and the persons referred to in paragraph 4(b).

10. ASSIGNMENT OF RIGHTS OF ACTION

Where a payment is made under this endorsement, the Insurer is entitled to receive from the eligible claimant, in consideration thereof, an assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not, and the eligible claimant undertakes to cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way, in the pursuit of any subrogated action or any right of action so assigned.

45

In order to discern whether or not the appellant has a right with which the respondents have interfered by signing the Limits Agreement, there are, in my view, four major points to keep in mind. First, we must of course consider the plain language of the contract. Second, and in relation to the first step, we must consider the special principles of interpretation and the general principles of law applicable to insurance contracts. Third, we must have regard to the views of other courts, in particular with an eye to maintaining a consistency of approach in the law. Finally, in an insurance contract like this one, promulgated by the public regulators at the Insurance Commission, we must pay heed to the wisdom of the policy that will result from whatever interpretation of the subrogation clauses is adopted.

(a) Applicable Principles of Insurance Law

46

Although the language of a contract is always the first and most important matter to be examined in interpreting its terms, I prefer to preface this by recalling the applicable principles of insurance law, both interpretive and substantive.

Les clauses 9 et 10 de l'avenant SEF 44 énoncent les obligations qui incombent à l'assuré en ce qui concerne la subrogation. Les voici :

[TRADUCTION]

9. SUBROGATION

Sur présentation d'une demande d'indemnité en vertu du présent avenant, l'Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l'auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l'automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l'alinéa 4b).

10. CESSION DES DROITS D'ACTION

Sur paiement d'une indemnité en application du présent avenant, l'Assureur a le droit d'obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s'engage à coopérer avec l'Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d'action ainsi cédé.

Pour déterminer si l'appelante a un droit auquel les intimées ont porté atteinte en signant la convention de limitation, il faut selon moi tenir compte de quatre éléments majeurs. Premièrement, nous devons bien sûr examiner le sens ordinaire du contrat. Deuxièmement, par rapport à la première étape, nous devons examiner les principes d'interprétation spéciaux et les principes de droit généraux applicables aux contrats d'assurance. Troisièmement, il nous faut tenir compte des points de vue retenus par d'autres tribunaux, en nous souciant plus particulièrement d'assurer la cohérence du raisonnement juridique. Quatrièmement, dans un contrat d'assurance comme celui qui nous est soumis, promulgué par les responsables de la réglementation à la Commission des assurances, nous devons nous préoccuper de la sagesse de la politique qui découlera de l'interprétation attribuée aux clauses de subrogation.

a) Les principes du droit des assurances applicables

Même si le libellé d'un contrat est toujours le premier élément à considérer et celui qui revêt le plus d'importance pour en interpréter les stipulations, je préfère commencer par rappeler les principes d'interprétation et de droit substantiel applicables en matière d'assurances.

The applicable principle of interpretation is that we interpret insurance contracts *contra proferentem*, or in favour of the insured. In *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24, at para. 70, in comments reaffirmed in *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72, the Court said:

Since insurance contracts are essentially adhesionary, the standard practice is to construe ambiguities against the insurer. . . . A corollary of this principle is that "coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly". . . . Therefore one must always be alert to the unequal bargaining power at work in insurance contracts, and interpret such policies accordingly.

See also *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.). There is little doubt that this is an adhesionary contract. The insurance industry was intimately involved in the development of the SEF 42 and subsequently the SEF 44, while the insured was simply presented with the standard endorsement on a "take it or leave it" basis.

Therefore, if we find that there is any ambiguity in the subrogation clauses as to whether or not the insurer has a right that the Limits Agreement could have interfered with, such an ambiguity must be resolved in favour of the insured. In other words, only a clear and unambiguous obligation upon the insured to maintain a claim in tort and not waive it in exchange for a payment, can, in my view, support an interpretation favourable to the appellant.

In addition to this principle of interpretation, there are a number of relevant substantive principles.

First, it is important to keep in mind the underlying objectives of the doctrine of subrogation which are to ensure (i) that the insured receives no more and no less than a full indemnity, and (ii) that the loss falls on the person who is legally responsible for causing it: see *Birds' Modern Insurance Law* (5th ed. 2001), at pp. 289-90; R. H. Jerry, *Understanding Insurance Law* (2nd ed. 1996), at p. 602. The

Le principe d'interprétation applicable est celui qui commande que les contrats d'assurance soient interprétés *contra proferentem*, ou en faveur de l'accusé. Notre Cour a formulé les remarques suivantes dans *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24, par. 70, et les a reprises dans *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72 :

Comme le contrat d'assurance est essentiellement un contrat d'adhésion, il est courant d'interpréter les ambiguïtés contre l'assureur [. . .] Le corollaire de ce principe est que « les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive » [. . .] Il faut donc toujours être vigilant face au déséquilibre du rapport de force entre les parties à un contrat d'assurance et en interpréter les clauses en conséquence.

Voir également *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.). On ne saurait douter qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. L'industrie des assurances a été mêlée étroitement à la rédaction de l'avenant SEF 42, puis de l'avenant SEF 44, tandis que l'assuré a simplement reçu une proposition d'avenant « à prendre ou à laisser ».

Par conséquent, si nous décelons une ambiguïté dans les clauses de subrogation quant à savoir si l'assureur a un droit que la convention de limitation pourrait avoir contrecarré, cette ambiguïté doit être résolue en faveur de l'assuré. En d'autres termes, seule une obligation claire et non ambiguë imposée à l'assuré de préserver son droit de recours délictuel et de s'abstenir d'y renoncer en contrepartie d'un paiement peut, à mon avis, étayer une interprétation qui serait favorable à l'appelante.

Outre ce principe d'interprétation, plusieurs principes de droit substantiel sont pertinents.

Premièrement, il importe de garder à l'esprit les objectifs sur lesquels repose la théorie de la subrogation et qui consistent à garantir (i) que l'assuré ne recevra ni plus ni moins qu'une indemnisation complète et (ii) que c'est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera : voir *Birds' Modern Insurance Law* (5^e éd. 2001), p. 289-290; R. H. Jerry, *Understanding Insurance*

47

48

49

50

doctrine of subrogation operates to ensure that the insured received only a just indemnity and does not profit from the insurance: see *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), at pp. 386-87; *A.F.G. Insurances Ltd. v. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655 (H.C. Aus.); C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 13-1; E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993), at p. 494; *MacGillivray on Insurance Law* (9th ed. 1997), at p. 531. Consequently, if there is no danger of the insured's being overcompensated and the tortfeasor has exhausted his or her capacity to compensate the insured there is no reason to invoke subrogation. Similarly, if the insured enters into a limits agreement or otherwise abandons his or her claim against an impecunious tortfeasor the insurer has lost nothing by the inability to be subrogated.

Law (2^e éd. 1996), p. 602. Le principe de la subrogation entre en jeu pour garantir que l'assuré ne reçoive rien de plus qu'une indemnité juste et ne tire aucun avantage de l'assurance : voir *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), p. 386-387; *A.F.G. Insurances Ltd. c. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655 (H.C. Aus.); C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 13-1; E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6^e éd. 1993), p. 494; *MacGillivray on Insurance Law* (9^e éd. 1997), p. 531. En conséquence, s'il n'existe aucun risque de surindemnisation de l'assuré et si la capacité de l'auteur du délit d'indemniser l'assuré a été épuisée, il n'existe aucune raison d'invoquer la subrogation. De même, si l'assuré conclut une convention de limitation ou abandonne autrement ses droits de recours contre l'auteur d'un délit qui est sans le sou, l'assureur ne perd rien du fait qu'il ne peut être subrogé.

51

In this case, there is no danger that the insured parties will be overcompensated by payment on the policy in addition to the \$200,000 received in the settlement. If the appellant pays out the difference between what the insureds recovered from the tortfeasor and the loss the respondents actually suffered, the respondents will only receive a full indemnity; the respondents will not be overcompensated. Likewise, while the evidence on this point is perhaps not as clear as one might prefer, it also appears that the Limits Agreement exhausted Friedman's capacity to compensate the respondents. As this is consistent with the widely held view, which I will discuss more fully below, that subrogation rights are of near-negligible value to insurers generally, it seems to me that the right of subrogation is of no value to the appellants. The objectives that the doctrine of subrogation are intended to advance are not prejudiced by the appellant's inability to be subrogated.

En l'espèce, il n'existe aucun risque que les assurées soient surindemnisées en recevant un paiement en vertu de la police en sus de la somme de 200 000 \$ reçue en exécution du règlement amiable. Si l'assureur verse la différence entre le montant que les assurées ont recouvré de l'auteur du délit et le montant de la perte que les intimées ont réellement subie, les intimées ne recevront qu'une indemnisation complète; elles ne seront pas surindemnisées. De même, bien que la preuve à cet égard ne soit pas aussi claire qu'on l'aurait souhaité, il semble que la convention de limitation a épuisé la capacité de M. Friedman d'indemniser les intimées. Cette constatation étant conforme à l'opinion très répandue, dont je reparlerai plus abondamment, voulant que les droits de subrogation aient une valeur pratiquement négligeable pour les assureurs, il me semble que le droit de subrogation n'a aucune valeur pour l'appelante. Le fait que l'appelante ne peut être subrogée ne contrecarre pas les objectifs que la doctrine de la subrogation est censée réaliser.

52

That the appellant appears to have suffered no real loss as a result of its inability to be subrogated supports the conclusion that the appellant's appeal should be dismissed. Absent any evidence of actual or probable loss, insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order

Le fait que l'appelante ne semble avoir subi aucune perte réelle du fait qu'elle ne peut être subrogée constitue un argument en faveur du rejet du pourvoi. En l'absence de preuve d'une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présumée atteinte à leurs droits

to bar a claim made in good faith by the insured. It would be impossible to reconcile barring a claim on such grounds with the nature of insurance policies as good faith contracts. Equitable relief for technical breaches of subrogation rights is both a well-established part of the law of subrogation and consistent with the nature of indemnity insurance as a good faith contract designed to ensure that the insured is compensated when the insured-against hazard occurs.

Second, it has long been the law, in the absence of contractual terms to the contrary, that the insurer's right of subrogation will not arise until the insured has been fully indemnified: *Pacific Coyle Navigation Co. v. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715 (B.C.S.C.); *Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190 (C.A.); *Confederation Life Insurance Co. v. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1 (B.C.C.A.). The insurer may not control the process of litigation until this full indemnity has been met: *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (S.C., App. Div.). Thus, in equity, Scottish & York would not yet be entitled to assert or pursue a subrogated claim in this case since they have not indemnified the insured fully.

Third, the insured is obliged to pursue any claim it has against a third party, up until such time as the insurer is entitled to and does assert control of the claim, in good faith: *Commercial Union Assurance Co. v. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Globe & Rutgers, supra*. In *Globe & Rutgers*, the Ontario Court of Appeal applied the rule by asking whether the insured took from the third party less than, considering the possibility of not establishing liability and the chances and expenses involved in litigation, he honestly and in good faith thought it wise and prudent to accept. This requirement does not impose upon a policyholder an obligation actually to obtain the best deal that he or she could have obtained. Rather, so long as the respondents genuinely

de subrogation pour faire échec à une demande d'indemnité présentée de bonne foi par l'assuré. Il serait impossible de concilier l'irrecevabilité d'une demande d'indemnité fondée sur un motif semblable avec la nature des polices d'assurance, qui sont des contrats fondés sur la bonne foi. La possibilité d'accorder réparation en equity en cas d'atteinte technique au droit de subrogation est à la fois bien établie en droit de la subrogation et compatible avec la nature de l'assurance à caractère indemnitaire, qui constitue un contrat fondé sur la bonne foi visant à garantir que l'assuré soit indemnisé advenant la réalisation du risque contre lequel il s'est assuré.

Deuxièmement, il est établi de longue date en droit qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires, le droit de subrogation de l'assureur ne prend naissance qu'après l'indemnisation complète de l'assuré : *Pacific Coyle Navigation Co. c. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715 (C.S.C.-B.); *Ontario Health Insurance Plan c. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190 (C.A.); *Confederation Life Insurance Co. c. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1 (C.A.C.-B.). L'assureur ne peut contrôler les mesures judiciaires tant que l'indemnisation complète n'a pas eu lieu : *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. c. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (C.S., Div. app.). Ainsi, en equity, Scottish & York ne serait pas encore habilitée à exercer son droit de recours par subrogation en l'espèce puisqu'elle n'a pas indemnisé complètement l'assuré.

Troisièmement, l'assuré est tenu d'exercer de bonne foi ses droits de recours contre un tiers jusqu'à ce que l'assureur soit habilité à les prendre en charge et les prenne effectivement en charge : *Commercial Union Assurance Co. c. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Globe & Rutgers, précité*. Dans *Globe & Rutgers*, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué cette règle en se demandant si, eu égard à la possibilité que la responsabilité ne puisse être établie et aux risques et dépenses liés à une poursuite judiciaire, l'assuré avait obtenu du tiers moins qu'il aurait en toute honnêteté et bonne foi cru sage et prudent d'accepter. Cette exigence n'impose pas au détenteur de la police l'obligation d'obtenir effectivement le meilleur marché possible. Elle signifie

53

54

believed that entering into the Limits Agreement was a wise and prudent thing to have done they must be regarded as having acted in good faith. That it cannot be said with absolute certainty that there was not some small amount yet to be had does not, in and of itself, support an inference that the respondents did not act honestly and in good faith.

55

Thus, were we to simply apply the equitable law of subrogation to this situation, I would be prepared to conclude that the Limits Agreement does not affect Scottish & York's rights. The appellant's right of subrogation has not yet arisen, and in any event, there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the Limits Agreement. However, as this right of subrogation is governed by a contract, I must now turn to the contract's own language, while keeping in mind these principles as background to the rights thereby created.

(b) Language of the Contract

56

Equitable insurance principles of subrogation, though not the principle of interpretation *contra proferentem*, may be altered by the terms of the contract between the parties.

57

Clause 9 of this contract provides that, upon the making of a claim by the insured under the SEF 44 coverage, the insurer (a) "is subrogated" to the insured's rights, and (b) "may maintain" an action in that person's name. This clause sets out, in the first place, the relationship between the insurer's rights and the claimant's right as identical upon the making of a claim. In the second place, it permits the insurer to maintain whatever action exists at law as a result of this identity of rights between insurer and insured. What it does not appear to do is impose any obligation upon the insured to himself maintain or preserve the viability of that action. In fact, nowhere in clause 9 is there language that could reasonably appear to impose any obligation upon the insured at all. The subject of the entire clause is the insurer.

plutôt qu'il faut croire à la bonne foi des intimées si elles ont signé la convention de limitation en croyant sincèrement qu'il était sage et prudent d'agir ainsi. Le fait qu'il soit impossible d'affirmer avec certitude qu'aucun autre petit montant n'aurait pu être perçu ne permet pas d'inférer en soi que les intimées n'ont pas agi honnêtement et de bonne foi.

Par conséquent, s'il nous fallait appliquer tout simplement à la situation qui nous est soumise les règles de l'équité en matière de subrogation, je serais disposé à conclure que la convention de limitation n'a pas d'incidence sur les droits de Scottish & York. Le droit de subrogation de l'appelante n'a pas encore pris naissance et, quoi qu'il en soit, aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation. Toutefois, comme ce droit de subrogation est régi par un contrat, je dois maintenant examiner le libellé du contrat, tout en gardant à l'esprit ces principes qui servent de toile de fond aux droits stipulés.

b) Le libellé du contrat

Les principes de subrogation reconnus par l'équité en matière d'assurance, exception faite du principe d'interprétation *contra proferentem*, peuvent être modifiés par les stipulations du contrat conclu entre les parties.

La clause 9 du présent contrat prévoit que, sur présentation par l'assuré d'une demande d'indemnité en vertu de l'avenant SEF 44, l'assureur a) « est subrogé » dans les droits de l'assuré et b) « peut ester » en justice au nom de cette personne. Cette clause établit premièrement la relation d'identité qui existe entre les droits de l'assureur et le droit du demandeur dès la présentation d'une demande d'indemnité. Deuxièmement, elle permet à l'assureur d'exercer tous les recours possibles en droit par suite de cette identité de droits entre l'assureur et l'assuré. Elle n'a toutefois apparemment pas pour effet d'imposer quelque obligation que ce soit à l'assuré d'exercer pareil recours ni d'en préserver la recevabilité. En fait, la clause 9 ne contient aucune disposition qui pourrait raisonnablement sembler imposer une obligation quelconque à l'assuré. Cette clause entière ne concerne que l'assureur.

Having noted that, this clause clearly means to avoid part of the common law *status quo* and its embodiment, in the present context, in s. 278(1) of the *Insurance Act*. By making the subrogation right of the insurer contingent upon the making of a claim, the requirement of indemnity is clearly meant to be waived. The insurer need not wait until it has agreed to cover the insured's damages before asserting its subrogation rights and directing an action in the name of the insured. It may begin as soon as the insured makes the claim.

At the same time, it is also clear that the insurer's right of subrogation is not required to be exercised, and that the insured may herself maintain the right of action until such time as the insurer assumes control. The insurer "may maintain" an action in the insured's name. Thus, if the insured were to bring an action, even while the insurer is processing the claim, and recover successfully, the insurer would not be able to claim any interference with its subrogation rights. The situation is no different in respect of reaching a settlement such as the Limits Agreement. So long as the insured acts in the good faith equity requires of him, the insurer cannot complain of the insured's own diligence in speedily and successfully resolving the underlying dispute.

Clause 10 makes provision for the assignment of rights of action, rather than subrogation, at the time payment is made by the insurer. The provision is evidently intended to provide for a straight transfer of the right where neither the insurer nor the insured has pursued the claim prior to satisfactory indemnification. The insurer is entitled under this clause, in consideration for the indemnity payment made, to an "assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not". The insured is further required by this clause to undertake to cooperate with the insurer in pursuing such assigned actions. Again, nothing in the plain language of clause 10 puts any obligation on the insured to maintain the viability of the action, let alone to pursue it to judgment, as is made clear from the proviso "whether judgment is obtained or not". The entitlement of the insurer is to whatever cause of action the insured

Cela dit, cette clause vise clairement à écarter certaines règles de common law intégrées, dans le présent contexte, au par. 278(1) de la *Loi sur les assurances*. Il est clair que les parties, en assujettissant le droit de subrogation de l'assureur à la présentation d'une demande d'indemnité, entendaient renoncer à l'exigence du paiement de l'indemnité. L'assureur n'est pas tenu d'attendre d'avoir consenti à couvrir les dommages de l'assuré pour faire valoir ses droits de subrogation et ester en justice au nom de l'assuré. Il peut agir dès que l'assuré présente sa demande d'indemnité.

Par ailleurs, il ressort clairement qu'il n'est pas obligatoire que l'assureur exerce son droit de subrogation; l'assuré peut exercer lui-même son droit de recours jusqu'à ce que l'assureur en prenne charge. L'assureur [TRADUCTION] « peut ester en justice » au nom de l'assuré. Par conséquent, si l'assuré introduit une action, même pendant que l'assureur traite sa demande d'indemnité, et obtient gain de cause, l'assureur ne peut prétendre qu'il y a eu entrave à ses droits de subrogation. Cela vaut tout autant en ce qui concerne la conclusion d'un règlement comme la convention de limitation. Dans la mesure où l'assuré agit avec la bonne foi que l'équité exige de lui, l'assureur ne peut se plaindre de la diligence avec laquelle l'assuré a réussi à régler le différend sous-jacent avec célérité.

La clause 10 prévoit la cession des droits d'action, plutôt que la subrogation, au moment du paiement de l'indemnité par l'assureur. Cette disposition vise évidemment à prévoir un transfert direct du droit lorsque ni l'assureur, ni l'assuré n'ont exercé un recours avant l'exécution de l'obligation d'indemnisation. Aux termes de cette clause, l'assureur a le droit, en contrepartie du versement de l'indemnité, à la [TRADUCTION] « cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non ». L'assuré doit en outre, conformément à cette clause, s'engager à coopérer avec l'assureur aux fins de l'exercice des droits d'action cédés. Encore une fois, le sens ordinaire de la clause 10 n'oblige en rien l'assuré à préserver la recevabilité de l'action, et encore moins à la poursuivre jusqu'à l'obtention d'un jugement, comme l'indique clairement les termes [TRADUCTION] « qu'un jugement ait été

58

59

60

may have in respect of the accident. The insurer's entitlement to an assignment of such causes of action is not affected by the fact that such actions are not, in fact, able to be pursued successfully. In other words, the insured may be obliged to pass along whatever she has, but this obligation is still met when what she has is nothing.

obtenu ou non ». Le droit de l'assureur porte sur toutes les causes d'action que l'assuré peut posséder relativement à l'accident. Le fait qu'il ne soit pas possible, en pratique, de mener ces actions à terme avec succès ne modifie en rien le droit de l'assureur à la cession des causes d'action. En d'autres termes, l'assuré peut avoir l'obligation de transmettre tout ce qu'il a, mais il s'acquitte de cette obligation même s'il n'a rien.

61 The only obligation that is clearly placed upon the insured in either of these clauses is the requirement that the insured "cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way", in the pursuit of the action. I am again not persuaded that this can be regarded as requiring the insured to maintain the action's viability. In the first place, the insured is not required to cooperate until a payment has been made. Since, in this case, no payment has yet been made, the insured is not bound by this provision at all. To view this breach of this obligation as creating a bar to payment when the payment is itself a condition precedent to the obligation arising makes no sense.

La seule obligation clairement imposée à l'assuré par l'une ou l'autre de ces clauses, est celle de [TRADUCTION] « coopérer avec l'assureur, sauf sur le plan pécuniaire », dans la poursuite de l'action. Encore une fois, je ne suis pas convaincu que cette stipulation puisse être perçue comme obligeant l'assuré à préserver la recevabilité de l'action. En premier lieu, l'assuré n'est pas obligé de coopérer tant qu'il n'y a pas eu paiement d'une indemnité. Comme aucun paiement n'a encore été fait en l'espèce, l'assuré n'est aucunement lié par cette disposition. Il est absurde de considérer l'inexécution de cette obligation comme un empêchement au paiement, alors que le paiement constitue précisément une condition préalable à l'existence de cette obligation.

62 Secondly, once a payment has been made, it seems to me that the actions of the insured prior to that payment being made cannot conflict with her undertaking to cooperate from the time of the payment forward. If no action remains to be pursued, obviously the cooperation of the insured will, in practical terms, mean very little. But that is simply the nature of the undertaking set out by the parties to this contract.

En deuxième lieu, une fois un paiement effectué, il me semble que les actes accomplis par l'assuré avant ce paiement ne peuvent contrevenir à son engagement à coopérer à partir du moment du versement. Si aucune action ne peut plus être poursuivie, il est évident que la coopération de l'assuré se résumera en pratique à très peu de chose. Mais telle est la nature de l'engagement stipulé par les parties au contrat.

63 Thirdly, if this requirement were to be interpreted so as to allow the insurer to refuse payment because of non-cooperation simply on the basis that the action is no longer available, the insurer could avoid payment merely by refusing to make a payment until the action against the tortfeasor expired by prescription. It seems to me that such a change in the relationship between insurer and insured ought to be accomplished with the participation of the Superintendent of Insurance.

En troisième lieu, si cette obligation devait être interprétée de façon à permettre à l'assureur de refuser d'effectuer le paiement pour cause de non-coopération tout simplement parce que l'action n'est désormais plus possible, l'assureur pourrait se soustraire au paiement en refusant simplement de l'effectuer jusqu'à ce que l'action contre l'auteur du délit soit prescrite. J'estime que les rapports entre l'assureur et l'assuré ne sauraient être ainsi modifiés sans le concours du surintendant des assurances.

Finally, even if there is an ambiguity in the content of the obligation to “cooperate”, the accepted principle of interpretation *contra proferentem* would, as discussed above, demand that we resolve it in favour of the insured. Cooperation in the pursuit of the action, especially in light of the proviso that the insured need not cooperate “in a pecuniary way”, appears to be intended primarily to ensure that the insured will provide testimony in a subrogated action. Although I do not wish to be conclusive with respect to what exactly might be required, I would restrict the content of “cooperation” to the reasonable intent of the parties in light of a *contra proferentem* interpretation, and find that little more than actual participation as a witness in the assigned action is required by this clause.

Therefore, it is my view that the plain language of the contract does not support a finding that the Limits Agreement interfered with a contractual right of the appellant. Any lingering doubt over this should be dispelled by bearing in mind the principle *contra proferentem*.

(c) Precedent

Although it is always open to this Court to reject the interpretations of statutes (and statutory contracts) adopted by lower courts, it is also incumbent upon us to pay heed to their thoughtful views and to participate in creating a consistent approach to the areas of law these courts work with every day. The courts below have not yet fully canvassed the nature of the subrogation rights contained in the SEF 44. However, I would still make a couple of observations with a view to maintaining the desired harmony of approach.

In the first place, the potential interference with subrogation rights was noticed as far back as in *Johnson, supra*, by Morden J.A., who said (at p. 608):

The reservation that I expressed about [the existence of a direct action against the insurer] is primarily based

Enfin, même s’il subsistait quelque ambiguïté quant à la teneur de l’obligation de « coopérer », le principe reconnu d’interprétation *contra proferentem* nous obligerait, comme je l’ai mentionné plus haut, à résoudre la question en faveur de l’assuré. La coopération dans la poursuite de l’action, tout particulièrement à la lumière de la stipulation précisant que l’assuré n’est pas tenu de coopérer « sur le plan pécuniaire », semble destinée principalement à faire en sorte que l’assuré témoigne dans une action par subrogation. Je n’ai pas l’intention de tirer de conclusion quant à la teneur exacte de cette obligation de « coopérer », mais je la restreindrais à l’intention raisonnable des parties en adoptant une interprétation *contra proferentem* et je conclurais que cette clause n’exige guère plus que la participation effective de l’assuré comme témoin dans l’instance fondée sur le droit d’action cédé.

Je suis donc d’avis que le sens ordinaire du contrat ne permet pas de conclure que la convention de limitation a contrecarré un droit contractuel de l’appelante. L’application du principe *contra proferentem* devrait dissiper tout doute qui pourrait subsister à cet égard.

c) Les précédents

Même si notre Cour peut toujours rejeter l’interprétation des lois (et des contrats légaux) adoptée par les tribunaux d’instance inférieure, il nous faut tenir compte de leurs points de vue réfléchis et participer à l’élaboration d’un raisonnement cohérent dans les domaines du droit dans lesquels ils exercent quotidiennement leur compétence. Les tribunaux d’instance inférieure n’ont pas encore examiné de façon exhaustive la nature des droits de subrogation stipulés dans l’avenant SEF 44. Je voudrais toutefois faire quelques observations susceptibles de maintenir l’harmonie désirée dans le raisonnement juridique.

D’abord, l’entrave potentielle aux droits de subrogation a été soulignée il y a longtemps dans l’arrêt *Johnson*, précité, par le juge Morden, en ces termes (à la p. 608) :

[TRADUCTION] La réserve que j’ai exprimée [à l’égard d’une action directe contre l’assureur] repose avant tout

64

65

66

67

on the concern that a claim confined to the direct-action route could result in the insurer's subrogation rights being frustrated . . . as well as the insurer's inability to confine its liability to the balance of what is owed on a judgment obtained against the tortfeasor. . . . If, however, my interpretation, and apparently that of the parties, does not reflect the intention of the drafters the necessary correction lies close to hand in the form of an amendment to Reg. 535.

This statement was made in 1986, and to date no amendments have been made to either Regulation 535 (now R.R.O. 1990, Reg. 676) nor to the standard endorsements that suggest that the occasional loss of subrogation rights has been addressed. It was repeated by Grange J.A. in *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), at p. 760, with respect to the SEF 42. Given this lack of response, I am ever more reluctant to alter the *status quo*, apparently accepted by the industry and by the Superintendent of Insurance. We should not, in my view, second-guess the conclusions of these courts on the language of the contract in light of a question of pure policy, though such a problem may be of concern to the Superintendent of Insurance.

sur la crainte qu'une demande qui se limiterait à l'action directe fasse échec aux droits de subrogation de l'assureur [. . .] et l'empêche de limiter sa responsabilité au solde du montant d'un jugement obtenu contre l'auteur du délit. [. . .] Toutefois, si mon interprétation, qui est apparemment aussi celle des parties, n'est pas conforme à l'intention des rédacteurs, il est facile de corriger la situation en modifiant le Règlement 535.

Cette déclaration a été faite en 1986 et, à ce jour, ni le Règlement 535 (maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676) ni les avenants types n'ont subi de modification qui laisse croire qu'une solution aurait été apportée à la perte occasionnelle des droits de subrogation. Cette opinion a été reprise par le juge Grange dans l'arrêt *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), p. 760, à l'égard de l'avenant SEF 42. Compte tenu de cette absence de réaction, je suis encore moins disposé à modifier le statu quo, apparemment accepté par l'industrie et par le surintendant des assurances. À mon avis, il ne nous appartient pas de remettre en question les conclusions de ces tribunaux sur le libellé du contrat à la lumière d'une question de pur principe, bien que ce problème puisse intéresser le surintendant des assurances.

68

Second, a finding that the Limits Agreement somehow interferes with the right of subrogation to such an extent as to nullify the right of the insured to indemnity would seriously undermine the central holding in *Johnson* — that the direct action against the insurer exists at all. The essence of *Johnson* was, of course, that an insured was not required to bring an action through to judgment, nor even maintain its viability in the face of a limitation period, in order to collect an indemnity payment under the SEF 44. If an insured interferes with the subrogation right by signing a Limits Agreement, how can this be distinguished from the interference with subrogation rights that would be occasioned by allowing a limitation period to expire? In either case, the action or inaction of the insured results in the insurer being deprived of the potential value of the subrogated tort claim. It seems to me that finding the endangerment of the subrogation right by the Limits Agreement sufficient to bar a claim under the SEF 44, would provide a back route away from allowing

Ensuite, la conclusion que la convention de limitation contrecarre le droit de subrogation à tel point que l'assuré perd le droit d'être indemnisé s'écarterait sérieusement de la conclusion fondamentale tirée dans l'arrêt *Johnson* — à savoir qu'il existe bel et bien un droit d'action directe contre l'assureur. L'arrêt *Johnson* dit bien sûr essentiellement que l'assuré n'était pas tenu d'obtenir un jugement, ni même de préserver la recevabilité d'une action menacée par l'expiration d'un délai de prescription, pour recevoir une indemnité aux termes de l'avenant SEF 44. Si l'assuré contrecarre le droit de subrogation en signant une convention de limitation, comment distinguer cette situation de l'entrave aux droits de subrogation qui découlerait de l'expiration d'un délai de prescription? Dans l'un et l'autre cas, l'action ou l'inaction de l'assuré a pour effet de priver l'assureur de la valeur potentielle du droit de recours délictuel acquis par subrogation. Selon moi, conclure que la mise en péril du droit de

the direct action at all. I am inclined to agree with Morden J.A. that the proper route for eliminating the direct action, even if that were desirable, would be by an amendment to the regulation, not by the adoption of a new interpretation of the subrogation clauses.

To say it simply, the insurer is advocating quite a new approach to the understanding of the SEF 44 when it — albeit briefly — makes its subrogation argument. Quite apart from my views on the plain language of the contract, I am reluctant to alter the state of the law as set out by Morden J.A.

(d) Public Policy

Finally, I find it worthwhile to consider the policy results of this conclusion as opposed to the contrary.

The appellant, particularly through an affidavit submitted from the Insurance Council of Canada, stressed the allegedly drastic effects that could be expected to visit the industry if a result contrary to the appellant's position were reached. The fact of the matter is, however, that subrogation rights against underinsured or uninsured drivers are rarely very valuable at all. As C. Brown has noted in *Insurance Law in Canada, supra*, at para. 13.7, p. 13-30, in the wider context, "[m]ost observers consider the cost-saving rationale of subrogation to be insignificant at best and that, in fact, a successful recovery in a subrogation claim is really a windfall for an insurer". The limited real value of the subrogation right has been noted to be particularly true in the case of inadequately insured motorists by some of the American courts. See *Puckett v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (Ky. Ct. App. 1971); *Sahloff v. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (Wis. 1969). Leaving the rules of interpretation aside, there is no good policy reason for this Court to read into the contract a provision that will so gravely prejudice the insured when the insurer will likely gain little but an exemption from the very payment for which the

subrogation par la convention de limitation suffit à empêcher toute demande d'indemnité en vertu de l'avenant SEF 44 reviendrait à éliminer le droit d'action directe par un moyen détourné. Je suis porté à convenir, avec le juge Morden, que la façon appropriée d'éliminer le droit d'action directe, même si cela était souhaitable, consisterait à modifier le règlement, et non à adopter une nouvelle interprétation des clauses de subrogation.

En bref, l'assureur préconise une façon toute nouvelle de comprendre l'avenant SEF 44 lorsqu'il fait valoir, bien que brièvement, son argument concernant la subrogation. Indépendamment de mon opinion sur le sens ordinaire du contrat, j'éprouve une certaine réticence à modifier l'état du droit tel qu'il a été énoncé par le juge Morden.

d) Considérations de principe

Enfin, j'estime utile d'examiner les conséquences de cette conclusion, sur le plan des principes, par comparaison avec la conclusion contraire.

L'appelante, tout particulièrement au moyen d'un affidavit émanant du Conseil d'assurances du Canada, a souligné les prétendus effets dramatiques que le rejet de la position de l'appelante pourrait avoir sur l'industrie des assurances. Le fait est toutefois que la valeur des droits de subrogation contre les automobilistes sous assurés ou non assurés est rarement élevée. Comme l'a noté C. Brown dans *Insurance Law in Canada, op. cit.*, par. 13.7, p. 13-30, dans un contexte plus large, [TRADUCTION] « [I]a plupart des observateurs considèrent que le fondement économique de la subrogation est au mieux négligeable et que tout montant recouvré au moyen d'un recours par subrogation constitue en réalité un gain fortuit pour un assureur ». Certains tribunaux américains ont souligné que la valeur réelle limitée du droit de subrogation s'avère plus particulièrement dans le cas des automobilistes sous assurés. Voir *Puckett c. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (Ky. Ct. App. 1971); *Sahloff c. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (Wis. 1969). Indépendamment des règles d'interprétation, aucune considération de principe valable ne justifierait que notre Cour inclue implicitement dans le contrat une stipulation qui causerait un préjudice

69

70

71

insured has faithfully paid her monthly premiums to ensure entitlement.

aussi grave à l'assuré alors que l'assureur n'y gagnerait pratiquement rien si ce n'est une exemption de paiement de l'indemnité même en contrepartie de laquelle l'assuré a payé fidèlement les primes mensuelles qui lui garantissaient ce paiement.

72

In view of the near-negligible value of the subrogation right, it would be overreaching, in my view, to regard its loss as significantly changing the insurer's position. The risk that the insurer has assumed is effectively compensated for by the insured's monthly premium. Without being cynical, I would be very surprised indeed if the loss of a subrogation right with little practical value were significant enough to have any effect whatever upon the insurer's balance sheet. The insurer is free to set premiums at such a level as to ensure that its risk is covered, exclusive of the anticipated value of subrogation rights, and I would cautiously presume that this is precisely what it has done.

Eu égard à la valeur pratiquement négligeable du droit de subrogation, ce serait exagérer, à mon avis, que de considérer sa perte comme un facteur susceptible de modifier sensiblement la situation de l'assureur. La prime mensuelle versée par l'assuré compense réellement le risque que l'assureur a assumé. Sans vouloir être cynique, je serais vraiment très étonné que la perte d'un droit de subrogation ayant une valeur pratique aussi faible soit assez importante pour avoir un effet quelconque sur le bilan de l'assureur. L'assureur est libre de fixer les primes à un niveau suffisant pour lui permettre de couvrir le risque qu'il assume, sans tenir compte de la valeur anticipée des droits de subrogation, et je présumerais, sans trop m'aventurer, que c'est précisément ce qu'il a fait en l'espèce.

73

The value of the indemnity payment, by contrast, is of great significance to the insured. It is clear enough that the insured valued the availability of such payment highly enough to pay a substantial increase in monthly premiums for it. It is also clear that the insurer would rather not make the payment, to the extent of pursuing the case all the way to this Court. The result of finding for the appellant in this case upon the insurance industry at large will not be to restore or confirm the value of lost subrogation rights. It will be to release insurers from paying out the rather more substantial amounts to which subscribers to the SEF 44 Endorsement would otherwise be entitled.

En revanche, le paiement de l'indemnité a une très grande valeur pour l'assuré. Il est évident que la possibilité d'obtenir un tel paiement revêtait beaucoup d'importance aux yeux de l'assuré, puisqu'il a accepté une majoration importante de ses primes mensuelles afin d'y avoir droit. Il est aussi évident que l'assureur préférerait ne pas effectuer le paiement puisqu'il a porté l'affaire jusqu'à notre Cour. L'effet d'une décision favorable à l'appelante sur l'industrie des assurances dans son ensemble ne serait pas de rétablir ou de confirmer la valeur des droits de subrogation perdus, mais plutôt de libérer les assureurs de l'obligation de verser les sommes bien plus importantes auxquelles auraient autrement droit les assurés dont la police inclut l'avenant SEF 44.

74

The insurer is entitled to the rights acquired by contract as much as any natural person. But it would be foolhardy to disregard the common sense results of an interpretation of a contract that would grant the insurer a windfall in escaping its presumed obligations while depriving the insured of the amount she would have expected to have been paid to her in the normal course of business. I am convinced that the interpretation here adopted is not only the most

L'assureur a, au même titre qu'une personne physique, le droit d'exercer les droits qu'il acquiert par contrat. Il serait toutefois téméraire de ne pas tenir compte, sous l'angle du simple bon sens, des résultats d'une interprétation d'un contrat qui accorderait un gain fortuit à l'assureur, en lui permettant d'échapper à ses obligations présumées, tout en privant l'assuré de la somme qu'il s'attendrait normalement à recevoir. Je suis convaincu,

natural view of the terms of the contract, but sound and equitable public policy as well. A policy that recognizes the relative value of a subrogation right to an insurer and of an indemnity payment to an insured person is what one would expect the Superintendent of Insurance to attempt to formulate and adopt. In my view, that is what has been done in the SEF 44.

D. *Other Matters*

I am fully in agreement with my colleague Binnie J. on the question of the applicability of s. 278(6) of the *Insurance Act*. The provision cannot assist the insurer because it has neither made any payment nor assumed any liability therefor as required by s. 278(1) of the Act.

I should note that the parties did not argue the issue of forfeiture or relief therefrom, and accordingly these reasons do not address that question.

VII. Conclusion

For these reasons, I am of the view that the question stated by the parties ought to be answered in the negative. The respondents are entitled to pursue their action against the insurer for recovery of the indemnity payment owing under their SEF 44 policy, notwithstanding the Limits Agreement. To meet their case, they must show that the defendant Friedman was at fault and prove the quantum of damages. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — An insurance policy to cover an actual provable loss against a specified risk is a contract of indemnity which rests on the “well known principle of law, that where one person has agreed to indemnify another, he will, on making good the indemnity, be entitled to succeed to all the ways and means by which the person indemnified might have protected himself against or reimbursed

non seulement que l’interprétation retenue en l’espèce est celle qui découle le plus naturellement des termes du contrat, mais qu’elle est sensée et équitable sur le plan des principes. On s’attendrait à ce que le surintendant des assurances s’efforce de formuler et d’adopter une politique générale qui reconnaît la valeur relative d’un droit de subrogation pour l’assureur et du paiement d’une indemnité pour l’assuré. À mon avis, c’est ce qui a été fait dans l’avenant SEF 44.

D. *Autres questions*

Je suis entièrement d’accord avec mon collègue le juge Binnie en ce qui concerne l’application du par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*. Cette disposition n’est d’aucun secours pour l’assureur puisqu’il n’a effectué aucun paiement ni assumé aucune responsabilité à cet égard, comme l’exige le par. 278(1) de la Loi.

Soulignons que les parties n’ont pas soulevé la question de la déchéance ni du droit d’en être relevé et que, par conséquent, les présents motifs ne l’abordent pas.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d’avis de répondre par la négative à la question posée par les parties. Les intimées ont le droit de poursuivre leur action contre l’assureur en vue d’obtenir paiement de l’indemnité qui leur est due en vertu de leur avenant SEF 44, malgré la convention de limitation. Pour obtenir gain de cause, elles doivent prouver la faute du défendeur Friedman et le quantum des dommages. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Une police d’assurance garantissant le paiement de la perte prouvable réellement subie en cas de réalisation d’un risque déterminé est un contrat d’indemnisation qui repose sur le [TRADUCTION] « principe de droit bien connu selon lequel la personne qui a convenu d’en indemniser une autre a, une fois sa promesse remplie, le droit d’être subrogée dans tous les moyens par

75

76

77

78

himself for the loss” (emphasis added) (*Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 S.C.R. 562, per Fitzpatrick C.J., at p. 564, citing *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), per Lord Cairns, at p. 284). A majority of my colleagues conclude that this fundamental principle of insurance law has no application to the underinsured motorist coverage of an Ontario Standard Automobile Policy (SEF 44), despite the fact that SEF 44 itself refers to rights of subrogation. With respect, I am unable to agree.

lesquels la personne indemnisée aurait pu se protéger contre la perte ou en obtenir le remboursement » (je souligne) (*Guardian Assurance Co. c. Town of Chicoutimi* (1915), 51 R.C.S. 562, le juge en chef Fitzpatrick, p. 564, citant *Simpson c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), lord Cairns, p. 284). La majorité de mes collègues concluent que ce principe fondamental du droit des assurances ne s’applique pas à la garantie sous-assurance des tiers de la police type d’assurance automobile de l’Ontario (SEF 44), bien que l’avenant SEF 44 fasse expressément mention des droits de subrogation. Je ne puis malheureusement pas souscrire à leur opinion.

79

In this case the respondents, having suffered actual loss as a result of a motor vehicle accident caused by an inadequately insured motorist, one Jerry Friedman, seek to recover from their own insurer, the appellant, the amount of their damages over and above the \$200,000 in liability coverage Friedman carried. However, without the appellant insurer’s knowledge or consent, they released Friedman from all claims over and above his \$200,000 insurance coverage, thus depriving the appellant insurer of the opportunity to try to reimburse itself from Friedman’s other assets by “all the ways and means by which the person indemnified might have protected himself or reimbursed himself for the loss” (*Guardian Assurance Co.*, *supra*). The appellant insurer therefore denied the claim.

En l’espèce, les intimées ont subi une perte réelle par suite d’un accident d’automobile causé par un automobiliste sous assuré, un dénommé Jerry Friedman. Elles cherchent à recouvrer de leur propre assureur, l’appelante, le montant de leurs dommages excédant la garantie d’assurance responsabilité de 200 000 \$ qu’avait contractée M. Friedman. Les intimées ont toutefois, à l’insu de l’assureur appelant et sans son consentement, donné quittance à M. Friedman de toute réclamation qui excéderait sa garantie d’assurance de 200 000 \$, privant ainsi l’assureur appelant de la possibilité de se rembourser à l’aide des autres biens de M. Friedman en utilisant [TRADUCTION] « tous les moyens par lesquels la personne indemnisée aurait pu se protéger contre la perte ou en obtenir le remboursement » (*Guardian Assurance Co.*, précité). L’assureur appelant a donc rejeté leur demande d’indemnité.

80

The Ontario Court of Appeal concluded that this release did not justify the appellant’s refusal to pay. The decision would likely have been different under similar “inadequately insured” motorist policies in at least two other provinces, British Columbia and Alberta: see *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (B.C.C.A.), and *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.).

La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que cette quittance ne justifiait pas le refus de l’appelante de verser l’indemnité. Cette décision aurait probablement été différente dans le contexte de polices similaires comportant une garantie « sous-assurance » des tiers dans au moins deux autres provinces, soit la Colombie-Britannique et l’Alberta : voir *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.), et *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.).

81

In my view, the insurer was entitled to deny the claim. The respondents’ release of Friedman from the very claim they now wish to assert against the

À mon avis, l’assureur avait le droit de rejeter la demande d’indemnité. La quittance donnée par les intimées à M. Friedman à l’égard de la réclamation

appellant insurer was not consistent with a fundamental term of their policy. I would allow the appeal.

It should be noted that the respondents released Friedman after they became aware of the inadequacy of his coverage, when it must have been apparent to them that they would be looking to the appellant insurer to indemnify them against the shortfall.

I. The Facts

The respondents Pearl Somersall and her mother Gwendolyn Somersall suffered serious injuries in a motor vehicle collision on January 29, 1989. (The record does not explain why it has taken more than 12 years for the case to reach this Court on a preliminary motion.) An action was commenced against the driver of the other motor vehicle, Friedman, in good time. The respondent Janice Somersall is Gwendolyn's daughter and sued on her own behalf and on behalf of the other claimants under s. 61 of the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4.

No later than October 21, 1991, the respondents discovered that Friedman's third party liability insurance was only \$200,000, which they considered to be substantially less than their actual loss.

On December 13, 1991, with knowledge of the shortfall and without notice to the appellant insurer, the respondents entered into a written agreement ("the Limits Agreement") with Friedman on the following terms:

- (i) Friedman would admit liability for the accident at trial;
- (ii) the respondents would not make any claim against Friedman or his insurer in excess of Friedman's insurance policy limits of \$200,000; and
- (iii) Friedman's insurer would (and did) make an advance payment of \$50,000 to the respondents.

même qu'elles veulent maintenant faire valoir contre l'assureur appelant allait à l'encontre d'une stipulation fondamentale de leur police. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Il faut souligner que les intimées ont donné quittance à M. Friedman après avoir appris que sa garantie était insuffisante, alors qu'elles auraient dû se rendre compte qu'elles devraient demander à l'assureur appelant de leur verser le montant manquant.

I. Les faits

Les intimées Pearl Somersall et sa mère Gwendolyn Somersall ont subi de graves blessures lors d'une collision d'automobiles le 29 janvier 1989. (Le dossier n'explique pas pourquoi il a fallu plus de 12 ans pour que cette cause parvienne devant notre Cour en appel d'une motion préliminaire.) Une action a été intentée dans le délai imparti contre le conducteur de l'autre véhicule, M. Friedman. L'intimée Janice Somersall est la fille de Gwendolyn et elle a engagé la poursuite en son propre nom et au nom des autres membres de la famille faisant valoir une demande en vertu de l'art. 61 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4.

Dès le 21 octobre 1991, les intimées se sont rendu compte que le montant de la garantie d'assurance responsabilité civile de M. Friedman était d'à peine 200 000 \$, montant qui était, selon elles, bien inférieur à leur perte réelle.

Le 13 décembre 1991, les intimées, pleinement conscientes de l'insuffisance de la garantie de M. Friedman, ont conclu une convention écrite (la « convention de limitation ») avec lui, sans en informer l'assureur appelant. La convention prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

- (i) au procès, M. Friedman s'avouerait responsable de l'accident;
- (ii) les intimées ne feraient valoir contre M. Friedman ou son assureur aucune réclamation excédant la garantie d'assurance de M. Friedman, qui s'élevait à 200 000 \$;
- (iii) l'assureur de M. Friedman verserait une avance de 50 000 \$ aux intimées (ce qu'il a fait).

82

83

84

85

86

The assertion of my colleague, Justice Iacobucci, at para. 51 that “the Limits Agreement exhausted Friedman’s capacity to compensate” may be true. It may not be true. We were provided with no facts one way or the other. More importantly, the insurer was never given the opportunity to assess the ability of the wrongdoer to contribute to the settlement from his personal assets, whatever they may be.

87

Two and a half years later, on July 4, 1994, the respondents added their own insurer, the appellant, as a defendant to the action. The appellant filed a defence to the action and brought a motion to dismiss the action against it on a point of law. Counsel for the insurer of the respondents’ original solicitor, who had negotiated the Limits Agreement, opposed the motion on behalf of the respondents. This is thus a battle between insurance companies.

II. Judicial History

88

The motions judge, Spiegel J., gave effect to the appellant’s contention and on June 4, 1998, dismissed the action as against it: (1998), 40 O.R. (3d) 461. This was reversed on February 16, 2000 by the Ontario Court of Appeal *per* Charron J.A. ((2000), 183 D.L.R. (4th) 396) who concluded that the point had been decided adversely to the insurer by that court’s previous rulings in *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, and *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305.

III. SEF 44

89

The terms of SEF 44 are set out in the judgment of my colleague, Iacobucci J. I will therefore content myself by quoting the relevant extracts as and when necessary.

IV. Analysis

90

The language of motor vehicle insurance policies is generally regulated in each of the provinces. The insurance industry is consulted. The individual insured is not. I accept the interpretive approach proposed by MacKinnon A.C.J.O. in *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 135:

Il se peut que mon collègue le juge Iacobucci ait raison lorsqu’il affirme, au par. 51, que « la convention de limitation a épuisé la capacité de M. Friedman d’indemniser les intimées ». Il se peut aussi qu’il se trompe. Aucun fait confirmant ou infirmant cette affirmation ne nous a été soumis. Mais ce qui importe surtout, c’est que l’assureur n’a jamais eu la possibilité d’évaluer la capacité de l’auteur du délit de contribuer au règlement au moyen de ses éléments d’actifs personnels, quels qu’ils soient.

Deux ans et demi plus tard, le 4 juillet 1994, les intimées ont constitué leur propre assureur, l’appelante, défenderesse dans l’action. L’appelante a déposé une défense dans l’action et elle a présenté une motion en rejet de l’action intentée contre elle en invoquant un point de droit. L’avocat de l’assureur du procureur initial des intimées, qui avait négocié la convention de limitation, a contesté la motion en leur nom. Le litige oppose donc des compagnies d’assurance.

II. Historique des procédures judiciaires

Le 4 juin 1998, le juge Spiegel, siégeant en qualité de juge des requêtes, a donné raison à l’appelante et rejeté l’action intentée contre elle (1998), 40 O.R. (3d) 461. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé sa décision le 16 février 2000 : (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Le juge Charron a conclu que la question avait déjà été tranchée contre l’assureur dans les arrêts antérieurs de la cour *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, et *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305.

III. L’avenant SEF 44

Les stipulations de l’avenant SEF 44 sont reproduites dans les motifs de mon collègue, le juge Iacobucci. Je me contenterai donc d’en citer au besoin les passages pertinents.

IV. Analyse

Le libellé des polices d’assurance automobile est généralement assujéti à la réglementation de chaque province. Les assureurs sont consultés. L’assuré ne l’est pas. Je retiens la méthode d’interprétation proposée par le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l’Ontario, dans *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.), p. 135 :

It appears to me that if there is doubt in the legislation establishing and governing the cover, and there are two possible interpretations of any aspect of the cover, the one more favourable to the insured should govern.

That said, we are still obliged to apply the text of SEF 44 as we find it. With due respect for those who hold a contrary view, I interpret the language of the policy as clearly requiring the insured to refrain from acts destructive of the subrogation interest of their insurer. The language of SEF 44, in my view, is not ambiguous. Having signed away their claim against Friedman, the respondents are precluded from recovering what they thus signed away from the appellant.

The appellant has also raised in its Statement of Defence the failure of the respondents to commence an action within 12 months of the time they knew or ought to have known that their claims against Friedman exceeded the \$200,000 minimum coverage (clause 6(c)). That issue is not before us for decision.

A. *Inadequately Insured Driver Coverage*

The respondents purchased “uninsured or underinsured motorist coverage” for an additional premium against the risk of involvement in a motor vehicle accident caused by the fault of an underinsured or uninsured driver. The appellant insurance company undertook, on specific conditions, to step in and pay the excess damages within the policy limits. The special coverage is provided in SEF 44 whose wording was negotiated by the insurance industry with, and approved by, the Superintendent of Insurance in Ontario. The relevant coverage is expressed in clause 2 of SEF 44 as follows:

2. INSURING AGREEMENT

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the Insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to

[TRADUCTION] À mon sens, si la loi établissant et régissant la garantie laisse place à un doute et que deux interprétations de tout aspect de la garantie soient possibles, celle qui est la plus favorable à l'assuré doit primer.

Cela dit, nous sommes obligés d'appliquer le texte de l'avenant SEF 44 tel qu'il est rédigé. Avec égard pour les tenants de l'opinion contraire, j'interprète les termes de la police comme exigeant clairement que l'assuré s'abstienne de tout acte qui priverait l'assureur de son droit à la subrogation. Selon moi, les termes de l'avenant SEF 44 ne sont pas ambigus. Ayant renoncé par écrit à leur réclamation contre M. Friedman, les intimées ne peuvent recouvrer de l'appelante ce à quoi elles ont ainsi renoncé.

L'appelante a également invoqué dans sa défense le défaut des intimées d'engager une action dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle elles se sont rendu compte ou auraient dû se rendre compte que leur droit de recours contre M. Friedman excédait la garantie minimum fixée à 200 000 \$ (clause 6c)). Ce point n'a pas été soumis à notre appréciation.

A. *La garantie sous-assurance des tiers*

Les intimées ont souscrit une « garantie sous-assurance ou non-assurance des tiers » moyennant une prime additionnelle pour se prémunir contre le risque d'un accident d'automobile causé par la faute d'un conducteur sous assuré ou non assuré. La compagnie d'assurance appelante s'est engagée, à des conditions déterminées, à prendre à sa charge les dommages-intérêts excédentaires à concurrence du montant de garantie de la police. Cette garantie spéciale est prévue par l'avenant SEF 44, dont le libellé a été négocié par l'industrie des assurances avec le surintendant des assurances de l'Ontario et approuvé par celui-ci. Voici la clause 2 de l'avenant SEF 44, qui prévoit la garantie pertinente :

[TRADUCTION]

2. CONVENTION D'ASSURANCE

En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l'Assureur indemniserà chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d'un

91

92

93

recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile. [Emphasis added.]

94

On its face, the plain text requires that at the time the claim is asserted there be a subsisting right of action against the tortfeasor (i.e., “is legally entitled”). It provides that the legal entitlement must subsist as between the insured and the tortfeasor at the time the claim is made. This is consistent with the reciprocal nature of this insurance as a contract of indemnity with the concomitant expectation of subrogation.

95

This interpretation is refined by clause 9, which subrogates the insurer to “the rights of the eligible claimant” and authorizes the insurer to “maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist”. In my view, the expression “is legally entitled to recover” in clause 2, imposing on the insurer the obligation to pay, corresponds to the subsisting cause of action, i.e., “the rights of the eligible claimant” referred to in clause 9, authorizing the insurer to attempt to recover its payment from the tortfeasor. The two provisions must be read together.

96

The respondents seem to accept that the expression “is legally entitled to recover” means what it says but argue that it is sufficient if *at the time of the accident* there was a subsisting right of action. However, the requirement of a legal entitlement is not framed in the past tense. This reflects the underlying reciprocity of the arrangement. In *Kraeker Estate, supra*, Goldie J.A. said, at p. 434, “I think ‘legally entitled to recover damages’ means ‘has a right of action for damages’”. To the same effect see *Côté J.A. in Nielsen, supra*, at para. 2. As of the date of their claim against the appellant, the respondents had voluntarily parted with their ability to recover from the tortfeasor the sum claimed, i.e., their alleged loss in excess of \$200,000. They had no “legal entitlement”.

automobiliste sous assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d’un accident découlant de l’usage ou de la conduite d’une automobile. [Je souligne.]

À leur simple lecture, ces termes clairs exigent qu’au moment où une demande d’indemnité est présentée, il subsiste un droit d’action contre l’auteur du délit (textuellement, « a le droit de recouvrer »). Le droit de recours de l’assuré contre l’auteur du délit doit subsister au moment où la demande d’indemnité est présentée. Cette proposition est en accord avec la nature réciproque de cette assurance qui constitue un contrat d’indemnisation avec l’attente concomitante d’un droit de subrogation.

Cette interprétation est précisée par l’art. 9, qui subroge l’assureur dans « les droits du demandeur admissible » et l’autorise à « ester en justice au nom de cette personne contre l’automobiliste sous assuré ». À mon sens, l’expression « a le droit de recouvrer » figurant à la clause 2, qui oblige l’assureur à verser une indemnité, correspond à la cause d’action toujours existante, c’est-à-dire aux « droits du demandeur admissible » visés à la clause 9, qui autorise l’assureur à tenter de recouvrer son paiement de l’auteur du délit. Ces deux dispositions doivent être lues ensemble.

Les intimées semblent admettre que le sens des mots « a le droit de recouvrer » est clair, mais elles soutiennent qu’il suffit qu’un droit d’action subsiste à la date de l’accident. Toutefois, on n’a pas utilisé le passé, mais bien le présent de l’indicatif pour parler de ce droit. C’est ainsi que s’exprime le caractère réciproque sous-jacent de l’entente. Dans l’arrêt *Kraeker Estate*, précité, le juge Goldie a dit, à la p. 434, [TRADUCTION] « [j]e crois que les mots “a le droit de recouvrer des dommages-intérêts” signifie “a un droit d’action en dommages-intérêts” ». Voir aussi les motifs du juge *Côté* dans l’arrêt *Nielsen*, précité, par. 2, qui vont dans le même sens. À la date de la présentation de leur demande d’indemnité contre l’appelante, les intimées s’étaient privées volontairement de la possibilité de recouvrer, de l’auteur du délit, le montant réclamé, c’est-à-dire l’excédent de la perte alléguée sur la garantie de 200 000 \$. Elles n’avaient pas « le droit de recouvrer » cet excédent.

I do not put much importance on the fact the respondents signed a Limits Agreement rather than a release of the cause of action. In either case, the insurer is precluded from a successful claim over. Subrogation is a matter of substance not form: *Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 S.C.R. 332, per Judson J., at p. 337.

From a practical point of view, it does not follow from the fact an individual carries inadequate third party insurance that he or she is without personal assets to satisfy in whole or in part a judgment in excess of those limits. An uninsured rich man can cause an accident while driving a poor man's car. It cannot be said that just because the motorist is uninsured there is no monetary value to the right of subrogation. One can assume, I think, that the respondents would have pursued Friedman's personal assets if the choice had been to do that or absorb the loss themselves.

In paras. 50 to 55, my colleague Iacobucci J. relies on an *assumption* that Friedman is impecunious. Quite apart from the speculative nature of the assumption, this case is about the proper interpretation of SEF 44, and the result will enure to the benefit of the rich tortfeasor as well as to the putatively impecunious tortfeasor. If there is no obligation on insured persons to keep alive enforceable legal rights against a tortfeasor (rich or poor), they will see no advantage to themselves in doing so.

The limitations on the coverage granted by clause 2, clear in themselves, are reinforced by the other provisions of SEF 44, read as a whole, which specifically address the issue of subrogation and cooperation. My colleague writes at para. 55 that "there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the Limits Agreement". If the appellant insurer is to be called on to pay the excess claim, the decision whether it is "prudent and wise" to seek or not to seek further recovery from Friedman is properly for the insurer to make. The respondents, looking to be indemnified by their own

Je n'accorde pas beaucoup de poids au fait que les intimées ont signé une convention de limitation plutôt qu'une renonciation à la cause d'action. Dans les deux cas, l'assureur est empêché de recouvrer le montant de son paiement. La subrogation est une question de fond et non de forme : *Ledingham c. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 R.C.S. 332, le juge Judson, p. 337.

D'un point de vue pratique, on ne peut affirmer qu'une personne qui a souscrit une assurance de responsabilité civile insuffisante sera nécessairement dépourvue de biens pouvant servir à exécuter en tout ou en partie un jugement dont le montant est supérieur à celui de la garantie. Un riche non assuré peut causer un accident en conduisant la voiture d'un pauvre. Le simple fait que l'automobiliste n'est pas assuré ne signifie pas que le droit de subrogation n'a aucune valeur pécuniaire. Selon moi, on peut supposer que les intimées auraient exercé leurs recours contre les éléments d'actif personnels de M. Friedman si leur seule autre option avait été de supporter elles-mêmes la perte.

Aux paragraphes 50-55, mon collègue le juge Iacobucci s'appuie sur l'*hypothèse* que M. Friedman est sans le sou. Hormis le fait que cette hypothèse relève de la conjecture, le litige porte sur l'interprétation de l'avenant SEF 44 et la décision rendue à cet égard s'appliquera tant à l'auteur du délit bien nanti qu'à celui que l'on présume démuné. Si les assurés ne sont pas tenus de préserver les droits que la loi leur confère contre l'auteur d'un délit (riche ou pauvre), ils ne verront pas l'utilité de les préserver.

Les limites de la garantie stipulée à la clause 2, déjà assez claires, sont renforcées par les autres dispositions de l'avenant SEF 44, lues globalement, qui traitent expressément de la subrogation et de la coopération. Mon collègue écrit, au par. 55, qu'« aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation ». Si l'assureur appelant peut être tenu de verser une indemnité complémentaire, c'est à juste titre à lui qu'il revient de décider s'il est « sage et prudent » de tenter de recouvrer un montant de M. Friedman. Pour les intimées, qui s'attendent à être indemnisées

97

98

99

100

insurer, have little financial stake in such a decision, which is why they should not make it unilaterally.

B. *Calculation of the Claim*

101 The sum payable by way of indemnity is set out in clause 4(b) of SEF 44 which provides in part as follows:

- (b) The amount payable under this endorsement to any eligible claimant is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source (other than money payable on death under a policy of insurance) and is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not) from. . . [Emphasis added.]

There follows a list of potential sources of benefits including other insurance coverage, unsatisfied judgment funds, accident benefit plans (including the Régie de l'assurance automobile du Québec) and *Workers' Compensation Act* benefits. If these benefits are available, they will be deducted from the excess coverage "whether such entitlement is pursued or not".

102 Potential recovery against the tortfeasor, of course, is not excluded. That is the subject matter of the risk. The insurer can be called upon to pay that amount but if so, it should not be fatally prejudiced from doing what it can to recuperate its payment from the wrongdoer ultimately responsible.

103 In my view, the risk undertaken by the appellant was not the whole of the respondents' loss but the loss reduced (at least potentially) by assigning to the insurer all proper and available means of reimbursement.

C. *Indemnity and Subrogation*

104 That the present policy is a policy of indemnity is, I think, clearly supported by the analysis adopted by Spence J., then of the Ontario High Court, in

par leur propre assureur, l'enjeu pécuniaire de cette décision n'est pas très important; c'est pourquoi elles ne doivent pas la prendre unilatéralement.

B. *Calcul de la demande d'indemnité*

La somme à payer au titre de l'indemnité est fixée à la clause 4b) de l'avenant SEF 44, dont voici un extrait :

[TRADUCTION]

- b) Le montant payable en application du présent avenant à tout demandeur admissible est complémentaire au montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source (sauf les sommes payables au décès en vertu d'une police d'assurance) et à tout montant que le demandeur admissible a le droit de recouvrer (qu'il fasse valoir ce droit ou non) . . . [Je souligne.]

Suit une liste de sources possibles de prestations, notamment une autre police d'assurance, une caisse d'indemnisation des créanciers de jugements inexécutés, tout régime d'indemnisation des victimes d'accidents (dont la Régie de l'assurance automobile du Québec) et tout régime d'indemnisation des accidents du travail. Si le demandeur a le droit de recevoir de telles prestations, celles-ci sont déduites de l'indemnité complémentaire, « qu'il fasse valoir ce droit ou non ».

Le montant potentiel qui pourrait être recouvré de l'auteur du délit n'est, bien sûr, pas exclu. C'est l'objet du risque. L'assureur peut être appelé à payer ce montant mais, le cas échéant, il ne doit pas être irrémédiablement empêché de faire ce qu'il peut pour récupérer le montant ainsi payé de l'auteur du délit qui est responsable en bout de ligne.

À mon avis, l'appelante n'avait pas assumé le risque de la perte totale des intimées, mais plutôt celui de leur perte réduite (du moins potentiellement) du fait de la cession en faveur de l'assureur de tous les moyens légitimes possibles d'obtenir un remboursement.

C. *Indemnité et subrogation*

À mon avis, l'affirmation que la police en cause constitue une police d'indemnisation trouve manifestement appui dans le raisonnement exposé par le

Glynn v. Scottish Union & National Insurance Co., [1963] 1 O.R. 599, at p. 602 (citing *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1952), vol. 22, at pp. 180-81):

Most contracts of insurance [other than life insurance] belong to the general category of contracts of indemnity, in the sense that the liability of the insurers is limited to the actual loss which is in fact proved.

On appeal at [1963] 2 O.R. 705, at p. 717, Kelly J.A. stated:

In view of the interpretation I place upon the insuring agreement, namely, that it is a contract of indemnity, the doctrine of subrogation would apply as an incident to that contract being one of indemnity, and it would be unnecessary for the contract to contain a specific subrogation provision. . . .

The importance of subrogation in SEF 44, specifically, is reflected in clauses 9 and 10 which for ease of reference I reproduce:

9. SUBROGATION

Where a claim is made under this endorsement, the Insurer is subrogated to the rights of the eligible claimant by whom a claim is made, and may maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist and the persons referred to in paragraph 4(b).

10. ASSIGNMENT OF RIGHTS OF ACTION

Where a payment is made under this endorsement, the Insurer is entitled to receive from the eligible claimant, in consideration thereof, an assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not, and the eligible claimant undertakes to cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way, in the pursuit of any subrogated action or any right of action so assigned.

Somewhat unusually, the right of subrogation under clause 9 arises as soon as the insured makes a claim. Generally, under s. 278(1) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, a right of subrogation arises only when the insurer "makes any payment or assumes liability therefor". The accelerated rights

juge Spence de la Haute Cour de l'Ontario (plus tard juge de notre Cour) dans *Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 1 O.R. 599, p. 602 (citant *Halsbury's Laws of England* (3^e éd. 1952), vol. 22, p. 180-181) :

[TRADUCTION] La plupart des contrats d'assurance [sauf l'assurance-vie] appartiennent à la catégorie générale des contrats d'indemnisation, en ce sens que la responsabilité des assureurs est limitée à la perte réelle effectivement prouvée.

En appel, [1963] 2 O.R. 705, p. 717, le juge Kelly a dit :

[TRADUCTION] Suivant mon interprétation de la convention d'assurance, à savoir qu'il s'agit d'un contrat d'indemnisation, la doctrine de la subrogation serait accessoire à sa nature de contrat d'indemnisation et il ne serait pas nécessaire qu'elle contienne une disposition qui prévoit expressément la subrogation . . .

L'importance accordée à la subrogation dans l'avenant SEF 44, en particulier, ressort des clauses 9 et 10 que je reproduis ici par souci de commodité :

[TRADUCTION]

9. SUBROGATION

Sur présentation d'une demande d'indemnité en vertu du présent avenant, l'Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l'auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l'automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l'alinéa 4b).

10. CESSION DES DROITS D'ACTION

Sur paiement d'une indemnité en application du présent avenant, l'Assureur a le droit d'obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s'engage à coopérer avec l'Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d'action ainsi cédé.

Fait quelque peu exceptionnel, le droit de subrogation stipulé à la clause 9 prend naissance dès que l'assuré présente une demande d'indemnité. Règle générale, sous le régime du par. 278(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, le droit de subrogation ne prend naissance que lorsque

under clause 9 signal the importance placed on the right of subrogation in general, and in particular on putting the insurer in charge of the claim over against the tortfeasor at the earliest practicable date. The duty of cooperation, which arises on payment, presupposes that the insurer at that time has carriage of the proceedings. All of this is inconsistent, in my view, with the view taken by the Court of Appeal in this case that the respondents' voluntary destruction of the potential subrogation interest had no adverse effect on their right to claim full indemnity under their insurance policy.

107 This conclusion, based on interpreting SEF 44 of the contract, is reinforced by the fundamental nature of indemnity insurance, a concept learnedly discussed by Kelly J.A. in *Glynn, supra*, at pp. 710 *et seq.*

108 Subrogation has deep roots in the law of insurance, reaching back, it seems, to Roman times: *John Edwards & Co. v. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249, at p. 252. It is now sometimes attributed to general common law principles: *Hobbs v. Marlowe*, [1978] A.C. 16 (H.L.), *per* Lord Diplock, at p. 39, but, more usually to doctrines of equity: *Ledingham, supra*, at pp. 336-37; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. v. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539 (C.A.), at para. 19; *Napier v. Hunter*, [1993] A.C. 713 (H.L.). One of the leading judgments regarding its scope is that of Brett L.J. in *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), whose words (at pp. 388-89) were approved and applied by Idington J. of this Court in *Guardian Assurance, supra*, at p. 571:

Now it seems to me that in order to carry out the fundamental rule of insurance law, this doctrine of subrogation must be carried to the extent which I am now about to endeavour to express, namely, that as between the underwriter and the assured the underwriter is entitled to the advantage of every right of the assured, whether such right consists in contract, fulfilled or unfulfilled, or in remedy for tort capable of being insisted on or already

l'assureur « effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet ». Le droit anticipé que prévoit l'art. 9 met en lumière l'importance accordée au droit de subrogation en général et, en particulier, à la volonté de confier à l'assureur le contrôle de l'action en recouvrement contre l'auteur du délit dès que cela est matériellement possible. L'obligation de coopérer, qui prend naissance au moment du paiement, présuppose que l'assureur a alors la conduite de l'instance. Tous ces éléments sont incompatibles, à mon sens, avec le point de vue adopté par la Cour d'appel dans la présente instance, quand elle affirme que l'extinction volontaire par les intimés du droit de subrogation éventuel n'a pas eu d'effet défavorable sur leur droit de demander une indemnisation complète en application de leur police d'assurance.

Cette conclusion, basée sur l'interprétation de l'avenant SEF 44 du contrat, est renforcée par la nature fondamentale de l'assurance-indemnisation, concept qu'analyse savamment le juge Kelly dans *Glynn*, précité, p. 710 et suiv.

La subrogation a une origine très ancienne dans le droit des assurances, remontant, semble-t-il, au droit romain : *John Edwards & Co. c. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249, p. 252. On la rattache maintenant parfois aux principes généraux de la common law : *Hobbs c. Marlowe*, [1978] A.C. 16 (H.L.), lord Diplock, p. 39, mais plus souvent aux doctrines de l'équité : *Ledingham*, précité, p. 336-337; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. c. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539 (C.A.), par. 19; *Napier c. Hunter*, [1993] A.C. 713 (H.L.). L'un des jugements de principe concernant sa portée a été rendu par le lord juge Brett dans *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), dont les propos (aux p. 388-389) ont été approuvés et appliqués par le juge Idington de notre Cour dans *Guardian Assurance*, précité, p. 571 :

[TRADUCTION] Or il me semble que, pour respecter la règle fondamentale du droit des assurances, cette doctrine de la subrogation doit être étendue dans la mesure que je vais maintenant essayer de préciser, savoir que, entre l'assureur et l'assuré, l'assureur a le droit de tirer parti de chaque droit de l'assuré, qu'il réside dans un contrat, exécuté ou non, ou dans un recours délictuel susceptible d'être exercé ou déjà exercé, ou dans tout autre droit, par

insisted on, or in any other right, whether by way of condition or otherwise, legal or equitable, which can be, or has been exercised or has accrued, and whether such right could or could not be enforced by the insurer in the name of the assured by the exercise or acquiring of which right or condition the loss against which the assured is insured, can be, or has been diminished. [Emphasis added.]

Brett L.J., in the original, added the following:

That seems to me to put this doctrine of subrogation in the largest possible form, and if in that form, large as it is, it is short of fulfilling that which is the fundamental condition, I must have omitted to state something which ought to have been stated. But it will be observed that I use the words "of every right of the assured." I think that the rule does require that limit.

The passage quoted by Idington J. was more recently cited with approval by the House of Lords in *Napier, supra*, in the leading opinion of Lord Templeman at p. 734.

In *Johnson, supra*, one of the decisions principally relied upon in this case by the Ontario Court of Appeal, I note that potential impact of his decision on rights of subrogation was one of the concerns expressed in the majority judgment of Morden J.A. at p. 608:

The reservation that I expressed about [direct action against the insurer] is primarily based on the concern that a claim confined to the direct-action route could result in the insurer's subrogation rights being frustrated. . . .

In *Johnson* itself, the insurer's rights of subrogation were not affected because the insured was the plaintiff in an ongoing action against the tortfeasor which had been commenced in a timely way.

The concern about preservation of rights of subrogation was picked up in *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), where Grange J.A. noted that in that case, too, the rights of the insurer had been preserved (p. 760).

The need to bring the insurer into the picture at the earliest practicable date is reflected in clause 6 of SEF 44 which requires *prompt* notice of the accident and any claims in respect thereof to the insurer.

le jeu d'une condition ou autrement, en common law ou en equity, et qui peut être ou a été exercé ou qui a été acquis, et que ce droit puisse ou non être exercé par l'assureur au nom de l'assuré lorsque l'exercice ou l'acquisition de ce droit ou de cette condition peut réduire ou a effectivement réduit la perte contre laquelle l'assuré est protégé. [Je souligne.]

Le lord juge Brett ajoute, dans l'original :

[TRADUCTION] Voilà qui, à mon sens, constitue la formulation la plus large possible de cette doctrine de la subrogation et si, aussi largement exprimée, elle ne remplit pas la condition fondamentale, j'ai dû omettre quelque chose qui aurait dû s'y trouver. Mais l'on observera que j'ai employé les mots « chaque droit de l'assuré ». Je pense que la règle commande cette limite.

Le passage cité par le juge Idington a été repris et approuvé plus récemment par la Chambre des lords dans *Napier*, précité, dans le jugement de principe de lord Templeman, à la p. 734.

Je remarque que, dans l'arrêt *Johnson*, précité, qui est une des décisions sur lesquelles la Cour d'appel s'est principalement appuyée en l'espèce, l'effet possible sur les droits de subrogation était l'un des sujets d'inquiétude exprimés dans le jugement majoritaire du juge Morden, à la p. 608 :

[TRADUCTION] La réserve que j'ai exprimée [à l'égard d'une action directe contre l'assureur] repose avant tout sur la crainte qu'une demande limitée à la voie de l'action directe puisse faire échec aux droits de subrogation de l'assureur . . .

Dans *Johnson*, les droits de l'assureur sont demeurés intacts car l'assuré s'était porté demandeur dans une action en instance intentée contre l'auteur du délit dans le délai prescrit.

Le souci de préserver les droits de subrogation a été réitéré dans *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), où le juge Grange a fait remarquer que, dans cette affaire aussi, les droits de l'assureur avaient été préservés (p. 760).

La nécessité de faire intervenir l'assureur le plus tôt possible trouve écho dans la clause 6 de l'avenant SEF 44 qui exige que l'assureur soit informé *promptement* de tout accident et de toute demande d'indemnité relative à l'accident.

109

110

111

112

113 The foregoing analysis is, I think, consistent with the approach to inadequately insured motorist coverage taken by the Alberta Court of Appeal in *Nielsen, supra*, where, as here, the insured had released the tortfeasor prior to making a claim against her own insurer. Côté J.A., for the court, stated at para. 2:

Now the appellant claims against her Alberta insurer under the SEF 44 endorsement for under-insured motorists. It promises to pay such amount as the appellant insured “is legally entitled to recover” from the tortfeasor. By signing a release, she has eliminated any excess. The release limits the amount she is “legally entitled to recover”. Therefore, the order appealed from is correct, her appeal fails, and it is not necessary to pursue questions of subrogation or noncooperation.

114 Similarly, in *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (Alta. Q.B.), the court dismissed the claim by an insured under SEF 42 (a predecessor to SEF 44) because her claim against the tortfeasor was barred by expiry of the limitation period. To the same effect is the Ontario trial level decision of O’Leary J. in *Khederlarian v. Safeco Insurance Co.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), June 16, 1992; who held:

The plaintiffs are not now, “legally entitled to recover damages” from the uninsured driver. They lost that entitlement by not bringing action against him within 2 years.

115 My colleague Iacobucci J. states at para. 50 that the underlying objectives of subrogation are “to ensure (i) that the insured receives no more and no less than a full indemnity, and (ii) that the loss falls on the person who is legally responsible for causing it”. He continues:

Consequently, if there is no danger of the insured’s being overcompensated and the tortfeasor has exhausted his or her capacity to compensate the insured there is no reason to invoke subrogation.

116 There is not a tittle of evidence about the tortfeasor’s “capacity to compensate the insured” in this case. Nor is there any evidence that whatever

L’analyse qui précède est conforme, selon moi, au point de vue exprimé par la Cour d’appel de l’Alberta au sujet des automobilistes sous assurés dans *Nielsen*, précité. Dans cette affaire, l’assuré avait, comme en l’espèce, donné quittance à l’auteur du délit avant de présenter une demande d’indemnité à son propre assureur. S’exprimant au nom de la cour, le juge Côté dit, au par. 2 :

[TRADUCTION] L’appelante fait maintenant valoir contre son assureur albertain l’avenant SEF 44 relatif aux automobilistes sous assurés. Cet avenant est un engagement à payer le montant que l’appelante assurée « a le droit de recouvrer » de l’auteur du délit. En signant la quittance, elle a exclu tout excédent. La quittance limite le montant qu’elle a « le droit de recouvrer ». Par conséquent, l’ordonnance portée en appel est bien fondée, son appel doit être rejeté et il n’est pas nécessaire d’examiner les questions de subrogation et de non-coopération.

De la même façon, dans *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (B.R. Alb.), la cour a rejeté la demande d’indemnité d’un assuré fondée sur l’avenant SEF 42 (version antérieure de l’avenant SEF 44), parce que sa réclamation contre l’auteur du délit était prescrite. Le juge de première instance O’Leary de la Haute Cour de l’Ontario arrive à la même conclusion dans la décision *Khederlarian c. Safeco Insurance Co.*, C. Ont. (Div. gén.), 16 juin 1992 :

[TRADUCTION] Les demandeurs n’ont plus « le droit de recouvrer des dommages-intérêts » du conducteur non assuré. Ils ont perdu ce droit en n’engageant pas l’action contre lui dans le délai de deux ans.

Mon collègue, le juge Iacobucci, affirme, au par. 50, que les objectifs sur lesquels repose la théorie de la subrogation consistent à « garantir (i) que l’assuré ne recevra ni plus ni moins qu’une indemnisation complète et (ii) que c’est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera ». Il enchaîne en disant :

En conséquence, s’il n’existe aucun risque de surindemnisation de l’assuré et si la capacité de l’auteur du délit d’indemniser l’assuré a été épuisée, il n’existe aucune raison d’invoquer la subrogation.

En l’espèce, il n’existe pas l’ombre d’une preuve de « la capacité de l’auteur du délit d’indemniser l’assuré ». La preuve est aussi muette sur la

capacity existed has been “exhausted”. Nor is there evidence to support my colleague’s statement in para. 52 that “the appellant appears to have suffered no real loss as a result of its inability to be subrogated”. All we know is that Friedman himself, the tortfeasor, contributed nothing out of his own pocket to the settlement. The \$200,000 was contributed by his underinsurer. The approach to subrogation adopted by my colleague centres on the insured to the virtual exclusion of the concerns of the other party to the policy, the appellant insurer, and pays insufficient attention to the mutuality of the insurance contract. More curiously, it squarely contradicts my colleague’s second objective of subrogation, namely to ensure that “the loss falls on the person who is legally responsible for causing it”.

My colleague suggests at para. 51 the existence of a “widely held view . . . that subrogation rights are of near-negligible value to insurers generally”. The insurance industry does not, I think, spend millions of dollars a year pursuing subrogated claims out of an academic interest in avoidance of over-compensation of insureds or a morality crusade against wrongdoers. They do so in the expectation of recovering a significant portion of their losses from wrongdoers to reduce their overall loss experience on which the calculation of premiums is ultimately based. If subrogation litigation were of “near-negligible value” the insurers, being professional in these matters, would not engage in it. A risk with recourse against the wrongdoer is different than a risk without such recourse. It is the former risk that was accepted by the appellant in this case, but it is the latter risk that is being imposed upon it by the Court’s judgment.

Although the right of subrogation cannot be exercised until payment is made, it is a contingent right that vests at the time the policy is entered into:

question de savoir si cette capacité, le cas échéant, a été « épuisée ». Aucun élément de preuve n’étaye non plus la constatation faite par mon collègue, au par. 52, que « l’appelante ne semble avoir subi aucune perte réelle du fait qu’elle ne peut être subrogée ». Tout ce que nous savons, c’est que M. Friedman lui-même, qui est l’auteur du délit, n’a pas versé un sou dans le cadre du règlement. C’est son assureur qui a payé la somme de 200 000 \$. La façon dont mon collègue aborde la question de la subrogation met l’accent sur l’assuré, en ne tenant pratiquement aucun compte de l’autre partie, l’assureur appellant, et n’accorde pas assez d’attention au caractère réciproque de ce contrat. Ce qui est encore plus étonnant, elle va à l’encontre du deuxième objectif de la subrogation énoncé par mon collègue, qui consiste à garantir « que c’est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera ».

Mon collègue laisse entendre, au par. 51, qu’il existerait une « opinion très répandue [. . .] voulant que les droits de subrogation aient une valeur pratiquement négligeable pour les assureurs ». Pour ma part, je ne crois pas que l’industrie des assurances dépense des millions de dollars chaque année pour exercer ses droits de recours par subrogation simplement dans le but abstrait d’éviter de surindemniser les assurés ou pour mener une croisade contre les auteurs de délits au nom de la moralité. Elle se donne cette peine parce qu’elle espère recouvrer des auteurs des délits une part importante du montant des sinistres afin d’améliorer globalement ses résultats techniques, en fonction desquels elle fixe ses primes. Si les procédures judiciaires par subrogation avaient une « valeur pratiquement négligeable », les assureurs, qui sont des professionnels en la matière, s’abstiendraient d’engager pareilles procédures. Un risque assorti d’un recours contre l’auteur du délit n’est pas comparable à un risque non assorti d’un tel recours. C’est le premier type de risque que l’appelant a accepté d’assumer en l’espèce, et c’est le deuxième qui lui est imposé par l’arrêt de notre Cour.

Bien que le droit de subrogation ne puisse être exercé qu’après le paiement de l’indemnité, il s’agit d’un droit conditionnel qui prend naissance dès la

MacGillivray on Insurance Law (9th ed. 1997), at paras. 22-28, p. 542; *John Edwards, supra*, at p. 254. My colleague contends at para. 52 that “[a]bsent any evidence of actual or probable loss, insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order to bar a claim made in good faith by the insured”. My colleague seems to suggest that proof of actual damage is a condition precedent to the insurer’s ability to consider itself relieved from performance of a reciprocal term of the contract. However, it is trite law that the breach of contract, unlike a tort, may be complete irrespective of whether damages occur or can be proven. Clause 10 of SEF 44 imposes no such condition precedent. It reads (to repeat):

Where a payment is made under this endorsement, the Insurer is entitled to receive from the eligible claimant, in consideration thereof, an assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not, and the eligible claimant undertakes to cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way, in the pursuit of any subrogated action or any right of action so assigned.

119 There is nothing here that requires the insurer first to prove the tortfeasor has substantial personal assets before it is entitled to an assignment of “all rights of action”. For the Court now to add the requirement that an insurer denied subrogation must prove that the denial did in fact result in “actual or probable loss” ignores the wording of SEF 44 and introduces unnecessary uncertainty in its day-to-day application.

D. *The Insured’s Right of Direct Action*

120 The Ontario Court of Appeal in this case distinguished the Alberta line of authority on the basis that Alberta’s SEF 42 did not expressly provide for a right of “direct action” by the insured against the insurer. (I note parenthetically, however, that the Alberta courts permit such a direct action as a matter of contract law prior to any judgment in tort being obtained against the wrongdoer: *Birtles v. Dominion*

signature de la police : *MacGillivray on Insurance Law* (9^e éd. 1997), par. 22-28, p. 542; *John Edwards, précité*, p. 254. Mon collègue avance, au par. 52, qu’« [e]n l’absence de preuve d’une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présomée atteinte à leurs droits de subrogation pour faire échec à une demande d’indemnité présentée de bonne foi par l’assuré ». Mon collègue semble suggérer que la preuve d’un dommage réel constitue une condition préalable à laquelle l’assureur doit satisfaire pour pouvoir se soustraire à l’exécution d’une stipulation réciproque du contrat. Pourtant, c’est un principe élémentaire en droit qu’un manquement contractuel, contrairement à un délit, peut être complet peu importe qu’un dommage puisse être établi ou soit survenu. La clause 10 de l’avenant SEF 44 n’impose pas pareille condition préalable. Voici, encore une fois, ce qu’elle prévoit :

Sur paiement d’une indemnité en application du présent avenant, l’Assureur a le droit d’obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d’action, qu’un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s’engage à coopérer avec l’Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d’action ainsi cédé.

En l’espèce, rien n’oblige l’assureur à prouver que l’auteur du délit possède des éléments d’actif personnels importants pour avoir droit à la cession de « tous les droits d’action ». L’imposition, par la Cour, d’une nouvelle exigence selon laquelle l’assureur dont on nie le droit à la subrogation doit d’abord prouver qu’il encourt de ce fait une « perte réelle ou probable » fait fi du libellé de l’avenant SEF 44 et créera inutilement de l’incertitude quant à son application pratique quotidienne.

D. *Le droit d’action directe de l’assuré*

La Cour d’appel de l’Ontario a estimé que la présente espèce était différente des cas examinés dans la jurisprudence albertaine, car l’avenant SEF 42 en Alberta ne prévoyait pas expressément de droit « d’action directe » de l’assuré contre l’assureur. (Je ferai cependant observer en passant que les tribunaux albertaines autorisent l’introduction d’une action directe fondée sur le droit des contrats avant

of *Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.), at p. 204.)

Ontario Regulation 535 provides for a direct action in s. 4(1)(c), as follows:

4. — (1) The determination as to whether the person insured under the contract is legally entitled to recover damages and, if so entitled, the amount thereof shall be determined,

(a) by agreement between the person insured under the contract and the insurer;

(b) at the request of the person insured under the contract, and with the consent of the insurer, by arbitration. . . .

(c) by a court of competent jurisdiction in Ontario in an action brought against the insurer by the person insured under the contract, and unless the determination has been previously made in a contested action by a court of competent jurisdiction in Ontario, the insurer may include in its defence the determination of liability and the amount thereof. [Emphasis added.]

(Schedule to the policy prescribed by *Revised Regulations of Ontario, 1980, Reg. 535* (now R.R.O. 1990, Reg. 676))

Regulation 535 clearly authorizes direct action against the insurer without first proceeding to judgment against the tortfeasor: *Barton v. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282 (C.A.), at p. 287; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133 (Ont. C.A.), at p. 135. However, for the reasons previously stated, my view is that the right of the insurer to contest “liability and the amount thereof” includes the defence that the insured is not “legally entitled to recover” any further amount from the tortfeasor at the time the insurance claim is made.

In *Johnson, supra*, the Ontario Court of Appeal rightly rejected the insurance company’s argument that a direct action must be commenced within two years of the accident. In that case the plaintiffs had initiated an action against an underinsured motorist within the two-year limitation under the *Highway*

le prononcé de tout jugement en responsabilité civile délictuelle contre l’auteur du délit : *Birtles c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.), p. 204.)

Le Règlement de l’Ontario 535 prévoit une action directe à l’al. 4(1)(c) :

[TRADUCTION]

4. — (1) La question de savoir si l’assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts et, dans l’affirmative, quel en est le montant, est tranchée, selon le cas :

a) par entente entre la personne assurée par le contrat et l’assureur;

b) à la demande de la personne assurée par le contrat et avec le consentement de l’assureur, par arbitrage . . .

c) par une cour compétente en Ontario dans une action intentée contre l’assureur par la personne assurée par le contrat, et l’assureur peut inclure dans sa défense la question de la responsabilité et du montant de celle-ci, sauf si une cour compétente en Ontario s’est déjà prononcée à cet égard dans le cadre d’une action contestée. [Je souligne.]

(Annexe de la police prescrite par le Règl. 535 des *Règlements refondus de l’Ontario de 1980* (maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676))

Il est clair que le Règlement 535 permet d’intenter une action directe contre l’assureur sans obtenir au préalable un jugement contre l’auteur du délit : *Barton c. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282 (C.A.), p. 287; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133 (C.A. Ont.), p. 135. Toutefois, pour les motifs exposés précédemment, je suis d’avis que le droit de l’assureur de contester « la responsabilité et [le] montant de celle-ci » englobe le moyen de défense portant que l’assuré n’a « le droit de recouvrer » aucun autre montant de l’auteur du délit à la date où il présente sa demande d’indemnité.

Dans l’arrêt *Johnson*, précité, la Cour d’appel de l’Ontario a repoussé à bon droit l’argument de la compagnie d’assurance voulant qu’une action directe doive être intentée dans un délai de deux ans suivant un accident. Dans cette affaire, les demandeurs avaient intenté une action contre

121

122

123

Traffic Act. Subsequently, after the expiry of the two-year limitation in tort, the plaintiffs purported to add their insurance company under the inadequately insured motorist endorsement. The trial judge held that the insured was required to commence action against his insurance company within the two-year tort limitation period and dismissed the action against the insurer. This was reversed by the Ontario Court of Appeal, correctly in my view, on the basis that the insured was not suing the insurer in tort but in contract and the limitation period with respect to his contractual claim did not begin to run until after all the material facts constituting its direct cause of action under SEF 44 were known to the insured.

l'automobiliste sous assuré dans le délai de deux ans prévu par le *Code de la route*. Par la suite, après l'expiration du délai de prescription de deux ans applicable à la responsabilité civile délictuelle, ils ont voulu joindre leur compagnie d'assurance à l'instance en application de l'avenant de sous-assurance des tiers. Le juge de première instance a statué que l'assuré était tenu d'engager une action contre sa compagnie d'assurance dans le délai de prescription de deux ans et a rejeté l'action contre l'assureur. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé sa décision, à bon droit à mon avis, au motif que la poursuite intentée par l'assuré contre l'assureur ne s'appuyait pas sur la responsabilité délictuelle, mais sur la responsabilité contractuelle, et que le délai de prescription de l'action contractuelle ne commençait à courir que lorsque l'assuré avait connaissance de tous les faits importants constituant sa cause d'action directe fondée sur l'avenant SEF 44.

124 A direct claim against the insurance company, according to Morden J.A. at p. 608, is a separate cause of action, the elements of which are:

Selon l'opinion du juge Morden, exprimée à la p. 608, une réclamation directe contre la compagnie d'assurance constitue une cause d'action distincte, dont voici les éléments :

(1) a person insured (2) who is [i.e., present tense] *legally entitled to recover damages* from the owner or driver of (3) an uninsured or unidentified automobile. [Emphasis added.]

[TRADUCTION]

(1) une personne assurée (2) qui a [noter le présent de l'indicatif] *le droit de recouvrer des dommages-intérêts* du propriétaire ou du conducteur (3) d'une automobile non assurée ou non identifiée. [Je souligne.]

125 The "cause of action accrues when the plaintiff (the person insured) has discovered these material facts or ought to have discovered them by the exercise of reasonable diligence" (*Johnson, supra*, at pp. 608-9). The relevant date to establish the cause of action against the insurer is the date the action is instituted against the insurer, not (despite the respondents' argument) at the earlier date when the accident occurred. That, indeed, is the whole point of Morden J.A.'s judgment.

La [TRADUCTION] « cause d'action prend naissance lorsque ces faits importants viennent à la connaissance du demandeur (la personne qui a subi le préjudice) ou lorsqu'il aurait dû les découvrir en faisant preuve d'une diligence raisonnable » (*Johnson, précité*, p. 608-609). La date pertinente pour établir la cause d'action contre l'assureur est celle de l'introduction de l'action contre l'assureur et non (malgré l'argument des intimées) la date antérieure à laquelle l'accident s'est produit. C'est là, de fait, l'élément décisif du jugement du juge Morden.

126 In his concurring judgment in *Johnson, supra*, Finlayson J.A. is even more explicit at p. 616 that "[i]f there is no 'legal entitlement to recover damages' with respect to the uninsured automobile, there can be no recourse against the insurer under s. 4(1)(c) of the Schedule". He differed from

Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Johnson, précité*, le juge Finlayson emploie des termes encore plus explicites à la p. 616 : [TRADUCTION] « en l'absence de tout "droit de recouvrer des dommages-intérêts" relativement à l'automobile non assurée, aucun recours fondé sur

Morden J.A. only in that in his view the cause of action against the insurer did not arise until “the insurer denies liability or the insured knows or ought to know that his claim will not be honoured” (p. 617).

The more problematic case is *Chambo*, *supra*. There, unlike *Johnson*, the plaintiff did not commence his action against the underinsured motorist until after expiry of the two-year limitation. The insurer took the position that its subrogated rights against the tortfeasor were thereby prejudiced, and it was justified in refusing the claim. The trial judge agreed. The action was therefore dismissed against the insurer. On appeal, the court held that the elimination of the insurers’ claim over against the tortfeasor was no defence. Osborne J.A. stated as follows (at p. 312):

It seems to me that in *Johnson v. Wunderlich*, Morden J.A. stated in unambiguous terms that in a direct action against the insurer, the words “legally entitled to recover damages”, in the context of the uninsured motorist coverage, require the insured person to establish only that the uninsured motorist is at fault and the amount of the insured person’s damages.

With respect, *Chambo* was a considerable and unjustified extension of *Johnson*. In the latter case the insured had preserved a subrogated claim against the tortfeasor by commencing an action within the limitation period. In *Chambo*, by contrast, the subrogated claim was lost. I agree with Osborne J.A. that it was open to the insured to bring a “direct action” against the insurer, but I think it was also open to the insurer to raise the defence that the insured was no longer “legally entitled to recover” damages from the tortfeasor within the terms of SEF 44.

With all due respect, I do not agree with the view taken by the Ontario Court of Appeal in *Chambo*

l’al. 4(1)c) de l’annexe ne peut être exercé contre l’assureur ». Les opinions de ce dernier et du juge Morden ne divergent que lorsqu’il déclare que la cause d’action contre l’assureur ne prend naissance qu’[TRADUCTION] « au moment où l’assureur nie toute responsabilité ou au moment où l’assuré sait ou devrait savoir que sa demande d’indemnité ne sera pas accueillie » (p. 617).

La décision qui fait le plus problème est *Chambo*, précitée. Dans cette affaire, contrairement à ce qui s’est passé dans *Johnson*, le demandeur n’a intenté son action contre l’automobiliste sous assuré qu’une fois le délai de prescription de deux ans écoulé. L’assureur prétendait avoir été lésé dans ses droits de subrogation contre l’auteur du délit, ce qui justifiait son rejet de la réclamation. Le juge de première instance lui a donné raison. L’action contre l’assureur a donc été rejetée. En appel, la cour a décidé que l’extinction du droit de recouvrement de l’assureur contre l’auteur du délit ne constituait pas un moyen de défense. Le juge Osborne a dit ce qui suit (à la p. 312) :

[TRADUCTION] Il me semble que dans *Johnson c. Wunderlich*, le juge Morden a dit en termes non équivoques que dans une action directe contre l’assureur, les mots « le droit de recouvrer des dommages-intérêts », dans le contexte de la garantie non-assurance des tiers, exigent que l’assuré établisse seulement la faute de l’automobiliste non assuré et le montant du dommage subi par l’assuré.

À mon humble avis, l’arrêt *Chambo* étend considérablement et de façon injustifiée la portée de la décision *Johnson*. Dans celle-ci, l’assuré avait préservé le droit de recours par subrogation contre l’auteur du délit en intentant une action avant l’expiration du délai de prescription. Dans *Chambo*, au contraire, le droit de recours par subrogation s’était éteint. Je suis d’accord avec le juge Osborne pour dire qu’il était loisible à l’assuré d’intenter une « action directe » contre l’assureur, mais je crois qu’il était aussi loisible à l’assureur de faire valoir en défense que l’assuré n’avait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l’auteur du délit au sens de l’avenant SEF 44.

Je ne partage pas l’opinion exprimée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Chambo* et dans la

127

128

129

and in the present case that conferral of a right of “direct action” provided by s. 4(1)(c) of Regulation 535, a procedural provision, governs the interpretation of the risk accepted by the insurer. It is true that s. 4(1)(c) takes away the right of the insurance company to say that a direct claim is “premature” because the litigation between the insured and the third party tortfeasor has not been pursued to completion. At the same time, however, I do not see how a procedural section such as 4(1)(c) can alter the contractual risk undertaken by the insurance company under SEF 44. Whether the amount to which the respondents are legally entitled is resolved under Regulation 535 by agreement or arbitration or direct action in court, the amount is nevertheless determined by the insurance contract itself, and in this case the terms of SEF 44 themselves speak in the present tense of “is legally entitled to recover” and explicitly make subrogation part of the package accepted by both parties to the insurance contract.

présente espèce, à savoir que l’attribution d’un droit d’« action directe » à l’al. 4(1)c) du Règlement 535, qui est une disposition de nature procédurale, régit l’interprétation du risque que l’assureur a accepté d’assumer. Il est vrai que l’al. 4(1)c) prive la compagnie d’assurance du droit de plaider qu’une réclamation directe est « prématurée » parce que le litige entre l’assuré et le tiers auteur du délit n’est pas terminé. Par contre, je ne vois pas comment une disposition de nature procédurale comme l’al. 4(1)c) pourrait modifier le risque que la compagnie d’assurance s’est engagée contractuellement à couvrir au moyen de l’avenant SEF 44. Que le montant auquel ont droit les intimées soit établi en vertu du Règlement 535 par entente, arbitrage ou action directe en justice, il reste qu’il est déterminé par le contrat d’assurance même et, en l’espèce, l’avenant SEF 44 emploie le présent de l’indicatif (« a le droit de recouvrer ») et stipule explicitement que la subrogation fait partie de la convention globale à laquelle les deux parties au contrat d’assurance ont souscrit.

130 If the insured has prejudiced the subrogation rights of the insurer then this defence should be open to the insurer whether it is pleaded against the insured in a direct action or otherwise.

Si l’assuré a porté atteinte aux droits de subrogation de l’assureur, alors ce dernier devrait pouvoir opposer ce moyen de défense à l’assuré, dans le cadre d’une action directe ou autrement.

131 Counsel for the respondents also placed a good deal of reliance on *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.) decided shortly after *Chambo*, but I do not see that this decision helps him. In that case, the Ontario courts were careful to rectify a release to preserve the insurer’s rights of subrogation against the tortfeasor. If, as the respondents contend, loss of the rights of subrogation are of no consequence in a direct action against the insurer, it is difficult to see why the courts were at pains to rectify the release to enable the subrogation action to proceed.

L’avocat des intimées s’est également appuyé dans une large mesure sur la décision *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), qui a suivi de peu l’arrêt *Chambo*, mais je ne vois pas de quel secours elle lui serait. Dans cette affaire, les tribunaux ontariens ont pris soin de corriger une quittance pour préserver les droits de subrogation de l’assureur contre l’auteur du délit. Si, comme le soutiennent les intimées, la perte des droits de subrogation n’a aucune incidence dans une action directe contre l’assureur, on comprend mal pourquoi les tribunaux se sont donné la peine de corriger la quittance pour permettre le déroulement de l’action par subrogation.

E. *The American Authorities*

E. *La jurisprudence américaine*

132 The respondents rely on the American cases of *Transnational Insurance Co. v. Simmons*, 507 P.2d 693 (Ariz. Ct. App. 1973), and *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d

Les intimées s’appuient sur les précédents américains *Transnational Insurance Co. c. Simmons*, 507 P.2d 693 (Ariz. Ct. App. 1973), et *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d

482 (N.Y. 1966) for the proposition that under comparable uninsured motorist coverage in at least some of the United States, failure by the insured to protect his or her rights against a tortfeasor affords no defence in a direct action against the insurance company. My colleague, Iacobucci J., suggests that we adopt the majority view (para. 34) reached in various U.S. jurisdictions. I have not undertaken a nose count of the American courts, but their decisions, like ours, are tied to the particular text of their respective policies. In neither the *Transnational Insurance* nor *DeLuca* cases did the insurance policies at issue contain explicit reference to subrogation rights. In *Allstate Insurance Co. v. Skeeters*, 846 F.2d 932 (4th Cir. 1988), on the other hand, where the insurance policy in issue made direct reference to the subrogation interest of the insurer, it was held that a settlement agreement entered into by the insured without the agreement of the insurer defeated the latter's subrogation interest and thereby provided the insurance company with a complete defence to the claims under the policy. None of these cases is on all fours with SEF 44 and I think we must interpret the Ontario insurance provision in accordance with our own canons of interpretation.

F. *Reopening the Limits Agreement*

In oral argument, respondents' counsel suggested that the insurer could move to set aside the Limits Agreement under s. 278(6) of the Ontario *Insurance Act*, which provides:

278. . . .

(6) A settlement or release given before or after an action is brought does not bar the rights of the insured or the insurer, as the case may be, unless they have concurred therein.

However, this provision must be read in light of the other provisions of s. 278 which govern the subrogation rights of insurers in Ontario. Section 278(1) provides that

[a]n insurer who makes any payment or assumes liability therefor under a contract is subrogated to all rights of

482 (N.Y. 1966), pour affirmer qu'en matière de garantie non-assurance des tiers, dans au moins quelques États des États-Unis, l'omission de l'assuré de préserver ses droits contre l'auteur du délit ne constitue pas un moyen de défense dans une action directe contre la compagnie d'assurance. Mon collègue le juge Iacobucci propose que nous adoptions le point de vue majoritaire (par. 34) exprimé dans différents ressorts des États-Unis. Je ne me suis pas donné la peine de faire le compte des tribunaux américains, mais leurs décisions sont, comme les nôtres, liées au texte particulier des polices pertinentes. Ni dans *Transnational Insurance* ni dans *DeLuca* les polices en cause ne faisaient expressément mention des droits de subrogation. En revanche, dans *Allstate Insurance Co. c. Skeeters*, 846 F.2d 932 (4th Cir. 1988), où la police d'assurance en cause mentionnait expressément le droit de subrogation de l'assureur, la cour a décidé qu'un règlement amiable conclu par l'assuré sans l'assentiment de l'assureur privait celui-ci de son droit de subrogation et représentait de ce fait pour la compagnie d'assurance un moyen de défense complet contre les demandes d'indemnité fondées sur la police. Aucune de ces affaires ne présente d'analogie parfaite avec l'aveant SEF 44 et je pense que nous devons interpréter la disposition d'assurance ontarienne conformément à nos propres règles d'interprétation.

F. *La réouverture de la convention de limitation*

Dans sa plaidoirie, l'avocat des intimées a fait valoir que l'assureur pourrait demander que soit annulée la convention de limitation en vertu du par. 278(6) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, qui dispose :

278. . . .

(6) Un règlement conclu ou une quittance donnée avant ou après l'introduction de l'action ne fait pas obstacle aux droits de l'assuré ou de l'assureur, selon le cas, à moins qu'ils n'aient donné leur consentement à cet effet.

Toutefois, cette disposition doit être rapprochée des autres dispositions de l'art. 278 qui régissent les droits de subrogation en Ontario. Le paragraphe 278(1) dispose :

L'assureur qui effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet en vertu d'un contrat est subrogé à tous

133

134

recovery of the insured against any person and may bring action in the name of the insured to enforce those rights. [Emphasis added.]

The various subsections of s. 278 deal with the procedure to be followed in conducting a subrogated claim, e.g., whether the insured or the insurer has carriage of the litigation, division of proceeds, etc. Given its legislative context, s. 278(6) has been interpreted to apply only once the insurer has paid or assumed liability to pay an amount to the insured. In *Biafore v. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409 (Div. Ct.), Estey C.J.H.C. stated that (at p. 410)

both practicality and the balanced reading of [s. 278(1) and (6)] require the interpretation of the section to mean that the effective right of subrogation cannot be destroyed by the execution after payment of a release by the insured alone. [Emphasis added.]

See also *Toronto Hydro-Electric Commissioners v. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539 (Co. Ct.), and *Burns v. Ferri* (1992), 8 O.R. (3d) 11 (Gen. Div.), reversed on other grounds (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.).

135 In my view, s. 278(6) is intended to protect the interests of an insurer who has paid or assumed liability for payment to the insured. It does not limit the ability to settle an action of a plaintiff who has not claimed (and may never claim) against the insurer.

136 At the time the respondents in this case entered into the Limits Agreement, they had made no claim against their insurer. They were free to conduct the litigation, or release the tortfeasor, as they saw fit. To allow an insurer who had no interest at the time to come along years after the settlement to contest the validity of the Limits Agreement would only contribute uncertainty to the settlement process and undermine the finality of litigation.

les droits de recouvrement que l'assuré possède contre toute personne et peut intenter une action au nom de l'assuré pour faire valoir ces droits. [Je souligne.]

Les divers paragraphes de l'art. 278 traitent de la procédure applicable à l'action intentée par l'assureur subrogé; par exemple, ils déterminent qui de l'assureur ou de l'assuré a la conduite de l'action, comment est partagé le montant recouvré, etc. Vu le contexte dans lequel il s'insère, le par. 278(6) a été interprété comme s'appliquant seulement à l'assureur qui a payé un montant à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet effet. Dans *Biafore c. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409 (C. div.), le juge Estey, juge en chef de la Haute Cour, dit ceci (à la p. 410) :

[TRADUCTION] . . . tant les considérations pratiques que l'analyse pondérée des [par. 278(1) et (6)] commandent que l'article soit interprété comme signifiant que la signature après paiement d'une quittance par l'assuré seul ne peut emporter l'extinction du véritable droit de subrogation. [Je souligne.]

Voir aussi les décisions *Toronto Hydro-Electric Commissioners c. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539 (C. cté), et *Burns c. Ferri* (1992), 8 O.R. (3d) 11 (Div. gén.), infirmée pour d'autres motifs (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.).

À mon avis, le par. 278(6) est censé protéger les intérêts d'un assureur qui a versé une indemnité à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet égard. Il ne limite pas la capacité de régler une action d'un demandeur qui n'a pas présenté (et peut ne jamais présenter) une demande d'indemnité contre l'assureur.

Au moment où les intimées en l'espèce ont conclu leur convention de limitation, elles n'avaient présenté aucune demande d'indemnité à leur assureur. Elles étaient libres d'engager une action ou de donner quittance à l'auteur du délit, à leur gré. Permettre à l'assureur qui n'avait aucun intérêt à l'époque de venir plusieurs années après le règlement contester la validité de la convention de limitation ne ferait qu'insérer un élément d'incertitude dans le processus de règlement et porter atteinte au caractère définitif des instances.

V. Conclusion

I do not think the consumer-oriented approach formulated in *July, supra*, permits us to rewrite the risk which the insurance company accepted under SEF 44, namely the net loss after potential rights of subrogation had been exhausted.

Nor do I believe it is unduly burdensome to require the respondents to have exercised a level of diligence in keeping alive their rights against the tortfeasor that would be expected of them in conducting their affairs in their own interest. After all, prior to making the claim against the appellant, they were acting on their own account, and it is not unfair that they now be held responsible for the consequences of the Limits Agreement they freely entered into.

VI. Disposition

In my view, the appeal should be allowed with costs.

Appeal dismissed, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.

Solicitors for the respondents: Falconeri Strype, Toronto.

V. Conclusion

Je ne pense pas que l'interprétation favorable au consommateur préconisée dans l'arrêt *July*, précité, nous autorise à redéfinir le risque que la compagnie d'assurance a accepté de couvrir dans l'avenant SEF 44, à savoir la perte nette après épuisement des droits de subrogation potentiels.

Je ne crois pas non plus que ce soit imposer une contrainte excessive aux intimées que de les astreindre, en ce qui a trait à la préservation de leurs droits contre l'auteur du délit, au degré de diligence qu'on aurait attendu d'elles si elles avaient mené le dossier dans leur propre intérêt. Après tout, avant de présenter leur demande d'indemnité à l'appelante, elles *agissaient* pour leur propre compte et il n'est pas inéquitable de les tenir maintenant responsables des conséquences de la convention de limitation qu'elles ont conclue librement.

VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté, les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.

Procureurs des intimées: Falconeri Strype, Toronto.

137

138

139

CIBC Mortgage Corporation *Appellant*

v.

Marcella Vasquez *Respondent*

and

Canada Mortgage and Housing Corporation *Intervener*

and

Antonio Fernandez and the Directors of the Condominium “Association Place Garland” and the Registrar of the Montreal Registration Division *Mis en cause*

INDEXED AS: CIBC MORTGAGE CORP. v. VASQUEZ

Neutral citation: 2002 SCC 60.

File No.: 27963.

2002: February 12; 2002: September 12.

Present: L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Hypothecs — Exercise of hypothecary rights — Taking in payment — Need for hypothecary creditor to obtain authorization from court before taking property in payment where debtor has already discharged one-half or more of obligation secured by hypothec — Whether expression “obligation secured by the hypothec” in art. 2778 C.C.Q. refers to capital and interest on capital.

In 1986, the appellant lent the respondent \$40,800 to purchase a residential condominium. The deed of hypothecary loan provided for annual interest of 11 percent as well as monthly payments of \$392.71, which included interest and capital, for a term of five years. The capital was amortized over 25 years. The loan was renewed several times and was to expire on October 30, 1997. On June 30, 1997, the respondent defaulted on her obligations under the deed of loan. The appellant served a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy on

CIBC Mortgage Corporation *Appelante*

c.

Marcella Vasquez *Intimée*

et

Société canadienne d’hypothèques et de logement *Intervenante*

et

Antonio Fernandez et les administrateurs du condominium « Association Place Garland » et l’Officier de la publicité des droits de la circonscription foncière de Montréal *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : CIBC MORTGAGE CORP. c. VASQUEZ

Référence neutre : 2002 CSC 60.

N° du greffe : 27963.

2002 : 12 février; 2002 : 12 septembre.

Présents : Les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Hypothèques — Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Nécessité pour le créancier hypothécaire d’obtenir l’autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement lorsque le débiteur a déjà acquitté la moitié ou plus de l’obligation garantie par hypothèque — L’expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l’art. 2778 C.c.Q. vise-t-elle le capital et les intérêts qu’il produit?

En 1986, l’appelante prête à l’intimée la somme de 40 800 \$ pour l’achat d’un condominium résidentiel. L’acte de prêt hypothécaire prévoit un intérêt annuel de 11 pour 100 ainsi que des mensualités de 392,71 \$, qui incluent les intérêts et le capital, pour un terme de cinq ans. L’amortissement du capital s’effectue sur une base de 25 ans. Le prêt est renouvelé à quelques reprises pour ultimement venir à échéance le 30 octobre 1997. À compter du 30 juin 1997, l’intimée fait défaut de respecter ses obligations aux termes de l’acte de prêt. L’appelante lui

her informing her that it would be exercising the remedy of taking of the immovable in payment, unless she remedied the defaults indicated within 60 days. When the respondent did nothing, the appellant served a motion for forced surrender and taking in payment on her. The respondent objected, contending that in calculating the "obligation secured by the hypothec" within the meaning of art. 2778 *C.C.Q.*, both the capital and the interest paid had to be included. By that method of calculation, she had paid more than half of the amount secured, and the appellant was therefore not entitled to take in payment without prior judicial authorization. At the hearing at first instance, the appellant obtained leave to amend its motion to include a motion in the alternative to authorize the taking in payment remedy. The Superior Court accepted the respondent's objection and declared that the motion for taking in payment could not be allowed. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld that decision.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The expression "obligation secured by the hypothec" in art. 2778 *C.C.Q.* refers to both the capital and the interest on the capital.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Arbour JJ.: For the purposes of art. 2778 *C.C.Q.*, the interest paid by the respondent should be included in calculating the percentage of the debt that she had already discharged at the point when the prior notice of exercise of the remedy was registered. The deed of loan between the parties expressly states that the respondent's obligation is to repay both the capital and the interest. It also provides for an additional hypothec to secure the additional interest that was not covered automatically with the same rank as the principal hypothec. In addition, the prior notice of the exercise of the hypothecary remedy stipulated that the respondent's default related to the non-payment of the monthly payments of capital and interest. The clauses of the deed of loan and the prior notice of exercise of the remedy therefore indicate that the parties had agreed to include interest in the obligation secured by the hypothec. The analysis of the statutory provisions that are related to art. 2778 also shows that the expression "obligation secured by the hypothec" covers not only the obligation in respect of the capital but also the obligation to pay interest. Finally, the legislative origin of art. 2778 and the *Commentaires du ministre de la Justice* concerning the provision, as well as the overall approach taken by the legislature to hypothecs, all support the inclusion of interest. Article 2778, which is new law, is modelled on s. 142 of the *Consumer Protection Act* and creates equitable measures designed to protect a debtor who has already discharged a substantial portion of his or her obligations against loss of the hypothecated property. The common

notifie un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire l'informant qu'elle exercera le recours de prise en paiement de l'immeuble, à moins qu'elle ne remédie aux défauts indiqués dans les 60 jours. Devant l'inaction de l'intimée, l'appelante lui signifie une requête en délaissement forcé et prise en paiement. L'intimée s'objecte en soutenant que le calcul de l'« obligation garantie par hypothèque » au sens de l'art. 2778 *C.c.Q.* doit inclure tant le capital que les intérêts versés. Selon cette méthode de calcul, elle aurait versé plus de la moitié de la somme garantie et l'appelante n'aurait donc pas droit à la prise en paiement sans autorisation judiciaire préalable. Lors de l'audition en première instance, l'appelante obtient la permission d'amender sa requête afin d'inclure une demande subsidiaire d'autorisation d'exercer le recours de prise en paiement. La Cour supérieure fait droit à l'objection de l'intimée et déclare la requête pour prise en paiement irrecevable. La Cour d'appel, à la majorité, confirme cette décision.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L'expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l'art. 2778 *C.c.Q.* vise le capital ainsi que les intérêts qu'il produit.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Arbour : Pour l'application de l'art. 2778 *C.c.Q.*, il y a lieu de tenir compte des intérêts payés par l'intimée dans le calcul du pourcentage de la dette qu'elle a déjà acquitté au moment de l'inscription du préavis d'exercice. L'acte de prêt intervenu entre les parties mentionne expressément que l'obligation de l'intimée vise tant le remboursement du capital que le paiement des intérêts. Il prévoit également une hypothèque additionnelle afin de garantir, au même rang que l'hypothèque principale, le surplus des intérêts non couverts automatiquement. De plus, le préavis d'exercice du recours hypothécaire stipule que le défaut de l'intimée vise le non-paiement des mensualités en capital et intérêts. Les clauses de l'acte de prêt et le préavis d'exercice indiquent donc que les parties ont convenu d'inclure les intérêts dans l'obligation garantie par l'hypothèque. L'analyse des dispositions législatives connexes à l'art. 2778 démontre également que l'expression « obligation garantie par hypothèque » vise non seulement l'obligation en capital mais aussi celle de payer les intérêts. Enfin, l'origine législative de l'art. 2778 et les *Commentaires du ministre de la Justice* relatifs à cette disposition, ainsi que l'orientation globale du législateur en matière d'hypothèques, militent tous en faveur de l'inclusion des intérêts. L'article 2778, qui est de droit nouveau, s'inspire de l'art. 142 de la *Loi sur la protection du consommateur* et prévoit des mesures d'équité destinées à protéger le débiteur qui a déjà acquitté une bonne partie de ses obligations contre la perte du bien hypothéqué. Le but commun des art. 2778 et 142 est d'empêcher

purpose of art. 2778 and s. 142 is to prevent a creditor from becoming the owner of property the value of which is much greater than the balance owing on the debt to the creditor. The provisions relating to taking in payment in the *Civil Code of Québec* are one of a number of measures implemented to protect the hypothecary debtor that are aimed at preventing a hypothec from being granted too easily and permitting the debtor to defeat the exercise of the creditor's hypothecary rights even after the prior notice of exercise of a right has been served on the debtor.

For the purposes of art. 2778 *C.C.Q.*, what must be done, first, is to calculate the percentage of the obligation that had been discharged by the respondent. The obligation secured by the hypothec is calculated by adding what has already been paid to the remainder owing at the time of registration of the prior notice of exercise of the right. Here, the method of calculation applied by the courts below is incorrect since it includes the additional hypothec provided for in the deed of loan while there is no evidence that any amounts covered by that hypothec had been incurred. In view of the total amount of the obligation secured by the hypothec and of the repayment made by the respondent on the date of the prior notice, the respondent had discharged more than half the obligation secured by the hypothec and the appellant therefore had to obtain the authorization of the court before taking property in payment.

The court hearing such a request for authorization must exercise the discretion given to it by art. 2778 *C.C.Q.* judicially, that is, having regard to the relevant factors. The main factors to be taken into consideration are the balance of the debt and the value of the goods. The court must also take into consideration the conduct of the parties to the litigation. In this case, the parties did not tender any evidence relating to the factors that are relevant to the exercise of the discretion and this Court is therefore not in a good position to decide a question of fact that was never argued in the courts below. The judgment of the Court of Appeal should therefore be affirmed and judicial authorization to take property in payment denied.

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): In the case of a loan of money secured by hypothec, the expression "obligation secured" in art. 2778 *C.C.Q.* refers only to the capital advanced.

The agreement or the right protected must be examined, and the nature of that right or agreement defined, to understand what the expression "obligation secured" in art. 2778 *C.C.Q.* means. Here, the hypothec is connected to a loan of money, which was granted for the purpose of acquiring an immovable. A loan creates ancillary obliga-

qu'un créancier ne devienne propriétaire d'un bien dont la valeur serait de beaucoup supérieure au solde de sa créance. Les dispositions en matière de prise en paiement prévues au *Code civil du Québec* s'inscrivent d'ailleurs dans le cadre de plusieurs autres mesures de protection du débiteur hypothécaire qui visent à empêcher la constitution trop facile d'une hypothèque et à permettre au débiteur de faire échec à l'exercice des droits hypothécaires du créancier même après que le préavis d'exercice lui ait été signifié.

Aux fins de l'application de l'art. 2778 *C.c.Q.*, il convient d'abord de déterminer le pourcentage de l'obligation acquittée par l'intimée. Le calcul de l'obligation garantie par hypothèque se fait par l'addition de ce qui a déjà été acquitté avec ce qui reste dû au moment de l'inscription du préavis d'exercice. En l'espèce, la méthode de calcul appliquée par les instances inférieures est erronée puisqu'elle inclut l'hypothèque additionnelle prévue à l'acte de prêt alors qu'il n'existe aucune preuve que des montants couverts par cette hypothèque ont été encourus. Compte tenu du total de l'obligation garantie par hypothèque et du remboursement effectué par l'intimée à la date du préavis, l'intimée a remboursé plus de la moitié de l'obligation garantie par hypothèque et l'appelante devait donc obtenir l'autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement.

Le tribunal saisi d'une telle demande d'autorisation doit exercer la discrétion que lui accorde l'art. 2778 *C.c.Q.* de manière judiciaire, c'est-à-dire en tenant compte des facteurs pertinents. Les principaux facteurs qu'il doit considérer sont le solde de la dette et la valeur du bien. Il doit également tenir compte du comportement des parties au litige. En l'espèce, les parties n'ont présenté aucune preuve relative aux facteurs pertinents à l'exercice de la discrétion et cette Cour est donc mal placée pour décider d'une question de faits qui n'a aucunement été plaidée devant les instances inférieures. Il y a donc lieu de confirmer le jugement de la Cour d'appel et de refuser l'autorisation judiciaire d'exercer le recours de prise en paiement.

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Dans le cas d'un prêt d'argent garanti par hypothèque, l'expression « obligation garantie » à l'art. 2778 *C.c.Q.* ne vise que le capital avancé.

Il faut examiner l'engagement ou le droit protégé par l'hypothèque et en définir la nature pour comprendre la signification de l'expression « obligation garantie » prévue à l'art. 2778 *C.c.Q.* En l'espèce, l'hypothèque se rattache à un prêt d'argent consenti pour l'acquisition d'un immeuble. Le prêt donne naissance à des obligations

tions, the main one being the payment of interest from the date the money is handed over. Interest essentially represents rent on the money, while protecting the creditor in whole or in part from the vicissitudes of monetary depreciation and the risks inherent in the transaction. In a hypothecary loan, there is a close correlation between the money advanced by the creditor and the security given to the creditor. The capital that the debtor acquires corresponds to the capital that the creditor lends. The objective of art. 2778 is therefore to prevent the debtor from losing his or her own capital when the creditor has recovered his or her capital or what is deemed to be a significant portion of that capital. Payment of interest compensates the creditor for making his or her capital available to the debtor. On the other hand, once the capital has been repaid, interest ceases to run and the obligation has been extinguished. In accordance with the principles of the law of obligations that define the effect of payment, the extinction of the principal obligation, the obligation to repay the capital, results in the cancellation of the accessory obligations included in the contractual obligations, and of the security given to guarantee performance of those obligations. The interpretation of the concept of the "obligation secured" is consequently based on the concept of capital. The appellant was thus entitled to take in payment, since it had not yet received half of the capital advanced. Its motion for taking in payment should therefore have been allowed.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.

Referred to: *Sommers v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678.

By LeBel J. (dissenting)

Doré v. Verdun (City), [1997] 2 S.C.R. 862; *167599 Canada Inc. v. 9007-4337 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2657; *Québec (Procureur général) v. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1040a et seq.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 6, 7, 1406, 1437, 2329, 2330, 2332, 2660, 2664, 2667, 2687, 2688, 2689, 2690, 2693, 2696, 2747, 2748, 2757, 2758, 2760, 2761, 2762, 2767, 2771, 2775, 2778, 2779 [am. 1992, c. 57, s. 716], 2782, 2789, 2797, 2805, 2959, 2960.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 67, 70(a), 71, 91, 93, 109, 142, 143.

accessoires, dont la principale consiste dans le paiement d'intérêts à la remise des fonds. Ceux-ci représentent principalement le loyer de la somme d'argent, tout en protégeant le créancier en tout ou en partie des aléas de la dépréciation monétaire et des risques inhérents à la transaction. Dans un prêt hypothécaire, il existe une corrélation étroite entre l'avance faite par le créancier et la sûreté que lui consent le débiteur. Au capital que le créancier prête correspond celui qu'acquiert le débiteur. L'objectif de l'art. 2778 consiste alors à empêcher que le débiteur perde son propre capital alors que le créancier a récupéré le sien ou une partie jugée importante de celui-ci. Le paiement de l'intérêt rémunère le créancier pour la mise de son capital à la disposition de son débiteur. Par contre, une fois le capital remis, le cours de l'intérêt s'arrête et l'obligation s'éteint. Conformément aux principes du droit des obligations qui définissent l'effet du paiement, l'extinction de l'obligation principale, soit la remise du capital, entraîne l'anéantissement des accessoires inclus dans les obligations contractuelles et de la sûreté qui les garantit. Par conséquent, l'interprétation du concept d'obligation garantie renvoie à la notion de capital. L'appelante avait ainsi droit à la prise en paiement puisqu'elle n'avait pas encore reçu la moitié du capital avancé. Sa demande de prise en paiement aurait donc dû être accueillie.

Jurisprudence

Citée par les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier

Arrêt mentionné : *Sommers c. The Queen*, [1959] R.C.S. 678.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Doré c. Verdun (Ville), [1997] 2 R.C.S. 862; *167599 Canada Inc. c. 9007-4337 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2657; *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1040a et suiv.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 6, 7, 1406, 1437, 2329, 2330, 2332, 2660, 2664, 2667, 2687, 2688, 2689, 2690, 2693, 2696, 2747, 2748, 2757, 2758, 2760, 2761, 2762, 2767, 2771, 2775, 2778, 2779 [mod. 1992, ch. 57, art. 716], 2782, 2789, 2797, 2805, 2959, 2960.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 67, 70a), 71, 91, 93, 109, 142, 143.

Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1, ss. 51-61.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Ciotola, Pierre. "The Reform of Security under the Civil Code of Quebec". In *Reform of the Civil Code*, vol. 4B, *Prior Claims and Hypothecs, Reform of Security, Publication of Rights*. Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 2000.
- Crépeau, Paul-André. "Essai de lecture du message législatif", dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995, 199.
- Huet, Jérôme. *Traité de droit civil: Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 2001.
- L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.
- Loungnarath, Vilaysoun, Jr. "L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques" (1995), 26 *R.D.U.S.* 1.
- Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
- Mayrand, Albert. "De l'équité dans certains contrats: nouvelle section du Code civil". Dans *Lois nouvelles*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1965, 51.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1995.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.D.I. 188, [2000] Q.J. No. 1169 (QL), allowing in part the appellant's appeal from a decision of the Superior Court, [1998] R.D.I. 612.

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, ch. P-40.1, r. 1, art. 51-61.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Ciotola, Pierre. « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec ». Dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 303.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Crépeau, Paul-André. « Essai de lecture du message législatif », dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995, 199.
- Huet, Jérôme. *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 2^e éd. Paris : L.G.D.J., 2001.
- L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.
- Loungnarath, Vilaysoun, Jr. « L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques » (1995), 26 *R.D.U.S.* 1.
- Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
- Mayrand, Albert. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil ». Dans *Lois nouvelles*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1965, 51.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.
- Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*. Sherbrooke : Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1995.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.D.I. 188, [2000] J.Q. n^o 1169 (QL), qui a accueilli en partie l'appel interjeté par l'appelante contre une décision de la Cour

Appeal dismissed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Michel Deschamps and Jean-François Boisvenu, for the appellant.

Alain Barrette and Vincent Kaltenback, for the respondent.

Raynold Langlois, Q.C., and *Éric Simard*, for the interveners.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Arbour JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ AND GONTHIER JJ. —

I. Introduction

The issue in this appeal is the interpretation of art. 2778 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), which reads as follows:

Where, at the time of registration of the creditor’s prior notice, the debtor has already discharged one-half or more of the obligation secured by the hypothec, the creditor shall obtain authorization from the court before taking property in payment, except where the person against whom the right is exercised has voluntarily surrendered the property.

We have read the reasons of LeBel J., and with respect, we do not share our colleague’s opinion that the interest is not included in the expression “obligation secured by the hypothec” in art. 2778 C.C.Q. We are of the opinion that this expression refers to both the capital and the interest on the capital. The deed of loan signed by the parties (Exhibit R-1), the statutory provisions related to the article in question, the legislative origin of the article, the *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société* (1993), vol. II, and the overall approach taken by the legislature to hypothecs all support the inclusion of interest in the calculation of the obligation that has been discharged by the debtor at the time of registration of the creditor’s prior notice of the exercise of taking in payment. Vallerand J.A., who wrote the reasons of the majority of the Court of Appeal, agreed with the trial judge on this point, and like the courts below, we conclude that the respondent has discharged

supérieure, [1998] R.D.I. 612. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Michel Deschamps et Jean-François Boisvenu, pour l’appelante.

Alain Barrette et Vincent Kaltenback, pour l’intimée.

Raynold Langlois, c.r., et *Éric Simard*, pour l’intervenante.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Arbour a été rendu par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET GONTHIER —

I. Introduction

Ce pourvoi vise l’interprétation de l’art. 2778 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), qui se lit comme suit :

À moins que celui contre qui le droit est exercé ne délaisse volontairement le bien, le créancier doit obtenir l’autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement lorsque le débiteur a déjà acquitté, au moment de l’inscription du préavis du créancier, la moitié, ou plus, de l’obligation garantie par hypothèque.

Nous avons pris connaissance des motifs du juge LeBel et avec égards, nous ne partageons pas l’opinion de notre collègue selon laquelle le montant des intérêts n’est pas inclus dans l’expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l’art. 2778 C.c.Q. Nous sommes d’avis que cette expression vise tant le capital que les intérêts qu’il produit. L’acte de prêt intervenu entre les parties (pièce R-1), les dispositions législatives connexes à l’article en cause, son origine législative, les *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société* (1993), t. II, ainsi que l’orientation globale du législateur en matière d’hypothèques militent tous en faveur de l’inclusion des intérêts dans le calcul de l’obligation acquittée par le débiteur au moment de l’inscription du préavis d’exercice de la prise en paiement. Le juge Vallerand, qui a rédigé les motifs de la majorité en Cour d’appel, partage l’opinion de la juge de première instance sur cette question et, à l’instar des

1

2

slightly more than half of the obligation secured by the hypothec, and therefore that authorization from the court was required in order to take the property in payment.

II. Deed of Hypothec Signed by the Parties

3 The trial judge and the majority judges of the Court of Appeal interpreted the expression “obligation secured by the hypothec” (art. 2778 *C.C.Q.*) having regard to the deed of loan signed by the parties (Exhibit R-1). It should be noted, first, that because there is no evidence that the appellant and the respondent did not freely agree to the terms set out in the deed of loan, the contract is binding on the parties. The deed of loan very plainly provides that the respondent’s obligation is to repay both the capital and the interest. We must conclude from this that the parties had mutually agreed to include the interest in the obligation secured. Clause 6 of the deed of loan reads as follows:

(6) To secure repayment of all advances made to him or on his behalf by the Lender and payment of all interest thereon . . . the Borrower firstly hypothecates in favour of the Lender . . . [Emphasis added.]

4 In addition, even interest that has lost its hypothecary rank because of the combined effect of arts. 2959 and 2960 *C.C.Q.* (which is not the case here) is protected, in this case, by clause 13 of the deed of loan. In that clause, the parties provided for an additional hypothec in an amount equal to 20 percent of the capital amount, to secure the additional interest that was not covered automatically with the same rank as the principal hypothec.

(13) To secure the payment of all sums payable to the Lender under any provision of this deed and not secured by the hypothec hereinabove created, the Borrower hypothecates the property in favour of the Lender for the further sum of twenty percent (20%) of the principal sum determined in Section 1 hereof. [Emphasis added.]

instances inférieures, nous concluons que l’intimée a acquitté un peu plus de la moitié de l’obligation garantie par l’hypothèque et que, par conséquent, l’autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement était requise.

II. L’acte de prêt intervenu entre les parties

La juge de première instance ainsi que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont interprété l’expression « obligation garantie par hypothèque » (art. 2778 *C.c.Q.*) à la lumière de l’acte de prêt intervenu entre les parties (pièce R-1). Il y a lieu de souligner, de prime abord, que comme il n’existe aucune preuve que l’appelante et l’intimée n’aient pas librement accepté les conditions prévues à l’acte de prêt, ce contrat fait loi entre les parties. Or, l’acte de prêt prévoit en toutes lettres que l’obligation de l’intimée vise tant le remboursement du capital que le paiement des intérêts. On doit en conclure que les parties se sont mutuellement entendues pour inclure les intérêts dans l’obligation garantie. La clause 6 de l’acte de prêt se lit comme suit :

(6) Afin d’assurer le remboursement de toutes les avances faites par le prêteur à l’emprunteur ou pour le compte de ce dernier, et le paiement de tous les intérêts sur icelles, [. . .] l’emprunteur, en premier lieu, hypothèque en faveur du prêteur . . . [Nous soulignons.]

De plus, même les intérêts qui auraient perdu leur rang hypothécaire à cause de l’effet combiné des art. 2959 et 2960 *C.c.Q.* (ce qui n’est pas le cas en l’espèce) sont ici protégés par la clause 13 de l’acte de prêt. Les parties ont prévu à cette clause une hypothèque additionnelle pour une somme équivalente à 20 pour 100 de la somme en capital afin de garantir, au même rang que l’hypothèque principale, le surplus des intérêts non couverts automatiquement :

(13) Pour garantir le paiement de tous les montants payables au prêteur en vertu de toute disposition du présent contrat et dont le remboursement n’est pas garanti par l’hypothèque constituée ci-haut, l’emprunteur hypothèque spécialement la propriété en faveur du prêteur jusqu’à concurrence de la somme additionnelle de vingt pour cent (20 p. 100) de la somme principale déterminée à la clause 1 des présentes. [Nous soulignons.]

In *Priorités et hypothèques*, Professor Pratte explains that the creation of this kind of additional hypothec is the result of a practice that developed in order to avoid the situation that a creditor might face by the operation of arts. 2959 and 2960 *C.C.Q.* (see D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (1995), at p. 74). By inserting clause 13 in the deed of loan, the parties expressed their intention to include all of the interest that had fallen due, even any interest that had lost its rank. Accordingly, the interpretation advanced by the appellant and the intervener, by which the interest is excluded, cannot be retained, because it is contrary to the clauses of the deed of loan itself, which expressly provide for inclusion of the interest in the obligation secured by the hypothec granted.

In addition, the appellant stipulated, in the prior notice itself of the exercise of the hypothecary remedy that it sent to the respondent, that the respondent's default related to the non-payment of the monthly payments of capital and interest (Exhibit R-3). This is another indication of the clear intention of the parties in this case to extend the amount secured to include interest payments. The clauses of the deed of loan signed by the parties and the prior notice of exercise of the remedy therefore clearly indicate that the parties had agreed to include interest in the obligation secured by the hypothec. Accordingly, for the purposes of art. 2778 *C.C.Q.*, the interest paid by the respondent should be included in calculating the percentage of the debt that she had already discharged at the point when the prior notice of exercise of the remedy was registered.

III. Statutory Provisions Related to Art. 2778 C.C.Q.

The parties cited a series of provisions of the *Civil Code* that are related to art. 2778 *C.C.Q.* in support of their respective interpretations of the expression "obligation secured by the hypothec". At paras. 80-81 of his reasons, LeBel J. refers to "slip-page" and "subtle differences" in vocabulary when he reviews the related provisions. The appellant and the intervener also invite us to consider the obligation secured by the hypothec to be limited to the

Dans *Priorités et hypothèques*, la professeure Pratte explique que la création de ce type d'hypothèque additionnelle résulte d'une pratique qui s'est développée afin de contourner la situation à laquelle risque de faire face le créancier en raison de l'application des art. 2959 et 2960 *C.c.Q.* (voir D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (1995), p. 74). En insérant la clause 13 dans l'acte de prêt, les parties ont exprimé leur intention d'inclure tous les intérêts échus, même ceux qui auraient perdu leur rang le cas échéant. L'interprétation, soutenue par l'appelante et l'intervenante, selon laquelle les intérêts sont exclus, ne saurait donc être retenue puisqu'elle est contraire aux clauses mêmes de l'acte de prêt qui précisent expressément l'inclusion des intérêts dans l'obligation garantie par l'hypothèque consentie.

De plus, même dans le préavis d'exercice du recours hypothécaire envoyé à l'intimée, l'appelante stipulait que le défaut de l'intimée visait le non-paiement des mensualités en capital et intérêts (pièce R-3). Ceci est un autre indice de la volonté claire des parties dans le présent dossier d'étendre la garantie au remboursement des intérêts. Les clauses de l'acte de prêt intervenu entre les parties et du préavis d'exercice indiquent donc que les parties ont convenu d'inclure les intérêts dans l'obligation garantie par l'hypothèque. Conséquemment, pour l'application de l'art. 2778 *C.c.Q.*, il y a lieu de tenir compte des intérêts payés par l'intimée dans le calcul du pourcentage de la dette qu'elle a déjà acquitté au moment de l'inscription du préavis d'exercice.

III. Les dispositions législatives connexes à l'art. 2778 C.c.Q.

Les parties ont invoqué une série de dispositions du *Code civil* connexes à l'art. 2778 *C.c.Q.* à l'appui de leur interprétation respective de l'expression « obligation garantie par hypothèque ». Aux paragraphes 80-81 de ses motifs, le juge LeBel parle de « glissements » et de « nuances » de vocabulaire lorsqu'il fait un survol des dispositions connexes. L'appelante et l'intervenante nous invitent de même à considérer l'obligation garantie par l'hypothèque

5

6

7

capital alone. Those arguments do not stand up to analysis.

comme se limitant uniquement au capital. Or, ces prétentions ne résistent pas à l'analyse.

8 We cannot ignore art. 2667 *C.C.Q.*, which is a key provision in this case. In it, the legislature is very clear as to what the hypothec secures. That article expressly provides that interest is included in the obligation secured by the hypothec:

On ne saurait ignorer l'art. 2667 *C.c.Q.*, une disposition clé en l'espèce. Le législateur y est explicite quant à ce que garantit l'hypothèque. Cet article prévoit expressément que les intérêts sont compris dans l'obligation garantie par l'hypothèque :

2667. A hypothec secures the capital, the interest accrued thereon and the legitimate costs incurred for recovering or conserving the charged property. [Emphasis added.]

2667. L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé. [Nous soulignons.]

9 As well, arts. 2689 and 2690 *C.C.Q.*, when read together, imply that interest is included in the obligation secured by the hypothec.

De même, la lecture conjointe des art. 2689 et 2690 *C.c.Q.* implique l'inclusion des intérêts dans l'obligation garantie par l'hypothèque :

2689. An act validly constituting a hypothec indicates the specific sum for which it is granted.

2689. L'acte constitutif d'hypothèque doit indiquer la somme déterminée pour laquelle elle est consentie.

The same rule applies even where the hypothec is constituted to secure the performance of an obligation of which the value cannot be determined or is uncertain.

Cette règle s'applique alors même que l'hypothèque est constituée pour garantir l'exécution d'une obligation dont la valeur ne peut être déterminée ou est incertaine.

2690. The sum for which the hypothec is granted is not considered to be indeterminate where the act, rather than stipulating a fixed rate of interest, contains the necessary particulars for determining the actual rate of interest on the obligation.

2690. La somme pour laquelle l'hypothèque est consentie n'est pas considérée indéterminée si l'acte, plutôt que de stipuler un taux fixe d'intérêt, contient les éléments nécessaires à la détermination du taux d'intérêt effectif de cette somme.

10 Article 2689, para. 1 requires that the parties indicate in the act constituting the hypothec the specific sum for which it is granted. Payette notes that this requirement applies not only to the capital, but also to the interest and costs (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001), at p. 282).

L'article 2689, al. 1 exige des parties qu'elles indiquent dans l'acte constitutif de l'hypothèque la somme déterminée pour laquelle l'hypothèque est consentie. M^e Payette souligne que cette exigence s'adresse non seulement au capital, mais également aux intérêts et aux frais (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2^e éd. 2001), p. 282).

11 Article 2690 *C.C.Q.* implies that the interest is included in the sum secured, by providing for the case in which the deed of loan stipulates an interest rate that is not fixed. Because the legislature must be seen to speak for a purpose, the reason why it specified, in art. 2690 *C.C.Q.*, the circumstances in which that sum may nonetheless be deemed to be sufficiently specific for the purposes of art. 2689 *C.C.Q.* is that it was starting from the position that interest is included in the amount secured, whether or not the interest is stipulated to be at a fixed rate.

L'article 2690 *C.c.Q.* implique que les intérêts sont compris dans la somme garantie en prévoyant le cas où l'acte de prêt stipule un taux d'intérêt non fixe. Le législateur n'étant pas censé parler pour ne rien dire, s'il a précisé à l'art. 2690 *C.c.Q.* les circonstances qui permettent à cette somme d'être néanmoins jugée suffisamment déterminée pour l'application de l'art. 2689 *C.c.Q.*, c'est qu'il a considéré, au départ, que les intérêts sont compris dans le montant garanti, que ceux-ci soient stipulés à taux fixe ou pas. Cette déduction logique est aussi

This logical deduction is also an application of the principle that a legislative provision must be construed so as to permit it to serve a useful purpose (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 369).

Article 2747 *C.C.Q.* refers to “the obligation owed in capital, interest and expenses”:

· 2747. The creditor remits to the grantor any sums collected over and above the obligation owed in capital, interest and expenses, notwithstanding any stipulation by which the creditor may keep them on any ground whatever.

The appellant and the intervenor cite that article in support of their argument that the interest is merely an accessory obligation, and that when the legislature intended to include interest, it referred to them expressly, as it did in art. 2747 *C.C.Q.* They therefore invite the Court to conclude that the expression “obligation secured by the hypothec” in art. 2778 *C.C.Q.* refers solely to the capital, because there is no express reference to the interest, which is, in their submission, accessory.

While it is true that art. 2778 *C.C.Q.* does not expressly use the word “interest”, as do art. 2747 *C.C.Q.* and arts. 2758, 2760 and 2775 *C.C.Q.*, it should be noted that art. 2778 *C.C.Q.* also does not expressly use the word “capital”. Moreover, we believe that in art. 2778 *C.C.Q.* the legislature used a broadly inclusive expression, “the obligation secured by the hypothec”, while in arts. 2747, 2758 and 2775 *C.C.Q.*, it chose to break down the concept. As a result, arts. 2747, 2758 and 2775 *C.C.Q.* confirm that interest is included in the obligation secured, since those articles include the words “obligation” or “claim” just before they list the items that make up the obligation or claim. Given that the legislature used a broadly inclusive expression in art. 2778 *C.C.Q.* (“obligation secured by the hypothec”), and that the expression in question refers to a concept that was broken down in the preceding articles, the items that make up the breakdown are necessarily included in that broadly inclusive expression.

une application du principe de l’effet utile de la loi (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 468).

L’article 2747 *C.c.Q.* parle d’« obligation due en capital, intérêts et frais » :

2747. Le créancier rend au constituant les sommes perçues qui excèdent l’obligation due en capital, intérêts et frais, malgré toute stipulation selon laquelle le créancier les conserverait, à quelque titre que ce soit.

L’appelante et l’intervenante s’appuient sur cet article pour étayer leur argument selon lequel les intérêts ne sont qu’une obligation accessoire et que lorsque le législateur a voulu inclure les intérêts, il les a mentionnés explicitement comme il l’a fait à l’art. 2747 *C.c.Q.* Elles invitent donc la Cour à conclure que l’expression « obligation garantie par hypothèque » à l’art. 2778 *C.c.Q.* fait uniquement référence au capital car les intérêts, qui sont selon elles accessoires, n’y sont pas explicitement mentionnés.

Bien qu’il soit exact que l’art. 2778 *C.c.Q.* ne mentionne pas explicitement le mot « intérêts » comme c’est le cas à l’art. 2747 *C.c.Q.* ainsi qu’aux art. 2758, 2760 et 2775 *C.c.Q.*, il convient de souligner que l’art. 2778 *C.c.Q.* ne mentionne pas non plus explicitement le mot « capital ». Par ailleurs, nous estimons qu’à l’art. 2778 *C.c.Q.*, le législateur a utilisé une expression globale, soit « l’obligation garantie par hypothèque », tandis qu’aux art. 2747, 2758 et 2775 *C.c.Q.*, il a choisi de ventiler ce concept. Par conséquent, les art. 2747, 2758 et 2775 *C.c.Q.* confirment que les intérêts sont compris dans l’obligation garantie puisqu’on retrouve dans leur libellé les mots « obligation » ou « créance » juste avant l’énumération des éléments qui composent ladite obligation ou créance. Étant donné que le législateur a utilisé une expression globale à l’art. 2778 *C.c.Q.* (« obligation garantie par hypothèque »), et que celle-ci fait référence à une notion qu’il a ventilée dans des articles précédents, les éléments qui composent la ventilation sont forcément inclus dans cette expression globale.

12

13

14

15 Article 2760 *C.C.Q.* was argued as an exception to this scheme:

2760. The voluntary alienation of property charged with a hypothec, effected after the creditor has registered a prior notice of the exercise of a hypothecary right, may not be set up against the creditor unless the acquirer, with the consent of the creditor, personally assumes the debt, or unless a sum sufficient to cover the amount of the debt, interest and costs due to the creditor is deposited.

16 That article refers to the “amount of the debt, interest and costs due to the creditor”, and not to the amount of “capital, interest . . .”, as do the other articles referred to *supra*. The use of the word “debt” in art. 2760 *C.C.Q.* would suggest, in the appellant’s submission, that the obligation secured means only the capital and not the interest or costs, because the word “debt” is used as a synonym for “capital”.

17 However, having regard to arts. 2747, 2758 and 2775 *C.C.Q.*, even if art. 2760 *C.C.Q.* can remotely be regarded as vague drafting, it in no way limits the scope of the expression “obligation secured by the hypothec” in art. 2778 *C.C.Q.* We find it hard to see how art. 2760 *C.C.Q.*, alone, could justify excluding interest, when arts. 2667, 2690, 2747, 2758 and 2775 *C.C.Q.* include them. As well, if the legislature had intended for art. 2778 *C.C.Q.* to deal only with capital, we might ask why it did not use the expression “obligation owed in capital” as it did in art. 2747 *C.C.Q.*

18 The appellant also cites art. 2762 *C.C.Q.*, which deals with interest and costs in the same manner, to show that the interest is accessory and separate:

2762. A creditor having given prior notice of the exercise of a hypothecary right is not entitled to demand any indemnity from the debtor except interest owing and costs.

19 However, as we have noted, whether a component of an obligation is principal or accessory is of no relevance for our purposes, since in art. 2778 *C.C.Q.*, the legislature uses a broadly inclusive

On invoque comme exception à cette économie l’art. 2760 *C.c.Q.* :

2760. L’aliénation volontaire du bien grevé d’une hypothèque, faite après l’inscription par le créancier du préavis d’exercice d’un droit hypothécaire, est inopposable à ce créancier, à moins que l’acquéreur, avec le consentement du créancier, n’assume personnellement la dette, ou que ne soit consignée une somme suffisante pour couvrir le montant de la dette, les intérêts dus et les frais engagés par le créancier.

Cet article parle du « montant de la dette, les intérêts dus et les frais engagés par le créancier » au lieu du montant en « capital, intérêts . . . », comme c’est le cas dans les autres articles mentionnés ci-dessus. La mention du mot « dette » à l’art. 2760 *C.c.Q.* suggérerait, d’après l’appelante, que l’obligation garantie ne vise que le capital et non les intérêts ni les frais, le mot « dette » étant utilisé comme synonyme pour « capital ».

Cependant, vu les art. 2747, 2758 et 2775 *C.c.Q.*, même si l’art. 2760 *C.c.Q.* peut, à la limite, être vu comme une imprécision de texte, il ne restreint en rien la portée de l’expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l’art. 2778 *C.c.Q.* En effet, nous voyons mal comment l’art. 2760 *C.c.Q.* pourrait à lui seul justifier l’exclusion des intérêts alors que les art. 2667, 2690, 2747, 2758 et 2775 *C.c.Q.* impliquent leur inclusion. De plus, si le législateur avait voulu ne viser que le capital à l’art. 2778 *C.c.Q.*, on peut se demander pourquoi il n’a pas utilisé l’expression « obligation due en capital » comme il l’a fait à l’art. 2747 *C.c.Q.*

L’appelante cite aussi l’art. 2762 *C.c.Q.* qui assimile les intérêts et les frais engagés par le créancier à une indemnité afin de souligner le caractère accessoire et distinct des intérêts :

2762. Le créancier qui a donné un préavis d’exercice d’un droit hypothécaire n’a le droit d’exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés.

Cependant, comme nous l’avons noté, le caractère principal ou accessoire d’un élément de l’obligation n’a aucune pertinence dans le présent débat, puisqu’à l’art. 2778 *C.c.Q.*, le législateur utilise une

expression which includes both principal and accessory amounts.

The appellant and the intervener base another part of their argument on the principle of uniformity of expression. In their submission, the fact that arts. 2747, 2758, 2760 and 2775 *C.C.Q.* are drafted to make express reference to interest shows that, *a contrario*, art. 2778 *C.C.Q.* is meant to refer only to capital. However, if we examine those articles and their sources, we see that the variations in the terminology used by the legislator are better explained by the diverse nature of the legislative sources than by an express intention to express different ideas. It must be noted that art. 2778 *C.C.Q.* is new law, and has no equivalent in the former code. It is modelled on s. 142 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1 (“*C.P.A.*”), which uses the concept of “total obligation”, echoing the choice of the word “obligation” in art. 2778 *C.C.Q.* We would also note that the principle of uniformity of expression is not an infallible guide (see Côté, *supra*, at p. 332). Professor Côté comments that in *Sommers v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678, at p. 685, Fauteux J. is of the opinion that “[t]his rule of interpretation is only . . . a presumption, and furthermore, a presumption which is not of much weight.” Professor Côté adds that the value of this presumption is mitigated *inter alia* “because it assumes a level of drafting, which, in reality, is not always attained” (Côté, *supra*, at p. 333).

In addition, if we were to adopt the position taken by the appellant and the intervener, it would produce incongruous results in relation to the practical effects of taking in payment that we cannot simply ignore. First, art. 2782, para. 1 *C.C.Q.*, which the respondent cites, is part of the same Section as art. 2778 *C.C.Q.*, and it provides that taking in payment extinguishes the obligation. If the word “obligation” included only capital and not interest, that would mean that the debtor would still have an obligation to his or her creditor for payment of the interest even after the creditor had taken the hypothecated property in payment. That position is untenable, because it would benefit the creditor unduly; in addition to

expression globale qui comprend tant le principal que l’accessoire.

Par ailleurs, l’appelante et l’intervenante fondent en partie leur argumentation sur le principe de l’uniformité d’expression. Selon elles, la référence explicite aux intérêts dans le libellé des art. 2747, 2758, 2760 et 2775 *C.c.Q.* démontre *a contrario* que l’art. 2778 *C.c.Q.* ne vise que le capital. Cependant, un examen des articles respectifs et de leurs sources fait voir que les variations dans la terminologie utilisée par le législateur s’expliquent davantage par la diversité des sources législatives que par une volonté expresse d’exprimer des idées différentes. Il faut préciser que l’art. 2778 *C.c.Q.* est de droit nouveau et qu’il n’a pas d’équivalent sous l’ancien code. Il s’inspire de l’art. 142 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (« *L.p.c.* ») qui fait référence au concept d’« obligation totale », ce qui rejoint le choix du mot « obligation » à l’art. 2778 *C.c.Q.* Notons également que le principe de l’uniformité d’expression ne se présente pas comme un guide infallible (voir Côté, *op. cit.*, p. 420). Le professeur Côté remarque que dans *Sommers c. The Queen*, [1959] R.C.S. 678, p. 685, le juge Fauteux considère que « [TRADUCTION] [c]ette règle d’interprétation ne constitue qu’une présomption et, de surcroît, une présomption qui n’a guère de poids. » Le professeur Côté ajoute que cette présomption est faible, entre autres « parce qu’elle présuppose un niveau de qualité dans la rédaction qui, de toute évidence, n’est pas toujours atteint » (Côté, *op. cit.*, p. 421).

De plus, adopter la position de l’appelante et de l’intervenante mènerait à des résultats incongrus que l’on ne peut passer sous silence en regard des effets pratiques de la prise en paiement. D’une part, l’art. 2782, al. 1 *C.c.Q.*, cité par l’intimée, fait partie de la même section que l’art. 2778 *C.c.Q.* et il prévoit que la prise en paiement éteint l’obligation. Or, si la portée du mot « obligation » n’incluait que le capital et non les intérêts, cela voudrait dire que le débiteur demeurerait obligé envers son créancier pour le paiement des intérêts, même après que celui-ci ait pris le bien hypothéqué en paiement. Cette position est insoutenable car elle avantagerait indûment le créancier; en plus de perdre le bien donné en

20

21

losing the property given as security for the amounts the debtor had already paid, the debtor would still be liable to pay the remaining interest and any costs that had been incurred by the creditor. Plainly, such a result is completely contrary to the very principle of taking in payment.

22 Moreover, art. 2797 *C.C.Q.* provides that “[a] hypothec is extinguished by the extinction of the obligation whose performance it secures”. If the expression “obligation” includes only the capital, that would mean that the debtor could repay only the capital, and that this would be sufficient under art. 2797 *C.C.Q.* to extinguish the hypothec that he or she had granted. That position seems to us to be as untenable as the first, because it would benefit the debtor unduly; the debtor could require that the hypothec be struck out after repaying only the capital of the debt, and thereby cause the creditor to lose the security for the interest owing. In short, having regard to art. 2782, para. 1 and art. 2797 *C.C.Q.*, adopting the interpretation advanced by the appellant and the intervenor would produce unfair results for both the debtor and the creditor.

23 We conclude this analysis of related statutory provisions with art. 2959 *C.C.Q.*, which the appellant discussed at the hearing and to which LeBel J. referred briefly at para. 66 of his reasons:

2959. Registration of a hypothec preserves, in favour of the creditor, the same rank for the interest due for the current year and the three preceding years as for the capital.

Similarly, the registration of an annuity preserves, in favour of the annuitant, the same rank for the periodic payments for the current year and the arrears for the three preceding years as for the prestation.

24 This article secures the interest due for the current year and the three preceding years at the same rank as for the capital. In his comments, the Minister of Justice said that the previous five-year time limit was reduced to three years [TRANSLATION] “out of concern for consistency with the new law of prescription” (*Commentaires du ministre de la Justice, supra*, at p. 1861). The appellant submits that art. 2959 *C.C.Q.* is an indication that the capital is an obligation that is automatically secured by the

garantie et les sommes qu’il a déjà versées, le débiteur serait toujours tenu de payer les intérêts restants et, s’il y a lieu, les frais engagés par le créancier. De toute évidence, un tel résultat est en tout point contraire au principe même de prise en paiement.

D’autre part, l’art. 2797 *C.c.Q.* prévoit que « [l]’hypothèque s’éteint par l’extinction de l’obligation dont elle garantit l’exécution ». Or, si le terme « obligation » ne visait que le capital, cela signifierait que le débiteur pourrait rembourser uniquement le capital, ce qui serait suffisant en vertu de l’art. 2797 *C.c.Q.* pour éteindre l’hypothèque consentie. Cette position nous paraît aussi insoutenable que la précédente car elle avantagerait indûment le débiteur, qui pourrait alors exiger la radiation de l’hypothèque après n’avoir remboursé que le capital de la dette et, ce faisant, faire perdre au créancier sa garantie sur les intérêts échus. En résumé, à la lumière de l’art. 2782, al. 1 et de l’art. 2797 *C.c.Q.*, adopter l’interprétation avancée par l’appelante et l’intervenante mènerait à des résultats iniques tant pour le débiteur que pour le créancier.

Nous terminons l’analyse des dispositions législatives connexes avec l’art. 2959 *C.c.Q.*, discuté par l’appelante à l’audience et que le juge LeBel mentionne brièvement dans ses motifs au par. 66 :

2959. L’inscription d’une hypothèque conserve au créancier, au même rang que le capital, les intérêts échus de l’année courante et des trois années précédentes.

De même, l’inscription d’un droit de rente conserve au créancier, au même rang que la prestation, les redevances de l’année courante et les arrérages des trois années précédentes.

Cet article garantit au même rang que le capital les intérêts échus de l’année courante et des trois années précédentes. Le ministre de la Justice, dans ses commentaires, précise que le délai antérieur de cinq ans a été ramené à trois ans « dans un souci de concordance avec le nouveau droit de la prescription » (*Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, p. 1861). D’après l’appelante, l’art. 2959 *C.c.Q.* serait une indication que le capital représente une obligation automatiquement garantie par

hypothec, but that the same is not true of the interest.

Article 2959 *C.C.Q.* in fact simply provides for the extinction of the hypothecary rank of the interest due prior to the preceding three years; it in no way limits the extent of the secured obligation. There is no indication either in art. 2959 *C.C.Q.* or even in art. 2960 *C.C.Q.* to suggest that the interest is not included in the expression “obligation secured by the hypothec” (art. 2778 *C.C.Q.*). On the contrary, those articles make it plain that the interest is in fact included in the obligation secured, subject, with respect to the interest due for more than three years, to the requirement that a notice stating the amount claimed for that surplus be registered. The legislature has thereby ensured that the creditor will exercise diligence, since the security provided by the Code for the interest due will be preserved, and will enjoy the same rank as the capital, only in respect of the period provided by art. 2959, para. 1 *C.C.Q.* This deters the creditor from remaining idle by not claiming the interest due from the creditor for any longer than that period. This requirement also reflects the legislature’s objective in art. 2689 *C.C.Q.*, that the act constituting a hypothec must indicate the specific sum for which it is granted, the purpose being, according to the *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, at p. 1684, [TRANSLATION] “to inform third parties of the extent of the amount secured”. As well, the purpose of the requirement of registration of a notice setting forth the amount claimed for the surplus over the amount provided in art. 2959, para. 1 *C.C.Q.*, is to inform third parties of the extent of the amounts covered by the hypothec where the effect of the accumulated interest is that the amount shown in the hypothec registered may not be an accurate reflection of that extent. By imposing this time limit, therefore, the legislature has qualified the duration, but not the nature, of the protection provided by the hypothec.

The analysis of the statutory provisions that are related to art. 2778 *C.C.Q.* thus shows that the expression “obligation secured by the hypothec” covers both the obligation in respect of the capital and the obligation to pay interest. Moreover, the legislative origin and the *Commentaires du ministre de*

l’hypothèque, mais qu’il n’en va pas de même pour les intérêts.

Or, l’article 2959 *C.c.Q.* ne fait que prévoir l’extinction du rang hypothécaire pour les intérêts échus au-delà de trois ans, mais il ne restreint en rien la portée de l’obligation garantie. En effet, il n’y a aucune indication, ni dans l’art. 2959 *C.c.Q.* ni même dans l’art. 2960 *C.c.Q.*, qui suggérerait que les intérêts ne sont pas inclus dans l’expression « obligation garantie par hypothèque » (art. 2778 *C.c.Q.*). Au contraire, ces articles font voir que les intérêts sont effectivement inclus dans l’obligation garantie, sous réserve, pour les intérêts échus depuis plus de trois ans, de l’exigence d’inscrire un avis indiquant le montant réclamé pour ce surplus. De cette façon, le législateur s’assure de la diligence du créancier puisque la garantie prévue par le Code pour les intérêts échus ne sera conservée, et ne bénéficiera du même rang que le capital, qu’à l’égard de la période prescrite à l’art. 2959, al. 1 *C.c.Q.* On décourage ainsi le créancier de rester oisif face au débiteur pour le paiement des intérêts échus au-delà de cette période. Cette exigence rejoint également l’objectif poursuivi par le législateur à l’art. 2689 *C.c.Q.*, qui prévoit que l’acte constitutif d’hypothèque doit indiquer la somme déterminée pour laquelle celle-ci est consentie, afin, selon les *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, p. 1684, d’« informer les tiers de l’étendue de la garantie ». De même, l’art. 2960, al. 1 *C.c.Q.* a pour but, en exigeant l’inscription d’un avis indiquant le montant réclamé en surplus du montant prévu à l’art. 2959, al. 1 *C.c.Q.*, d’informer les tiers de l’étendue des sommes couvertes par l’hypothèque lorsque les intérêts accumulés font en sorte que le montant indiqué lors de l’inscription de l’hypothèque risque de ne plus être représentatif de son étendue. Par conséquent, en imposant cette contrainte temporelle, le législateur conditionne la durée, mais non la portée de la protection prévue par l’hypothèque.

L’analyse des dispositions législatives connexes à l’art. 2778 *C.c.Q.* démontre donc que l’expression « obligation garantie par hypothèque » vise tant l’obligation en capital que celle de payer les intérêts. En outre, l’origine législative ainsi que les *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*,

la Justice, supra, in relation to art. 2778 *C.C.Q.* indicate the intention of the legislature in respect of that article.

27

As we noted earlier, art. 2778 *C.C.Q.* is a new provision which creates equitable measures designed to protect a debtor who has already discharged a substantial portion of his or her obligations against loss of the hypothecated property. That article is modelled on s. 142 *C.P.A.*, which reads as follows:

142. If, upon his default, the consumer has already paid at least one-half of the amount of the total obligation and of the down payment, the merchant cannot exercise his right of repossession unless he obtains the permission of the court. [Emphasis added.]

28

The common purpose of art. 2778 *C.C.Q.* and s. 142 *C.P.A.* is to prevent a creditor from becoming the owner of property the value of which is much greater than the balance owing on the debt to the creditor. That objective is stated as follows in the *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, at p. 1739:

[TRANSLATION] This article [2778 *C.C.Q.*] is modelled on s. 142 of the *Consumer Protection Act*. It seemed fair to require authorization from the court for exercising the remedy of taking the hypothecated property in payment, where the debtor has already paid one half or more of the obligation. By exercising that right, the creditor could become the owner of property the value of which is much greater than the balance owing on the debt and thereby profit from the difference in value, since the creditor is not required to account to the debtor for that difference.

29

We would note that the “total obligation” referred to in s. 142 *C.P.A.* is defined in s. 67 *C.P.A.* as encompassing “credit charges”, which, under s. 70, para. (a) *C.P.A.*, include interest. The provisions of the Code in this instance therefore parallel the provisions in the *C.P.A.* Accordingly, art. 2778 *C.C.Q.* requires authorization from the court for taking in payment where, at the time of registration of the prior notice, the debtor has discharged one half or more of the obligation secured by the hypothec. Article 2667 *C.C.Q.* clarifies that requirement by providing that a hypothec secures, in addition to the capital, the interest accrued thereon and the costs incurred.

relativement à l’art. 2778 *C.c.Q.* révèlent l’intention du législateur à l’égard de celui-ci.

Comme nous l’avons noté, l’art. 2778 *C.c.Q.* est une disposition nouvelle qui prévoit des mesures d’équité destinées à protéger le débiteur qui a déjà acquitté une bonne partie de ses obligations contre la perte du bien hypothéqué. Cet article s’inspire de l’art. 142 *L.p.c.* qui se lit comme suit :

142. Si, au moment où le consommateur devient en défaut, celui-ci a acquitté au moins la moitié de la somme de l’obligation totale et du versement comptant, le commerçant ne peut exercer le droit de reprise à moins d’obtenir la permission du tribunal. [Nous soulignons.]

Le but commun des art. 2778 *C.c.Q.* et 142 *L.p.c.* est d’empêcher qu’un créancier ne devienne propriétaire d’un bien dont la valeur serait de beaucoup supérieure au solde de sa créance. Cet objectif est formulé comme suit dans les *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, p. 1739 :

Cet article [2778 *C.c.Q.*] s’inspire de l’article 142 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il a paru équitable d’exiger l’autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement du bien hypothéqué, lorsque le débiteur a acquitté la moitié ou plus de l’obligation. En effet, par l’exercice de ce droit, le créancier pourrait devenir propriétaire d’un bien dont la valeur est de beaucoup supérieure au solde de la créance et bénéficier ainsi de la différence de valeur, puisqu’il n’est pas tenu de rendre cette différence au constituant.

Précisons que l’« obligation totale » mentionnée à l’art. 142 *L.p.c.* est définie à l’art. 67 *L.p.c.* comme incluant les « frais de crédit », lesquels incluent, selon l’art. 70, par. a) *L.p.c.*, les intérêts. Les dispositions du Code en l’occurrence s’inscrivent donc en parallèle à celles contenues dans la *L.p.c.* Ainsi, l’art. 2778 *C.c.Q.* exige l’autorisation du tribunal pour la prise en paiement lorsque le débiteur a acquitté, au moment de l’inscription du préavis, la moitié ou plus de l’obligation garantie par hypothèque. L’article 2667 *C.c.Q.* vient préciser cette exigence en énonçant que l’hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu’il produit et les frais engagés.

At para. 84 of his reasons, our colleague maintains that the objective of art. 2778 C.C.Q. is “to prevent the debtor from losing his or her own capital when the creditor has recovered his or her capital or what is deemed to be a significant portion of that capital” (emphasis added). With respect, and for the reasons we have stated, we must conclude that the objective does not relate solely to the capital, but rather covers all amounts that have been paid out by the debtor.

If the emphasis is placed on the equity that the debtor has in the property given as security, it might seem absurd, as Beauregard J.A., dissenting in the Court of Appeal, said, for a debtor who has repaid \$4,800 on an interest-free loan of \$10,000 to be unable to benefit from the protection of the requirement for prior judicial authorization for taking in payment, while a debtor who borrows the same amount with interest could benefit from it because of having paid the interest that is added to the capital payments, despite the fact that the first person had acquired more equity in the immovable ([2000] R.D.I. 188, at para. 26). However, and with respect, that comment is unfounded. The “absurdity” exists only if we limit the analysis of art. 2778 C.C.Q. to the “equity” aspect, that is, the nominal balance of capital in the property. On the other hand, if we keep in mind that in reality, a debtor who has paid interest has paid out more money, in total, than a debtor who has repaid only a portion of the capital, there is no absurdity. To the debtor, whether his or her payments are allocated to capital or interest, they are nonetheless the debtor’s investment. Moreover, interest rates are set to take into account monetary devaluation, and the interest paid comprises a portion of the equity in the property.

With respect to the comment by Beauregard J.A. that the more costs the creditor incurs for which the creditor will be reimbursed, where called for, by the debtor, the more the creditor’s right to take the hypothecated immovable in payment without judicial authorization is reduced, it must be recalled that the amount of the costs incurred by the creditor and paid by the debtor both increases the portion of the obligation already discharged and raises the 50 per cent threshold. As well, more often than not, those

Au paragraphe 84 de ses motifs, notre collègue affirme que l’objectif de l’art. 2778 C.c.Q. est d’« empêcher que le débiteur perde son propre capital alors que le créancier a récupéré le sien ou une partie jugée importante de celui-ci » (nous soulignons). Avec égards, et pour les motifs que nous avons énoncés, il nous faut conclure que cet objectif ne vise pas uniquement le capital, mais couvre tous les débours faits par le débiteur.

Si on met l’accent sur « l’équité » que détient le débiteur dans le bien garanti, il pourrait sembler absurde, comme l’exprime le juge Beauregard, dissident en Cour d’appel, qu’un débiteur qui rembourse 4 800 \$ sur un prêt sans intérêt de 10 000 \$ ne puisse bénéficier de la protection d’une autorisation judiciaire préalable en cas de prise en paiement, alors qu’un débiteur qui emprunte le même montant avec intérêts puisse en bénéficier en raison du paiement des intérêts qui s’ajoutent aux versements en capital et ce, malgré le fait que le premier ait acquis plus « d’équité » dans l’immeuble ([2000] R.D.I. 188, par. 26). Cependant, et avec égards, ce commentaire n’est pas justifié. En effet, cette « absurdité » n’existe que si nous limitons l’analyse de l’art. 2778 C.c.Q. à l’aspect « équité », soit au solde nominal de capital dans le bien. Par contre, il en est autrement si on garde à l’esprit que, dans la réalité des choses, le débiteur qui a payé des intérêts a déboursé plus d’argent au total que le débiteur qui n’a remboursé qu’une portion du capital. Pour le débiteur, que ses paiements soient affectés au capital ou aux intérêts, ils constituent néanmoins son investissement. Par ailleurs, les taux d’intérêt sont fixés en fonction de la dévaluation monétaire et leur paiement comporte une part d’équité dans la propriété.

En ce qui concerne la remarque du juge Beauregard selon laquelle plus le créancier engage de frais, qui lui sont remboursés à l’occasion par le débiteur, plus son droit de prendre en paiement l’immeuble hypothéqué sans autorisation judiciaire est diminué, il faut se rappeler que le montant des frais engagés par le créancier et payés par le débiteur augmente à la fois la portion de l’obligation déjà acquittée et le seuil de 50 pour 100 à atteindre. Aussi, plus souvent qu’autrement, ces frais ne constituent

costs will comprise only a relatively tiny portion of the obligation secured. In reality, there is little risk of variation in terms of the percentage represented by the portion of the obligation discharged by a debtor who is in default, even if the debtor occasionally pays the creditor the costs that the creditor has incurred.

qu'une part assez minime de l'obligation garantie. Il n'y a en réalité que peu de risques de variation quant au pourcentage que représente la portion de l'obligation acquittée par un débiteur en défaut même s'il paie occasionnellement à son créancier les frais que ce dernier a engagés.

33

It could certainly happen that payment of the costs would end up raising that percentage to the point that it reached the 50 percent threshold provided in art. 2778 *C.C.Q.* For example, on a \$50,000 debt on which \$22,500 has been repaid, the threshold in art. 2778 *C.C.Q.* has not been reached; but if the debtor lets the amount of costs rise to \$5,000 and pays it all at once, the debtor has then discharged half of his or her obligation. However, because the purpose of art. 2778 *C.C.Q.* is to protect the amounts paid out by the debtor, and the debtor has in fact paid out an amount that represents one half or more of the obligation secured by the hypothec, there is nothing incongruous in the creditor now being obliged to obtain authorization from the court before taking property in payment. Moreover, if the creditor wishes to avoid the situation in which the debtor allows costs to accumulate and pays them all at once in order to increase the portion that has already been paid when the prior notice is registered, the creditor need only exercise his or her hypothecary rights before that happens. However, if the creditor incurs costs and does not commence proceedings against the debtor, it is the creditor who must suffer the consequences.

Certes, il pourrait arriver que le paiement des frais finisse par hausser ce pourcentage au point que le seuil de 50 pour 100 prévu à l'art. 2778 *C.c.Q.* soit atteint. Par exemple, sur une dette de 50 000 \$ dont un montant de 22 500 \$ a été remboursé, le seuil de l'art. 2778 *C.c.Q.* n'est pas atteint; cependant, si le débiteur laisse courir le montant des frais jusqu'à 5 000 \$ et les paie d'un coup, il s'est alors acquitté de la moitié de son obligation. Toutefois, comme le but de l'art. 2778 *C.c.Q.* est de protéger les débours faits par le débiteur et que ce dernier a effectivement déboursé un montant qui représente la moitié ou plus de l'obligation garantie par l'hypothèque, il n'y a rien d'incongru à ce que le créancier se voie maintenant obligé d'obtenir l'autorisation du tribunal avant d'exercer la prise en paiement. Par ailleurs, si le créancier souhaite éviter la situation où le débiteur laisse s'accumuler les frais et les paie d'un seul coup pour hausser la portion déjà acquittée lors de l'inscription du préavis, il n'a qu'à exercer préalablement ses droits hypothécaires. Toutefois, si le créancier engage des frais sans tenter de recours contre son débiteur, c'est à lui d'en supporter les conséquences.

IV. Overall Approach by the Legislature to Hypothecs

IV. L'orientation globale du législateur en matière d'hypothèques

34

The appellant submits that the *C.C.Q.* is a law of general application, and that unlike the *C.P.A.*, its purpose is not to protect the debtor. That is not entirely true. There are various articles in the Code that are designed to minimize the inequitable effects that arise from the economic inequality of the parties. We need think only of the articles prohibiting abusive clauses or clauses contrary to public order, for example. In fact, the purpose of the reform of the former arts. 1040a and 1040c of the *Civil Code of Lower Canada*, relating to giving in payment, the

L'appelante plaide que le *C.c.Q.* est une loi d'application générale et que, contrairement à la *L.p.c.*, il n'a pas pour mission de protéger le débiteur. Cela n'est pas tout à fait vrai. En effet, il existe dans le Code un éventail d'articles visant à minimiser les effets inéquitables qui découlent de l'inégalité économique des parties. Il suffit de penser, par exemple, aux articles prohibant les clauses abusives ou contraires à l'ordre public. D'ailleurs, la réforme des anciens art. 1040a et 1040c du *Code civil du Bas Canada* qui visaient la dation en paiement, ancêtre

predecessor of taking in payment, was precisely to protect the interests of the economically weaker contracting party (see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at p. 233).

Thus, while art. 2778 *C.C.Q.* is part of a law of general application, it was still modelled on the objectives set out in the *C.P.A.* that relate to protection. Although the provisions of the *C.C.Q.* in respect of hypothecs apply without regard to the nature of the debtor, that is, whether or not the debtor is a consumer within the meaning of the *C.P.A.*, the provisions relating to taking in payment are one of a number of measures implemented to protect the hypothecary debtor, without regard to his or her financial situation. For example, art. 2664 *C.C.Q.* invalidates hypothecs that are not created on the conditions and according to the forms authorized by law. Article 2689 *C.C.Q.* requires that a specific sum for which the hypothec is granted be indicated, even where the value of the obligation secured cannot be determined or is uncertain. Article 2693 *C.C.Q.* requires, on pain of absolute nullity, that an immovable hypothec be granted by notarial act *en minute*. Professor Ciotola says that [TRANSLATION] “[t]he notary acts both as a public officer, the guarantor of the accomplishment of the contractual formalities, and as advisor, the guarantor of the parties’ comprehension of the meaning and effects of the agreement.” (P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 401) The importance of that agreement would explain the requirement of notarial form, and it is the grantor of the hypothec that [TRANSLATION] “the law is intended to protect by imposing these formal requirements” (Payette, *supra*, at p. 295). Article 2696 *C.C.Q.* requires the written form for granting a movable hypothec without delivery, and art. 2757 *C.C.Q.* requires that a prior notice be filed before hypothecary rights are exercised. Even after the prior notice is filed, art. 2761 *C.C.Q.* permits the debtor to defeat the exercise of the hypothecary right by paying the creditor the amount due to him or her or by remedying the omission or breach. In short, all of these articles have the same objective: to protect the hypothecary debtor by imposing formal requirements that prevent a hypothec from being granted too easily, and by permitting the debtor to defeat the exercise of the creditor’s hypothecary rights even

de la prise en paiement, avait justement pour but de protéger les intérêts de la partie contractante économiquement plus faible (voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), p. 233).

Ainsi, bien que l’art. 2778 *C.c.Q.* se trouve dans une loi d’application générale, il reste qu’il s’inspire des objectifs de protection prévus à la *L.p.c.* Même si le *C.c.Q.* en matière d’hypothèque s’applique sans égard à la qualité du débiteur, qu’il soit ou non un consommateur au sens de la *L.p.c.*, les dispositions en matière de prise en paiement s’inscrivent dans le cadre de plusieurs autres mesures de protection du débiteur hypothécaire, sans égard à sa situation financière. Par exemple, l’art. 2664 *C.c.Q.* invalide les hypothèques qui n’ont pas été créées dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi. L’article 2689 *C.c.Q.* exige l’indication d’une somme déterminée pour laquelle l’hypothèque est consentie, même si la valeur de l’obligation garantie ne peut être déterminée ou est incertaine. L’article 2693 *C.c.Q.* impose, sous peine de nullité absolue, que l’hypothèque immobilière soit constituée par acte notarié en minute. Le professeur Ciotola précise que « [l]e notaire intervient à la fois comme officier public, garant de l’accomplissement des formalités contractuelles, et comme conseil, garant de la compréhension par les parties de la portée et des effets de la convention. » (P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 401) L’importance d’un tel engagement expliquerait l’exigence de la forme notariée et c’est le constituant de l’hypothèque que « la loi veut protéger par ce formalisme » (Payette, *op. cit.*, p. 295). L’article 2696 *C.c.Q.* impose la forme écrite pour la constitution d’une hypothèque mobilière sans dépossession. Enfin, l’article 2757 *C.c.Q.* exige la production d’un préavis avant l’exercice des droits hypothécaires. Or, même après la production du préavis, l’art. 2761 *C.c.Q.* permet au débiteur de faire échec à l’exercice du droit hypothécaire en payant au créancier ce qui lui est dû ou en remédiant à l’omission ou à la contravention. En résumé, tous ces articles visent le même objectif, soit la protection du débiteur hypothécaire et ce, en prévoyant des formalités qui empêchent la constitution trop facile d’une hypothèque et en permettant au débiteur de faire échec à l’exercice des

after the prior notice of exercise of a right has been served on the debtor.

V. Application to the Facts of the Case

36 Article 2778 *C.C.Q.* provides that authorization from the court is required where, at the time of registration of the prior notice, the debtor has already discharged one half or more of the obligation secured by the hypothec. What we need to do, first, is to calculate the percentage of the obligation that had been discharged by the respondent at the date of the prior notice.

37 The formula proposed by the intervener for this purpose is incorrect, because it unduly increases the amount of the obligation secured by the hypothec. The intervener observes that in calculating the amount paid by the respondent, the courts below took into account the total amount of interest between May 1, 1986 and May 1, 1997, amortized over a 25-year period. Consequently, the intervener submits, the interest that will accrue until the end of the term of that amortization period should be taken into account in calculating the amount of the obligation secured by the hypothec, in order to determine whether the 50-percent threshold provided in art. 2778 *C.C.Q.* has been reached. In our view, the reference period for calculating the interest ends on the date when the prior notice of the exercise of taking in payment was registered. The obligation secured by the hypothec, for the purposes of art. 2778 *C.C.Q.*, is therefore calculated by adding what has already been paid to the remainder owing at the time of registration of the prior notice of exercise of the right, and nothing else.

38 The method applied by the trial judge, and affirmed on appeal, is also incorrect. Because \$6,860 in capital and \$44,959 in interest had already been paid by the respondent when the prior notice was registered, and because the balance owing in capital and interest at that time was \$34,096.80, the trial judge added those figures to the amount agreed to by the parties by way of additional hypothec, \$8,160, and arrived at a total of \$94,075.80. However, including the total amount of the additional hypothec in that calculation ignores the fact that the additional hypothec is not a debt in itself. It merely provides

droits hypothécaires du créancier, même après que le préavis d'exercice lui ait été signifié.

V. Application aux faits de l'espèce

L'article 2778 *C.c.Q.* énonce que l'autorisation du tribunal est requise lorsque le débiteur a déjà acquitté, au moment de l'inscription du préavis, la moitié ou plus de l'obligation garantie par hypothèque. Il convient donc d'abord de calculer le pourcentage de l'obligation acquitté par l'intimée à la date du préavis.

La formule proposée par l'intervenante à cette fin est erronée car elle augmente de manière indue le montant de l'obligation garantie par l'hypothèque. L'intervenante remarque que les juridictions inférieures ont tenu compte, lors du calcul du montant payé par l'intimée, de la somme des intérêts entre le 1^{er} mai 1986 et le 1^{er} mai 1997, amortis sur une période de 25 ans. Par conséquent, selon l'intervenante, il faudrait également tenir compte des intérêts à courir jusqu'à l'échéance du terme de cette période d'amortissement pour calculer le montant de l'obligation garantie par hypothèque afin de déterminer si le seuil de 50 pour 100 prévu à l'art. 2778 *C.c.Q.* est atteint. Or, la période de référence pour le calcul des intérêts se limite, selon nous, à la date de l'inscription du préavis d'exercice de la prise en paiement. Le calcul de l'obligation garantie par hypothèque aux fins de l'art. 2778 *C.c.Q.* se fait donc par l'addition de ce qui a déjà été acquitté avec ce qui reste dû au moment de l'inscription du préavis d'exercice, sans plus.

La méthode appliquée par la juge de première instance et confirmée en appel est également erronée. En effet, puisque 6 860 \$ en capital et 44 959 \$ en intérêts étaient déjà acquittés par l'intimée lors de l'inscription du préavis, et que le solde dû en capital et intérêts à ce moment était de 34 096,80 \$, la juge de première instance a additionné ces montants à celui prévu par les parties à l'hypothèque additionnelle, soit 8 160 \$, et en est arrivée à un total de 94 075,80 \$. Toutefois, l'inclusion du montant total de l'hypothèque additionnelle dans ce calcul néglige le fait que celle-ci ne constitue pas

the creditor with hypothecary protection for the additional claims that the creditor might acquire against the debtor that would not be protected by registering the principal hypothec; one example of this might be the interest that has been due for more than three years which, in terms of rank, has lost the protection of the principal hypothec, under art. 2959, para. 1 *C.C.Q.* However, as long as no debt of that nature has fallen due, the amount for which the additional hypothec was registered should not be added to the total obligation secured by the hypothec. The opposite approach would violate the principle that we stated earlier, that the calculation of the obligation secured by the hypothec covers only what is due at the time of registration of the prior notice of exercise of the right. In this case, the evidence does not establish that any amounts covered by the additional hypothec provided for in clause 13 of the deed of loan had been incurred. Consequently, the amounts already paid by the respondent at the time of registration of the prior notice, \$6,860 in capital and \$44,959 in interest, should be added to the balance due in capital and interest at that time, \$34,096.80, to reach the total amount of the obligation secured by the hypothec for the purposes of art. 2778 *C.C.Q.*, i.e. \$85,915.80. Because the respondent had repaid a total of \$51,819 on the date of the prior notice, the proportion of the obligation secured by the hypothec that had been discharged by the respondent on that date is 60.31 percent, which is more than 50 percent.

With the exception of the inclusion of the amount of the additional hypothec, the trial judge's calculation appears to be correct. On the other hand, the formula suggested by the intervenor incorrectly imposes an additional amount of interest on the debtor that even the creditor did not request.

The appellant argues that the trial judge's calculation of the amount of the interest, which was adopted by the Court of Appeal, grants more protection to the debtor under the *C.C.Q.* than a consumer is given under the *C.P.A.*, since the *C.P.A.* would consider the interest for the entire term of the contract. The appellant cites s. 71 *C.P.A.* in support of this argument:

en elle-même une créance. Elle ne fait que fournir au créancier une protection hypothécaire pour les créances additionnelles que celui-ci pourrait acquérir contre le débiteur et qui ne seraient pas protégées par l'inscription de l'hypothèque principale; on peut penser, entre autres, aux intérêts échus depuis plus de trois ans ayant perdu quant à leur rang la protection de l'hypothèque principale en vertu de l'art. 2959, al. 1 *C.c.Q.* Toutefois, tant qu'aucune créance de cette nature n'est échue, il n'y a pas lieu d'additionner le montant pour lequel l'hypothèque additionnelle a été inscrite au total de l'obligation garantie par hypothèque. La solution contraire contreviendrait au principe que nous avons énoncé plus haut, selon lequel le calcul de l'obligation garantie par hypothèque ne couvre que ce qui est dû au moment de l'inscription du préavis d'exercice. Or, en l'espèce, la preuve ne démontre pas que des montants couverts par l'hypothèque additionnelle prévue à la clause 13 de l'acte de prêt aient été engagés. Par conséquent, il convient d'additionner les montants déjà acquittés par l'intimée lors de l'inscription du préavis, soit 6 860 \$ en capital et 44 959 \$ en intérêts, au solde dû en capital et intérêts à ce moment, soit 34 096,80 \$, pour obtenir le total de l'obligation garantie par hypothèque aux fins de l'art. 2778 *C.c.Q.*, soit 85 915,80 \$. L'intimée ayant remboursé un total de 51 819 \$ à la date du préavis, le pourcentage de l'obligation garantie par hypothèque acquitté par l'intimée à cette date est donc de 60,31 pour 100, soit plus de 50 pour 100.

À l'exception de l'inclusion du montant de l'hypothèque additionnelle, le calcul de la juge de première instance nous semble exact. Par contre, pour ce qui est de la formule suggérée par l'intervenante, elle impose erronément au débiteur un montant supplémentaire d'intérêts que même le créancier n'a pas exigé.

L'appelante prétend que le calcul du montant des intérêts fait par la juge de première instance, et retenu par la Cour d'appel, accorde une protection plus étendue au débiteur sous le *C.c.Q.* qu'au consommateur sous la *L.p.c.*, puisque la *L.p.c.* tiendrait compte des intérêts pour toute la durée du contrat. L'appelante cite l'art. 71 *L.p.c.*, à l'appui de sa prétention :

39

40

71. The merchant must state the credit charges in terms of dollars and cents, and indicate that they apply

(a) to the entire term of the contract in the case of a contract for the loan of money or a contract involving credit,

41

For the purposes of this appeal, it is not necessary to construe the provisions of the *C.P.A.* Nonetheless, we may think that s. 71 *C.P.A.* is simply a method by which the legislature has ensured that consumers will be informed that the credit charges are, as a rule, payable throughout the term of the contract. However, there is nothing in that section that suggests that for the purposes of calculating “one-half of the amount of the total obligation” (s. 142 *C.P.A.*), the interest for the entire term of the contract will be included. In fact, s. 91 *C.P.A.* provides that the credit charges must be computed according to the actuarial method prescribed by ss. 51 to 61 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1 (the “Regulation”). Those provisions make no reference to the entire term of the contract as the basis for the calculation. On the contrary, s. 52 of the Regulation provides that the charges must be computed in relation to the payment period. Moreover, s. 93, para. 1 *C.P.A.* provides that “[t]he consumer may make full payment or partial payment of his obligation before maturity”. Section 93, para. 2 *C.P.A.* provides that the balance owing is “the aggregate of the net capital balance and the credit charges computed in accordance with section 91”. Professor L’Heureux notes that in terms of the analogous context of forfeiture of term clauses in credit contracts, [TRANSLATION] “the amount of which the merchant may require payment must be calculated in the same way as if it were a payment before maturity (s. 93)” (N. L’Heureux, *Droit de la consommation* (5th ed. 2000), at p. 127).

42

Finally, this reading of art. 2778 *C.C.Q.* is consistent with the concept of interest. Interest is the price paid for the use of money over time, and compensates the lender for the unforeseeable risks of monetary depreciation and for the commercial risks inherent in a transaction of that nature (see J. Huet, *Traité de droit civil: Les principaux contrats*

71. Le commerçant doit mentionner les frais de crédit en termes de dollars et de cents et indiquer qu’ils se rapportent :

a) à toute la durée du contrat dans le cas d’un contrat de prêt d’argent ou d’un contrat assorti d’un crédit; . . .

Pour trancher le présent pourvoi, il n’est pas nécessaire d’interpréter les dispositions de la *L.p.c.* On peut néanmoins penser que l’art. 71 *L.p.c.* n’est qu’un moyen par lequel le législateur s’assure que le consommateur soit informé que les frais de crédit sont, en principe, exigibles tout au long de la durée du contrat. Cependant, rien dans cet article ne suggère qu’aux fins du calcul de « la moitié de la somme de l’obligation totale » (art. 142 *L.p.c.*), les intérêts soient inclus pour toute la durée du contrat. En fait, l’art. 91 *L.p.c.* prévoit que les frais de crédit sont calculés selon la méthode actuarielle prescrite aux art. 51 à 61 du *Règlement d’application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q. 1981, ch. P-40.1, r. 1 (le « Règlement »). Or, ceux-ci ne font nullement allusion à toute la durée du contrat comme base de calcul. Au contraire, l’art. 52 du Règlement prévoit que les frais doivent être calculés par rapport à la période de paiement. Qui plus est, l’art. 93, al. 1 *L.p.c.* prévoit que « [l]e consommateur peut payer en tout ou en partie son obligation avant échéance ». L’article 93, al. 2 *L.p.c.* précise que le solde dû est « la somme du solde du capital net et des frais de crédit calculés conformément à l’article 91 ». La professeure L’Heureux note ce qui suit en ce qui concerne le contexte analogue des clauses de déchéance du bénéfice du terme dans les contrats de crédit : « Quant au montant que le commerçant peut exiger, il doit être calculé de la même manière que s’il s’agissait d’un paiement par anticipation (art. 93) » (N. L’Heureux, *Droit de la consommation* (5^e éd. 2000), p. 127).

Enfin, cette lecture de l’art. 2778 *C.c.Q.* est conforme à la notion d’intérêts. En effet, les intérêts sont le prix de l’usage de l’argent dans le temps et ils compensent le prêteur pour les aléas de la dépréciation monétaire et pour les risques commerciaux inhérents à une telle transaction (voir J. Huet, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*

spéciaux (2nd ed. 2001), at p. 1000). If the capital that is lent is repaid to the lender in full, there is no basis for future rent on the money, because the repayment has stopped the time from running.

VI. Role of the Court Under Art. 2778 C.C.Q.

If the debtor has discharged one half or more of the obligation secured by the hypothec at the time the creditor registers the prior notice of taking in payment, the creditor will have to obtain the authorization of the court to act on that notice. The judge who hears the application will exercise his or her discretion in authorizing or denying the taking in payment. It is important to note, however, that the requirement that the authorization of the court be obtained when the threshold provided in art. 2778 C.C.Q. has been reached is an inescapable, but not insurmountable, procedural requirement for the creditor who wishes to exercise this remedy. On this point, we would simply note the point made by Payette, *supra*, at p. 786:

[TRANSLATION] The court is under no obligation to dismiss the application for taking in payment because half of the debt has already been paid. This is not an absolute ground for dismissal. The legislature does not systematically deny creditors who have been half paid the right to take in payment. Rather, it states a ground for denying it, on which a judgment may, having regard to the circumstances, be based. We must not forget that the judgment will be rendered after the time that is allowed for surrendering, during which time, theoretically, no interested person wished to remedy the default alleged in the prior notice (art. 2761 C.C.); this may create a presumption that the remedy exercised is not unfair. [Emphasis added.]

The discretion given to the court by art. 2778 C.C.Q. must therefore be exercised judicially, that is, having regard to the relevant factors. The *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, at p. 1739, identify two factors which, in our view, are the main considerations in the context of the exercise of this judicial discretion: the value of the property and the unpaid balance of the debt. Moreover, in exercising this discretion, the court will also take into consideration the conduct of the parties to the proceedings. There is a third criterion, which is referred to in art. 6 C.C.Q., where the legislator provides that civil

(2^e éd. 2001), p. 1000). Or, si le capital prêté est remboursé en totalité au prêteur, un loyer futur de l'argent remis devient sans objet, le remboursement mettant fin à l'écoulement du temps.

VI. Le rôle du tribunal en vertu de l'art. 2778 C.c.Q.

Si le débiteur a acquitté la moitié ou plus de l'obligation garantie par l'hypothèque au moment où le créancier inscrit le préavis d'exercice de la prise en paiement, ce dernier devra obtenir l'autorisation du tribunal pour y donner suite. Le juge saisi de la requête exercera sa discrétion d'autoriser ou de refuser la prise en paiement. Il est important de noter, toutefois, que l'exigence d'obtenir l'autorisation du tribunal lorsque le seuil prévu à l'art. 2778 C.c.Q. est atteint constitue pour le créancier qui veut exercer ce recours une exigence procédurale incontournable, mais non insurmontable. Il suffit de rappeler à cet égard les propos de M^e Payette, *op. cit.*, p. 786 :

Le tribunal n'a pas l'obligation de rejeter la requête pour prise en paiement parce que la moitié de la dette a déjà été acquittée. Il ne s'agit pas là d'une fin de non-recevoir absolue. Le législateur ne refuse pas systématiquement la prise en paiement au créancier à moitié payé. Il exprime plutôt un motif de refus sur lequel le jugement pourra, compte tenu des circonstances, s'appuyer. Il ne faut pas oublier que ce jugement intervient après l'expiration du délai imparti pour délaisser, durant lequel, par hypothèse, aucun intéressé n'a voulu remédier au défaut reproché dans le préavis (art. 2761 C.c.); ceci peut créer une présomption que le recours exercé n'est pas inique. [Nous soulignons.]

Par conséquent, la discrétion accordée au tribunal par l'art. 2778 C.c.Q. devra être exercée de manière judiciaire, c'est-à-dire en tenant compte des facteurs pertinents. Les *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, p. 1739, relèvent deux facteurs qui, selon nous, constituent les considérations principales dans le contexte de cet exercice de discrétion judiciaire : la valeur du bien et le solde de la dette. Par ailleurs, dans cet exercice, le tribunal prendra également en considération le comportement des parties au litige. Il s'agit d'un troisième critère auquel fait référence l'art. 6 C.c.Q., où le législateur énonce que

43

44

rights must be exercised in good faith. It is therefore possible for the court to step in and, where necessary, sanction the conduct of a party who exercises his or her rights with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner (art. 7 *C.C.Q.*). We would note, however, that art. 2805 *C.C.Q.* enacts a general and rebuttable presumption of good faith (see Baudouin and Jobin, *supra*, at pp. 110-11). The onus is therefore on the party who alleges bad faith to prove it.

45

Section 109 *C.P.A.* also lists a series of factors that courts must consider, *inter alia*, before granting a creditor permission to exercise his or her right of repossession under that Act (ss. 142 and 143 *C.P.A.*). In addition to the value of the goods and the balance of the debt, the *C.P.A.* takes the following factors into consideration: the total of the amounts that the consumer must disburse under the contract; the sums already paid; the consumer's ability to pay; and the reason for which the consumer is in default. Payette is of the view that the balance of the debt and the value of the property must be [TRANSLATION] "the principal if not the only criteria" to be considered (Payette, *supra*, at p. 785). In his opinion, ability to pay and the reason for the default are criteria that are unrelated to the law of hypothecs, but are specific rather to the *C.P.A.*, to the possibility of reducing or revising the principal obligation for which arts. 1437 and 2332 *C.C.Q.* provide, or to cases of lesion as provided for in art. 1406 *C.C.Q.* We agree with that author's opinion, that in the context of a taking in payment, the balance of the debt and the value of the property given as security are the principal factors to be considered. The other criteria would be relevant in the case of a loan of money where the court would have to determine the proportion of prestations in order to determine whether there was lesion as provided in arts. 2332 and 1406 *C.C.Q.* Although this case involves a loan of money, there is no allegation that there is a serious disproportion in terms of the prestations of the parties to these proceedings.

46

In this case, the trial judge decided not to grant the authorization, and the Court of Appeal affirmed that decision, observing that to date none of the parties to the proceedings had submitted arguments

les droits civils doivent s'exercer selon les exigences de la bonne foi. Ainsi, il est possible pour le tribunal d'intervenir et d'imposer, s'il y a lieu, une sanction à la partie qui exerce ses droits dans le but de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable (art. 7 *C.c.Q.*). Soulignons, cependant, que l'art. 2805 *C.c.Q.* édicte une présomption générale et réfragable de bonne foi (voir Baudouin et Jobin, *op. cit.*, p. 110-111). Il revient donc à la partie qui allègue la mauvaise foi de la prouver.

L'article 109 *L.p.c.* énumère aussi une série de facteurs qu'un tribunal doit notamment examiner avant d'accorder la permission au créancier d'exercer son droit de reprise en vertu de cette loi (art. 142 et 143 *L.p.c.*). En plus de la valeur du bien et du solde de la dette, la *L.p.c.* tient compte des facteurs suivants : le total des sommes que le consommateur doit déboursier en vertu du contrat; les sommes déjà payées; la capacité de payer; et la raison pour laquelle le consommateur est en défaut. M^e Payette est d'avis que le solde de la dette et la valeur du bien doivent être « les principaux sinon les seuls critères » à considérer (Payette, *op. cit.*, p. 785). Selon lui, la capacité de payer et la raison du défaut sont des critères qui ne se rattachent pas au droit des hypothèques, mais sont plutôt propres à la *L.p.c.*, à la réductibilité ou la révision de l'obligation principale prévue aux art. 1437 et 2332 *C.c.Q.* ou aux cas de lésion prévus à l'art. 1406 *C.c.Q.* Nous partageons l'opinion de l'auteur que, dans le contexte d'une prise en paiement, le solde de la dette et la valeur du bien garanti sont les principaux facteurs à considérer. Les autres critères seraient pertinents dans le cas d'un prêt d'argent où le tribunal devrait vérifier la proportion des prestations afin de déterminer s'il y a eu lésion, tel que prévu aux art. 2332 et 1406 *C.c.Q.* Bien qu'il s'agisse d'un prêt d'argent dans le présent dossier, il n'est pas allégué qu'il existe une disproportion importante quant aux prestations des parties en l'instance.

Dans la présente affaire, la juge de première instance a décidé de ne pas accorder l'autorisation, et la Cour d'appel a confirmé cette décision en notant que, jusqu'à présent, aucune des parties en l'instance

regarding that question of fact. The majority of the Court of Appeal was careful to point out that the matter of judicial authorization calls for providing all the evidence that the parties consider to be relevant, as well as arguments on the question.

However, in this case, none of the parties tendered any evidence relating to the factors that are relevant to the exercise of the discretion that the court is given by art. 2778 *C.C.Q.* In her dispute of the application for forced surrender and taking in payment, the respondent alleged bad faith on the appellant's part, but in her reasons, the trial judge made no comment on this point. The appellant argued that the immovable given as security is worth less than the balance owing to it. In our opinion, the majority of the Court of Appeal was correct to conclude that this part of the case involved a question of fact. This Court is not in a good position to decide a question of fact that was never argued in the courts below. If the appellant still wishes to exercise the remedy of taking in payment in the circumstances, it is free to make a fresh application and to prove its allegations. Absent evidence as to the facts that would justify authorizing taking in payment, the judgment of the Court of Appeal should be affirmed. Judicial authorization is accordingly denied.

VII. Conclusion

For these reasons, we dismiss the appeal with costs throughout, those before this Court to include disbursements and reasonable fees on a solicitor-client basis for the reasons stated by LeBel J.

English version of the reasons of Bastarache and LeBel JJ. delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction: Origin and Nature of the Case

The parties to this appeal are a hypothecary creditor, CIBC Mortgage Corporation ("CIBC"), and its debtor, the respondent Marcella Vasquez ("Vasquez"). The issue is whether the creditor may

n'a plaidé sur cette question de fait. La majorité de la Cour d'appel a pris soin de dire que la question de l'autorisation judiciaire nécessite une présentation de toutes les preuves que les parties jugent pertinentes ainsi qu'une argumentation sur la question.

Toutefois, en l'espèce, aucune des parties n'a présenté de preuve relative aux facteurs pertinents à l'exercice de la discrétion accordée au tribunal par l'art. 2778 *C.c.Q.* Dans sa contestation de la requête en délaissement forcé et en prise en paiement, l'intimée a allégué la mauvaise foi de l'appelante mais, dans ses motifs, la juge du procès n'a fait aucun commentaire à cet égard. L'appelante, pour sa part, prétend que l'immeuble donné en garantie vaut moins que le solde qui lui est dû. À notre avis, c'est avec raison que la majorité de la Cour d'appel a conclu que cette partie du débat relève d'une question de fait. Or, notre Cour est mal placée pour décider d'une question de fait qui n'a aucunement été plaidée devant les instances inférieures. Si l'appelante désire toujours exercer le recours de prise en paiement dans les circonstances, libre à elle de présenter une nouvelle requête et de faire la preuve de ses allégations. En l'absence de preuve quant aux faits qui justifieraient d'autoriser la prise en paiement, il y a lieu de confirmer le jugement de la Cour d'appel. L'autorisation judiciaire est, en conséquence, refusée.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous rejetons l'appel avec dépens devant toutes les cours, ceux devant cette cour comprenant les débours engagés et des honoraires raisonnables sur une base avocat-client pour les motifs exprimés à cet égard par le juge LeBel.

Les motifs des juges Bastarache et LeBel ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction : origine et nature du litige

Ce pourvoi oppose une créancière hypothécaire, CIBC Mortgage Corporation (« CIBC »), et sa débitrice, l'intimée Marcella Vasquez (« Vasquez »). Il s'agit en l'espèce de déterminer si la créancière

exercise the remedy of taking in payment of the hypothecated property. To dispose of this appeal, the Court must examine the scope and interpretation of art. 2778 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), in order to decide whether Ms. Vasquez has repaid at least half of the obligation secured by the hypothec and may therefore oppose the exercise of the remedy of taking in payment. For the reasons that follow, I conclude that the expression “obligation secured” in art. 2778 *C.C.Q.* refers only to the capital advanced, in the case of a loan of money secured by hypothec. Consequently, having failed to repay half of that capital, Ms. Vasquez could not have defended the taking in payment proceeding initiated by CIBC and the appeal by CIBC must be allowed.

50

This case arises out of a hypothecary loan given to Ms. Vasquez by CIBC. In April 1986, CIBC lent Ms. Vasquez \$40,800 to purchase a residential condominium. The loan, which was evidenced by a deed of hypothecary loan, provided for annual interest of 11 percent. The contract provided for monthly payments of \$392.71, which included capital and interest. The term was five years, and it was to expire on May 1, 1991. The capital was amortized over 25 years. At the end of the term the capital was repayable in full. Repayment of the loan was secured by an immovable hypothec.

51

Pursuant to a renewal clause, the loan was renewed several times and was to expire on October 30, 1997. Unfortunately, the debtor ceased to make the scheduled monthly payments and repay municipal taxes on June 30, 1997. When the default continued, CIBC served a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy on her under art. 2758 *C.C.Q.* The notice, which was registered at the Registry Office on October 24, 1997, informed Ms. Vasquez that her creditor would be exercising the remedy of taking of the immovable in payment, unless she remedied the defaults indicated within 60 days, as provided in art. 2761 *C.C.Q.* In practice, because the term of the loan was expiring, the respondent had to repay the balance of the capital of the loan, together with the arrears of interest and taxes. On that date, the unpaid capital was still \$33,498.35.

peut exercer le recours de prise en paiement du bien hypothéqué. Pour statuer sur cette affaire, notre Cour doit examiner la portée et l’interprétation de l’art. 2778 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), afin de décider si M^{me} Vasquez a acquitté au moins la moitié de l’obligation garantie par hypothèque et peut ainsi s’opposer à l’exercice du recours de prise en paiement. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l’expression « obligation garantie » à l’art. 2778 *C.c.Q.* ne vise que le capital avancé, dans le cas d’un prêt d’argent garanti par hypothèque. En conséquence, faute d’avoir remboursé la moitié de ce capital, M^{me} Vasquez ne pouvait s’opposer à la procédure de prise en paiement de CIBC et l’appel de celle-ci doit être accueilli.

Ce litige provient d’un prêt hypothécaire consenti par CIBC à M^{me} Vasquez. En avril 1986, CIBC prête à M^{me} Vasquez 40 800 \$ pour acheter un condominium résidentiel. Constaté par un acte de prêt hypothécaire, le prêt prévoit un intérêt annuel de 11 pour 100. Le contrat prévoit des mensualités de 392,71 \$ qui incluent les intérêts et le capital. Un terme de cinq ans est prévu et doit échoir le 1^{er} mai 1991. L’amortissement du capital s’effectue sur une base de 25 ans. À l’arrivée du terme, le capital devient entièrement remboursable. Une hypothèque immobilière garantit le remboursement du prêt.

En vertu d’une clause de renouvellement, le prêt se renouvelle à quelques reprises et doit venir à échéance le 30 octobre 1997. Malheureusement, à compter du 30 juin 1997, la débitrice cesse de verser les mensualités prévues et de payer les taxes municipales. Le défaut perdurant, CIBC lui notifie un préavis d’exercice d’un droit hypothécaire en vertu de l’art. 2758 *C.c.Q.* Publié le 24 octobre 1997 au Bureau de la publicité des droits, l’avis informe M^{me} Vasquez que sa créancière exercera le recours de prise en paiement de l’immeuble, à moins qu’elle ne remédie aux défauts indiqués dans les 60 jours, comme le prévoit l’art. 2761 *C.c.Q.* En pratique, en raison de l’arrivée du terme du prêt, l’intimée doit rembourser le solde en capital du prêt ainsi que les arriérés d’intérêts et de taxes. À cette date, le capital impayé s’élève encore à 33 498,35 \$.

During the 60-day notice period, Ms. Vasquez did nothing and repaid nothing, nor did she request, as she could have under art. 2779 *C.C.Q.*, that the creditor abandon the taking in payment proceedings and have the property sold by judicial authority. A few weeks after the notice period expired, CIBC continued the proceedings for enforcing its hypothecary security. Accordingly, its solicitors served a motion for forced surrender and taking in payment on the respondent.

Ms. Vasquez then contested the motion for taking in payment. She contended, first, that the interest paid had to be included in calculating the obligation secured within the meaning of art. 2778 *C.C.Q.* By that method of calculation, she had paid more than half of the amount secured, and consequently the creditor was not entitled to take in payment without prior judicial authorization. The CIBC amended its motion at the hearing in the Superior Court to add a motion in the alternative to authorize the remedy, in the event that the Superior Court accepted the interpretation of art. 2778 *C.C.Q.* proposed by the respondent. The issue was joined on that basis.

II. Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, [1998] R.D.I. 612

Courteau J. heard the motion for forced surrender and concluded that art. 2778 *C.C.Q.* does not permit a creditor to take the hypothecated property in payment without judicial authorization if the amount repaid is half or more of the obligation secured, including interest and the capital lent. By her calculation, Ms. Vasquez had repaid 55.08 percent of the obligation secured within the meaning of art. 2778 *C.C.Q.* To determine the meaning of "obligation secured", the concept referred to in that provision, Courteau J. relied on its legislative origin, which she found to justify an interpretation in the debtor's favour: in her view, art. 2778 was modelled specifically on s. 142 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, and because that Act requires that amounts such as interest and certain ancillary obligations be included in a consumer loan when the creditor intends to retake a property, the interpretation of the *Civil Code* must lead to an analogous

Au cours du délai de 60 jours, M^{me} Vasquez ne fait ni ne rembourse rien. Elle ne demande pas, non plus, comme le lui permettrait l'art. 2779 *C.c.Q.*, que la créancière abandonne la procédure de prise en paiement pour procéder à une vente sous le contrôle de la justice. Quelques semaines après l'expiration du délai, CIBC continue les procédures de mise à exécution de sa sûreté hypothécaire. Ses avocats signifient donc à l'intimée une requête en délaissement forcé et prise en paiement.

M^{me} Vasquez conteste alors la demande de prise en paiement. Elle soutient d'abord que l'on doit inclure dans le calcul de l'obligation garantie au sens de l'art. 2778 *C.c.Q.* le montant des intérêts versés. Selon cette méthode de calcul, elle aurait versé plus de la moitié de la somme garantie. En conséquence, la créancière n'aurait pas droit à la prise en paiement sans autorisation judiciaire préalable. Par voie de modification à l'audition en Cour supérieure, CIBC ajoute une demande subsidiaire d'autorisation du recours, au cas où la Cour supérieure accepterait l'interprétation de l'art. 2778 *C.c.Q.* proposée par l'intimée. Le débat judiciaire s'engage sur cette base.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*, [1998] R.D.I. 612

Saisie de la requête en délaissement forcé, la juge Courteau conclut que l'art. 2778 *C.c.Q.* ne permet pas au créancier de prendre le bien hypothéqué en paiement sans autorisation judiciaire si les sommes remboursées atteignent la moitié de l'obligation garantie, y compris les intérêts et le capital prêté. Selon ses calculs, M^{me} Vasquez aurait remboursé 55,08 pour 100 de l'obligation garantie au sens de l'art. 2778 *C.c.Q.* Pour déterminer le sens de la notion d'obligation garantie à laquelle renvoie cette disposition, la juge Courteau fait appel à son origine législative. Celle-ci justifierait une interprétation favorable à la débitrice. En effet, l'art. 2778 s'inspirerait particulièrement de l'art. 142 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1. Comme ce dernier exige que les montants tels que les intérêts et certaines obligations accessoires à un prêt de consommation soient pris en compte lorsque le créancier entend reprendre

52

53

54

result. In addition, the deed of hypothecary loan defined the obligation secured as including capital and interest. In the opinion of Courteau J., the motion for taking in payment therefore could not be allowed. She dismissed it, but did not expressly dispose of the motion in the alternative for authorization to exercise the remedy.

un bien, il faut que l'interprétation du *Code civil* conduise à un résultat analogue. De plus, l'acte de prêt hypothécaire définissait l'obligation garantie comme incluant le capital et l'intérêt. Selon la juge Courteau, la requête pour prise en paiement était donc irrecevable. Elle l'a rejetée, sans toutefois se prononcer explicitement sur la demande subsidiaire d'autorisation du recours.

55 The judgment of the Superior Court went farther than that, however: Courteau J. ordered the creditor to renew the hypothecary loan for a term and on conditions that were not specified, but were characterized as "standard" in the relief granted by the decision. She also granted Ms. Vasquez 30 days to pay the arrears. The judgment was silent as to the reasons and legal basis for granting that relief.

Le jugement de la Cour supérieure va cependant plus loin. La juge Courteau a, en effet, ordonné à la créancière de renouveler le prêt hypothécaire pour un terme et à des conditions non précisés, mais qualifiés de normaux par les conclusions de la décision. Elle accorde aussi un délai de 30 jours à M^{me} Vasquez pour le règlement des arriérés. Le jugement demeure muet sur les motifs et les fondements juridiques de ces conclusions.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2000] R.D.I. 188

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] R.D.I. 188

56 CIBC failed again on appeal. The majority, for reasons written by Vallerand J.A., concurred in by Deschamps J.A., affirmed the interpretation of the concept of "obligation secured" in art. 2778 *C.C.Q.* that the Superior Court had applied. Beauregard J.A., dissenting, adopted CIBC's argument and concluded that the calculation to be done included only the capital. However, all of the judges acknowledged that there was no legal basis for granting the relief of renewal of the loan, and it had to be set aside.

CIBC subit un second échec en appel. La majorité, pour des motifs rédigés par le juge Vallerand, auxquels souscrit la juge Deschamps, confirme l'interprétation que la Cour supérieure donne à la notion d'obligation garantie prévue à l'art. 2778 *C.c.Q.* Le juge Beauregard, dissident, adopte la thèse de CIBC et conclut que le calcul prévu ne comprend que le capital. Tous les juges reconnaissent toutefois que la conclusion de renouvellement du prêt n'a pas de fondement juridique et doit être annulée.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Dispositions législatives pertinentes

57 *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

2748. In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure, creditors have only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security.

2748. Outre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile, les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre.

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and exigible, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged property to administer it, take it in payment of their claim, have it sold by judicial authority or sell it themselves.

Ils peuvent ainsi, lorsque leur débiteur est en défaut et que leur créance est liquide et exigible, exercer les droits hypothécaires suivants : ils peuvent prendre possession du bien grevé pour l'administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes.

2757. A creditor intending to exercise a hypothecary right shall file a prior notice at the registry office, together

2757. Le créancier qui entend exercer un droit hypothécaire doit produire au bureau de la publicité des droits

with evidence that it has been served on the debtor and, where applicable, on the grantor and on any other person against whom he intends to exercise his right.

Registration of such a notice is made in accordance with the Book on Publication of Rights.

2778. Where, at the time of registration of the creditor's prior notice, the debtor has already discharged one-half or more of the obligation secured by the hypothec, the creditor shall obtain authorization from the court before taking property in payment, except where the person against whom the right is exercised has voluntarily surrendered the property.

2779. Subsequent hypothecary creditors or the debtor may, within the time allotted for surrender, require the creditor to abandon the taking in payment and sell the property himself or have it sold by judicial authority; they shall have registered a notice beforehand to that effect, reimbursed the creditor for the costs he has incurred and advanced the amounts needed for the sale of the property.

The notice shall be served on the creditor, the grantor, the debtor and the person against whom the hypothecary right is exercised, and registration thereof is made in accordance with the Book on Publication of Rights.

Subsequent creditors who require the creditor to proceed with the sale shall also furnish him with a security guaranteeing that the property will be sold at a sufficiently high price to enable his claim to be paid in full.

IV. The Issues

When this Court gave leave to appeal, the parties and an intervener, the Canada Mortgage and Housing Corporation ("CMHC"), first defined the problem to be examined as relating to the interpretation of art. 2778 *C.C.Q.* At that point, as noted earlier, the issue was still the meaning of the expression "obligation secured" in that provision. Did it consist only of the capital advanced by the lender, as CIBC and the CMHC contended? Must the interest and other ancillary charges be added to that, as Ms. Vasquez argued?

This change in the nature of the appeal introduced two additional questions. First, the CMHC's factum presented an alternative argument regarding the calculation of Ms. Vasquez's payments and obligations. The argument was that the method of

un préavis, accompagné de la preuve de la signification au débiteur et, le cas échéant, au constituant, ainsi qu'à toute autre personne contre laquelle il entend exercer son droit.

L'inscription de ce préavis est dénoncée conformément au livre De la publicité des droits.

2778. À moins que celui contre qui le droit est exercé ne délaisse volontairement le bien, le créancier doit obtenir l'autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement lorsque le débiteur a déjà acquitté, au moment de l'inscription du préavis du créancier, la moitié, ou plus, de l'obligation garantie par hypothèque.

2779. Les créanciers hypothécaires subséquents ou le débiteur peuvent, dans les délais impartis pour délaisser, exiger que le créancier abandonne la prise en paiement et procède lui-même à la vente du bien ou le fasse vendre sous contrôle de justice; ils doivent, au préalable, avoir inscrit un avis à cet effet, remboursé les frais engagés par le créancier et avancé les sommes nécessaires à la vente du bien.

L'avis doit être signifié au créancier, au constituant ou au débiteur, ainsi qu'à celui contre qui le droit hypothécaire est exercé et son inscription est dénoncée, conformément au livre De la publicité des droits.

Les créanciers subséquents qui exigent que le créancier procède à la vente du bien doivent, en outre, lui donner caution que la vente se fera à un prix suffisamment élevé qu'il sera payé intégralement de sa créance.

IV. Les questions en litige

À la suite de l'autorisation de pourvoi par notre Cour, les parties et une intervenante, la Société canadienne d'hypothèques et de logement (« SCHL »), ont d'abord défini le problème sous étude comme une question d'interprétation de l'art. 2778 *C.c.Q.* À cette étape, tel qu'indiqué plus haut, il s'agit toujours de déterminer le sens de l'expression « obligation garantie » dans cette disposition. Ne comprend-elle que le capital avancé par le prêteur, comme le proposent CIBC et la SCHL? Doit-on y ajouter les intérêts et d'autres charges accessoires, comme le plaide M^{me} Vasquez?

L'évolution du pourvoi a introduit deux questions additionnelles. Tout d'abord, le mémoire de la SCHL a présenté un argument subsidiaire sur le calcul des paiements et des obligations de M^{me} Vasquez. Selon cette prétention, la méthode de

58

59

calculation argued by the respondent and adopted by Courteau J. contained fundamental errors. If an appropriate method of calculation were adopted, it would show that the debtor had paid only 41 percent of the obligation secured, even if the meaning given to that expression by the Superior Court is applied. The CMHC argued that for that reason alone, the opposition to the taking in payment could not succeed.

calcul défendue par l'intimée et adoptée par la juge Courteau comportait des erreurs fondamentales. Si une méthode appropriée de calcul des intérêts était adoptée, elle démontrerait que la débitrice n'aurait acquitté que 41 pour 100 de l'obligation garantie, toujours en donnant à cette expression le sens que lui attribue la Cour supérieure. Pour ce seul motif, ultimement, la contestation de la prise en paiement serait irrecevable.

60 Lastly, Ms. Vasquez returned at the hearing to the question of the extent of the powers of a judge who hears a motion for taking in payment. In her submission, art. 2778 *C.C.Q.* permits the judge to redefine certain of the terms and conditions of the debtor's agreement and to grant the debtor, *inter alia*, time to pay, and even, in the judge's discretion, to stay the enforcement of the creditor's security completely. She defended the validity of certain of the heads of relief granted in the trial judgment, which the Court of Appeal had set aside and in respect of which she did not file any cross-appeal, on that basis.

À l'audience, M^{me} Vasquez est enfin revenue sur la question de l'étendue des pouvoirs du juge saisi d'une requête de prise en paiement. À son avis, l'art. 2778 *C.c.Q.* permettrait au juge de redéfinir certaines modalités de l'engagement du débiteur et de lui accorder, notamment, des délais de paiement, ainsi que la suspension totale, à sa discrétion, de la mise à exécution des sûretés du créancier. Elle défendait ainsi la validité de certaines conclusions du jugement de première instance qu'avait annulées la Cour d'appel et à propos desquelles elle n'a d'ailleurs formé aucun appel incident.

61 In order to analyse the issues argued by the parties, we must genuinely examine the interpretation of art. 2778 *C.C.Q.* That examination cannot be reduced to a mere grammatical and linguistic analysis of the text. The provision, and the contract that was signed, must be considered in the more comprehensive context of the law of obligations and securities, in order to determine the legal scope of the provision in issue. The basis on which to calculate 50 percent of the obligation secured will not have to be examined, however, unless we adopt the respondent's interpretation of art. 2778 *C.C.Q.* I shall now review the legal principles that govern hypothecs in the law of securities in Quebec. That review will include consideration of the remedies available to the creditor. It will be relevant, in our examination of taking in payment, to consider the function and powers of the judge in relation to reviewing and enforcing contracts secured by hypothec. The nature of the issues raised will justify a brief consideration of the law of obligations, the rules that apply to loans of money and certain aspects of the role of the courts in these matters.

L'étude des questions débattues par les parties exigera l'examen proprement dit de l'interprétation de l'art. 2778 *C.c.Q.* Cette étude ne saurait se réduire à une pure analyse grammaticale et linguistique du texte. Il faudra replacer cette disposition et le contrat intervenu dans le cadre plus global du droit des obligations et des sûretés afin de déterminer la portée juridique de la disposition en débat. L'examen de la base de calcul de la proportion de 50 pour 100 de l'obligation garantie ne sera toutefois nécessaire que si l'on retient l'interprétation que l'intimée donne à l'art. 2778 *C.c.Q.* Je passerai donc maintenant à un rappel des principes juridiques régissant l'hypothèque dans le droit des sûretés du Québec. Cette étude s'étendra à celle des recours du créancier. L'étude de la prise en paiement rendra pertinent un examen de la fonction du juge et de ses pouvoirs relativement à la révision et à l'exécution des contrats garantis par une hypothèque. La nature du débat engagé justifiera une courte réflexion sur le droit des obligations, les règles propres au prêt d'argent et certains aspects des interventions judiciaires en ces matières.

V. Hypothec and its Structure and Functions

This case does not involve merely an isolated statutory provision, to be discussed apart from its legal environment. It relates to the exercise of the leading example of real security recognized by the *Civil Code of Québec*. It should be pointed out that the area to which it applies extends beyond the realm of consumer protection. The more protective approach of civil legislation, a heightened desire to preserve the balance of contractual power and the creation of more stringent forms of public order, referred to as protection, do not eliminate the essential function of the *Civil Code*, as a body of rules that apply as the *jus commune* of Quebec, according to the legislative intention expressed in the preliminary provision of the Code (see *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at paras. 15-16, per Gonthier J.). The *Civil Code* does not deal solely with legal relationships that arise out of consumer relationships. It may affect, *inter alia*, commercial law and business law. This aspect of the nature of the Code is particularly evident in the law of real security.

The *Civil Code of Québec* sought to reorganize the often fragmented, not to say incoherent law of security around the institution of the hypothec and the concept of priority. The hypothec has become a form of flexible security (see P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at pp. 197-200; see also, by the same author, "The Reform of Security under the Civil Code of Quebec", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 4B, p. 26, at para. 95; L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001), at pp. 1-3).

A hypothec may be used to provide ancillary security for a wide range of obligations, as art. 2687 *C.C.Q.* in fact provides. It has been in common use for a long time in the immovable loans market, where it secures repayment of the funds advanced by the creditor, as in this case. However, hypothecs are used in situations well outside this one. For example, a hypothec may secure the performance of a variety of obligations to do or not to do something, non-competition agreements, advances such as lines of credit, and both agreements relating to ascertained amounts of money and agreements relating

V. L'hypothèque, sa structure et ses fonctions

Ce litige ne concerne pas seulement une disposition isolée, discutée hors de son environnement juridique. Il se rapporte à la mise en oeuvre de la sûreté réelle principale reconnue par le *Code civil du Québec*. L'aire d'application de celui-ci, doit-on le souligner, dépasse le seul domaine de la protection du consommateur. L'orientation plus protectrice de la législation civile, une volonté accrue de préservation des équilibres contractuels et l'instauration de formes plus contraignantes d'ordre public dit de protection ne font pas disparaître la fonction essentielle du *Code civil* en tant que corps de règles applicables comme droit commun du Québec, selon la volonté législative qu'exprime sa disposition préliminaire. (Voir *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15-16, le juge Gonthier.) Le *Code civil* ne vise pas seulement ainsi des relations juridiques nées de rapports de consommation. Il peut toucher, entre autres, la vie du droit commercial et de l'entreprise. Ce caractère ressort avec une netteté particulière dans le droit des sûretés réelles.

Le *Code civil du Québec* a cherché à réorganiser un droit des sûretés souvent fragmenté, sinon incohérent, autour de l'institution de l'hypothèque et de la notion de priorité. L'hypothèque est devenue une forme de garantie flexible (voir P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 197-200; voir aussi du même auteur, « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 303, p. 349, par. 95; L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2^e éd. 2001), p. 1-3).

L'hypothèque peut servir de garantie accessoire aux obligations les plus variées, comme le prévoit d'ailleurs l'art. 2687 *C.c.Q.* On l'utilise largement et depuis longtemps dans le secteur du prêt immobilier où, comme dans le présent dossier, elle assure le remboursement des avances du créancier. Cependant, on l'emploie bien au-delà de ce domaine. L'hypothèque garantira ainsi l'exécution d'obligations diverses de faire ou de ne pas faire, des engagements de non-concurrence, des avances comme des ouvertures de crédit, des engagements portant sur des sommes d'argent définies et d'autres

62

63

64

to other amounts that cannot be measured certainly (see Ciotola, *Droit des sûretés*, *supra*, at pp. 425-26; Payette, *supra*, at p. 270).

qui ne sauraient être mesurées ainsi. (Voir Ciotola, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 425-426; Payette, *op. cit.*, p. 270.)

65

Because of the diverse nature of the obligations secured by this method, and the requirements of the scheme governing the publication of rights and the protection of third parties, the underlying security and the maximum amount for which the security is given will have to be specified (art. 2689 *C.C.Q.*). That rule, which is referred to as the specificity of the hypothec, is of particular importance in the case of obligations whose monetary value is uncertain, and even unascertainable. Once a hypothec is created, it secures the capital. It also protects interest, and sometimes a variety of ancillary costs and charges (art. 2667 *C.C.Q.*).

La diversité des obligations garanties de cette manière, ainsi que les exigences du régime de la publicité des droits et de la protection des tiers, imposeront alors de préciser l'assiette de la sûreté et le montant jusqu'à hauteur duquel elle est constituée (art. 2689 *C.c.Q.*). Cette règle, dite de spécialité de l'hypothèque, prend une importance particulière dans le cas des obligations dont la valeur pécuniaire demeure incertaine, sinon indéterminable. Une fois constituée, l'hypothèque garantit le capital. Elle protège aussi les intérêts et, parfois, des frais et charges accessoires divers (art. 2667 *C.c.Q.*).

66

However, the scheme that governs the publication of rights introduces certain complexities in the case of interest. Under art. 2959 *C.C.Q.*, where a hypothecary remedy is exercised, the creditor's preference extends only to the current year and the three preceding years. Any claim in excess of that ranks only as an unsecured debt, unless that portion is registered, but in that case its rank takes effect only as of the date of publication (see Payette, *supra*, at pp. 284-85).

Le régime de la publicité des droits introduit toutefois certaines complexités dans le cas des intérêts. Selon l'art. 2959 *C.c.Q.*, en cas d'exercice d'un recours hypothécaire, la préférence du créancier ne s'étend qu'à l'année courante et aux trois années précédentes. L'excédent ne vaut que comme créance chirographaire, sauf nouvelle inscription pour cette portion, mais qui ne prendra rang qu'à compter de sa date de publication (voir Payette, *op. cit.*, p. 284-285).

A. *Hypothecary Remedies*

A. *Les recours hypothécaires*

67

The reorganization of hypothecary remedies was one of the key aspects of the reform of the law of securities. The hypothecary creditor retains his or her personal remedies against the debtor to recover the debt. Ultimately, a judgment for the payment of the debt will result in a judicial sale and the establishment of a scheme of collocation, and the creditor will be paid on that basis according to the rank assigned to him or her by law. In addition to the common law remedy, art. 2748 of the *Civil Code of Québec* provides for four types of hypothecary remedies (see Payette, *supra*, at pp. 676-78). Two of them, taking possession for the purpose of administration and sale by the creditor, apply only to business or commercial hypothecs (see V. Loungnarath, Jr., "L'endettement de l'entreprise au Québec: paramètres juridiques" (1995), 26 *R.D.U.S.* 1, at p. 29). The other two, taking in payment and sale by judi-

Le réaménagement des recours hypothécaires a constitué l'un des éléments principaux de la réforme du droit des sûretés. Le créancier hypothécaire conserve ses recours personnels contre le débiteur pour recouvrer sa créance. Éventuellement, une condamnation au paiement de la dette conduira à une vente en justice et à l'établissement d'un état de collocation, suivant lequel le créancier sera payé au rang que lui reconnaît la loi. En plus de ce recours de droit commun, le *Code civil du Québec*, à l'art. 2748, prévoit quatre types de recours hypothécaires (voir Payette, *op. cit.*, p. 676-678). Deux d'entre eux, la prise de possession à des fins d'administration et la vente par le créancier, ne s'appliquent qu'à l'hypothèque d'entreprise ou commerciale (voir V. Loungnarath, Jr., « L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques » (1995), 26 *R.D.U.S.* 1, p. 29). Les deux autres, la prise en

cial authority, are available to all classes of hypothecary creditors.

These remedies have a common procedural framework which we need not consider here, except in respect of certain specific aspects. However, one fundamental requirement of this scheme should be noted. As a condition precedent to the exercise of any hypothecary remedy, art. 2757 *C.C.Q.* requires that prior notice of the exercise of the remedy be published, and art. 2758 *C.C.Q.* specifies the content of the notice. The notice must indicate the nature of the remedy that the creditor intends to exercise, the instances of the debtor's failure to fulfil his or her obligations on which the creditor relies, and the details of the hypothecary claim in capital and interest. The notice reminds the debtor that he or she has 60 days to remedy the failures indicated. During that period, the debtor may prevent the continuation of the proceedings by remedying the failures. That right in fact continues until the transfer of ownership by taking in payment or judicial sale (art. 2761 *C.C.Q.*). The prior notice procedure is modelled on the series of provisions in arts. 1040a *et seq.* of the *Civil Code of Lower Canada*, the purpose of which was to circumscribe the exercise of giving in payment or analogous rights and provide for review of obligations regarded as exploitive (see A. Mayrand, "De l'équité dans certains contrats: nouvelle section du Code civil", in *Lois nouvelles* (1965), at pp. 51 *et seq.*). That procedural framework, with a number of adaptations and clarifications, is also found later in consumer protection law (see, for example, C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires* (1999), at p. 478; N. L'Heureux, *Droit de la consommation* (5th ed. 2000), at pp. 127 *et seq.*).

B. *Taking in Payment*

As noted earlier, this appeal concerns the remedy of taking in payment. Because Ms. Vasquez did not remedy the defaults indicated in the notice served by CIBC, it used the procedure set out in art. 2778 *C.C.Q.* to take the hypothecated immovable in payment. A motion for taking in payment may take two forms. If, as was the case here, the creditor believes

paiement et la vente sous contrôle de justice, sont à la disposition de toutes les catégories de créanciers hypothécaires.

Ces recours partagent un cadre procédural commun dont nous n'avons pas à nous préoccuper ici, sauf sous certains aspects précis. Une exigence fondamentale de ce régime doit cependant être soulignée. Préalablement à l'exercice de tout recours hypothécaire, l'art. 2757 *C.c.Q.* exige l'envoi et la publication d'un préavis d'exercice du recours dont l'art. 2758 *C.c.Q.* précise le contenu. Le préavis indique la nature du recours que le créancier entend exercer, les défauts invoqués et le détail de la créance hypothécaire en capital et intérêts. L'avis rappelle au débiteur qu'il dispose de 60 jours pour remédier aux défauts indiqués. Pendant cette période, le débiteur peut empêcher la continuation des procédures en remédiant aux défauts. Ce droit subsiste d'ailleurs jusqu'au transfert de propriété par la prise en paiement ou la vente en justice (art. 2761 *C.c.Q.*). Cette procédure de préavis s'inspire dans l'ensemble des art. 1040a *et suiv.* du *Code civil du Bas Canada* qui visaient à contrôler l'exercice de la dation en paiement ou des droits analogues et à permettre la révision d'obligations considérées comme lésionnaires. (Voir A. Mayrand, « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », dans *Lois nouvelles* (1965), p. 51 *et suiv.*) Avec des adaptations et des précisions diverses, ce cadre procédural s'est aussi retrouvé plus tard dans le droit relatif à la protection des consommateurs (voir, par exemple, C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires* (1999), p. 478; N. L'Heureux, *Droit de la consommation* (5^e éd. 2000), p. 127 *et suiv.*).

B. *La prise en paiement*

Tel que mentionné plus haut, cet appel concerne le recours de prise en paiement. M^{me} Vasquez n'ayant pas remédié aux défauts indiqués dans l'avis notifié par CIBC, celle-ci eut recours à la procédure de l'art. 2778 *C.c.Q.* pour prendre l'immeuble hypothéqué en paiement. Cette requête pour prise en paiement peut prendre deux formes. Si le créan-

that the debtor has not paid half of the obligation secured, the substance of the motion will be for effect to be given to the taking in payment. If the halfway mark has been reached, the creditor must ask the court not only to order the taking in payment, but also, and first, to authorize it.

70 Taking in payment has a significant legal effect for the debtor. Once it has been carried out, the transfer of ownership operates as payment and completely extinguishes the obligation secured by the hypothec, under art. 2782 *C.C.Q.* On the other hand, the debt survives a sale by judicial authority if the proceeds of sale are insufficient to satisfy it.

71 Once proceedings have been initiated before the court, the debtor may still prevent the taking in payment (art. 2667 *C.C.Q.*) by requiring that the creditor instead have the property sold by judicial authority. Under art. 2779 *C.C.Q.*, subsequent creditors have a similar right, but they must furnish a security guaranteeing that the property will be sold at a sufficiently high price to satisfy the debt.

72 Of course, the debtor may argue that he or she has paid half of the obligation secured. If the creditor concedes this and applies for authorization for taking in payment, the debtor will challenge the justification for the motion. However, under art. 2778 *C.C.Q.*, the Court has limited powers, and they are primarily procedural in nature. Essentially, it must ascertain that the creditor has met the requirements for exercising the remedy. If not, it will dismiss the motion, and this will leave the creditor free to claim its debt by other means, whether by an ordinary personal action or by sale by judicial authority or other remedies available in the case of hypothecs on enterprises. Because the remedy chosen will not correspond to the remedy of which the debtor was notified, however, the creditor must start the procedure over at the beginning by giving and publishing a new prior notice. The requirement for such notice cannot be circumvented (see *167599 Canada Inc. v. 9007-4337 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2657 (C.A.)).

73 The value to the debtor in those instances is primarily limited to tactical considerations. The debtor

estime, comme dans cette cause, que le débiteur n'a pas acquitté la moitié de l'obligation garantie, la requête demande en substance de donner effet à la prise en paiement. Si le seuil de la moitié est atteint, le créancier doit demander au tribunal non seulement d'ordonner la prise en paiement, mais, au préalable, de l'autoriser.

La prise en paiement a un effet juridique important pour le débiteur. Dès qu'elle s'effectue, le transfert de propriété vaut paiement et éteint complètement l'obligation garantie par l'hypothèque, selon l'art. 2782 *C.c.Q.* À l'opposé, la vente sous contrôle de justice laisse subsister la créance si le produit de la vente n'a pas suffi pour l'acquitter.

Une fois la procédure engagée devant le tribunal, le débiteur peut encore empêcher la prise en paiement (art. 2667 *C.c.Q.*) en exigeant que le créancier recoure plutôt à la vente en justice. Selon l'art. 2779 *C.c.Q.*, les créanciers postérieurs jouissent d'un droit semblable, mais doivent cependant donner caution que la vente se réalisera à un prix suffisant pour acquitter la créance.

Le débiteur peut évidemment plaider qu'il a acquitté la moitié de l'obligation garantie. Si le créancier le concède et demande une autorisation de prise en paiement, le débiteur débattrà de la justification d'une telle demande. Cependant, selon l'art. 2778 *C.c.Q.*, le tribunal ne jouit que de pouvoirs limités, de nature principalement procédurale. Il vérifie essentiellement si le créancier satisfait aux conditions d'exercice du recours. Dans la négative, il rejette la requête. Cette décision laisse le créancier libre de réclamer autrement sa créance, soit par une action personnelle ordinaire, soit par la vente sous contrôle de justice ou par d'autres recours possibles dans le cas des hypothèques d'entreprise. Comme son choix de recours ne correspond plus à celui qu'il avait indiqué à son débiteur, il lui faut cependant reprendre la procédure à son début en donnant et publiant un nouveau préavis. Celui-ci représente une exigence incontournable (voir *167599 Canada Inc. c. 9007-4337 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2657 (C.A.)).

L'intérêt du débiteur se limite principalement dans de tels cas à des considérations tactiques. Il

gains time to find a solution. However, this does not solve the debtor's problem; the obligation to the creditor remains intact and performance may still be demanded. In Ms. Vasquez's case, the opposition to the taking in payment does not seem to procure any real benefits, except that she is able to remain in her property without paying her loan. On the contrary: she testified that the resale value of her property was less than the balance of the CIBC's claim. If a judicial sale were to take place in these circumstances, after the creditor had exercised a personal remedy, she would lose her property and the debt would not be discharged. Taking in payment may, as it does here, represent the most practical and reasonable solution in a difficult situation. That being said, we must now determine the precise role of art. 2778 C.C.Q. in relation to the law of obligations and the *Civil Code* rules governing loans of money.

C. *Review of Contractual Obligations and Art. 2778 C.C.Q.*

The argument made by the respondent at the hearing, in an attempt to find a legal basis for the relief granted by the trial judge in relation to the renewal of the loan and the time allowed for paying the loan arrears, is that art. 2778 C.C.Q. gives the judge significant power to review the content and performance of contractual obligations, such as repayment of a debt. That argument finds no express support in the text of the provision in question, which gives the court the power to ascertain that the conditions precedent to the exercise of the remedy have been met. That support would therefore have to be found elsewhere, for example, in the law of obligations and of the special contracts in question.

Despite the greater flexibility and more extensive mechanisms for judicial intervention in respect of contracts, the civil law governed by the *Civil Code of Québec* does not give the courts a general power to review the content or performance of contractual obligations. For example, the remedy of lesion is available only in a limited number of cases (see J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 520; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at pp.

gagne du temps pour trouver une solution. Il ne règle cependant pas son problème, l'obligation envers le créancier demeurant entière et toujours exigible. Dans le cas de M^{me} Vasquez, la contestation du recours de prise en paiement ne semble pas comporter d'avantages réels, sauf celui de rester dans son immeuble sans acquitter son emprunt. Au contraire. En effet, selon son témoignage, la valeur de revente de sa propriété n'atteint pas le solde de la créance de CIBC. Si une vente en justice survenait dans ces conditions, à la suite de l'exercice d'un recours personnel par la créancière, elle perdrait son bien, sans être libérée de la dette. La prise en paiement peut, comme ici, représenter la solution la plus pratique et la plus raisonnable dans une situation difficile. Ces remarques faites, il importe maintenant de situer exactement le rôle de l'art. 2778 C.c.Q. par rapport au droit des obligations et aux règles du *Code civil* sur le prêt d'argent.

C. *La révision des obligations contractuelles et l'art. 2778 C.c.Q.*

D'après la proposition avancée par l'intimée à l'audience, qui cherche à trouver une base juridique aux conclusions du premier juge relativement au renouvellement du prêt et aux délais de paiement de ses arriérés, l'art. 2778 C.c.Q. accorde au juge un pouvoir important de révision du contenu et de l'exécution des obligations contractuelles, comme le remboursement d'une dette. Cette proposition ne comporte aucun fondement explicite dans le texte de cette disposition. Celui-ci attribue un pouvoir de vérification des conditions d'exercice du recours. Il faudrait donc trouver ce pouvoir de révision ailleurs, par exemple, dans le droit des obligations et dans celui des contrats spéciaux pertinents.

Malgré une souplesse accrue et des mécanismes d'intervention judiciaire plus développés dans le domaine des contrats, le droit civil régi par le *Code civil du Québec* n'accorde pas aux tribunaux un pouvoir général de révision du contenu ou de l'exécution des obligations contractuelles. Notamment, le recours à la lésion n'est accepté que dans des cas limités. (Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 520; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd.

74

75

360-62; *Québec (Procureur général) v. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), at p. 1739).

1998), p. 360-362; *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), p. 1739.)

76

One of the cases where the *Civil Code* allows for review of obligations based on lesion is a contract for a loan of money. Article 2332 *C.C.Q.* reenacts and amends certain of the provisions previously found in arts. 1040a *et seq.* of the *Civil Code of Lower Canada*. It allows the court to impose various sanctions, including reducing the obligations or varying the terms and conditions of the performance of the obligations, where it finds that the agreement involved lesion having regard to the risks involved and the circumstances. (See Pineau, Burman and Gaudet, *supra*, at pp. 222-23.) In this case, Ms. Vasquez never alleged or established that lesion was present in respect of the loan she obtained. She merely asked the Court to exercise a power to review the terms and conditions of the performance of her contract, in a situation that is not governed by consumer protection legislation and in a case other than those in which the civil law allows for review of the obligations of the contract or the terms and conditions of the performance of those obligations. Accordingly, the issue is limited to whether CIBC had established that it met the conditions set out in the law for obtaining taking in payment without prior judicial authorization. We must therefore now return to the specific problem of the meaning to be given to the expression "obligation secured" in art. 2778 *C.C.Q.*

D. Interpretation of Art. 2778 *C.C.Q.*

77

A grammatical and linguistic reading of the text is of course an essential step in analysing the particular provisions of the *Civil Code* in order to determine their meaning and scope (see P.-A. Crépeau, "Essai de lecture du message législatif", in *Mélanges Jean Beetz* (1995), 199, at pp. 204-9). The parties tried their hands at doing that, and in this instance the limitations of the exercise were apparent. It confirmed the need, in a case like this, to focus the analysis on the nature of the legal transaction secured by the hypothec and the overall legislative framework provided for that transaction.

Un des cas où le *Code civil* accepte la révision des obligations pour lésion est celui du contrat de prêt d'argent. Reprenant et modifiant certaines des dispositions que l'on retrouvait antérieurement aux art. 1040a *et suiv.* du *Code civil du Bas Canada*, l'art. 2332 *C.c.Q.* permet au tribunal de prononcer des sanctions variées dont la réduction des obligations ou la modification des modalités de leur exécution, lorsqu'il considère la convention comme lésionnaire au regard des risques impliqués et des circonstances. (Voir Pineau, Burman et Gaudet, *op. cit.*, p. 222-223.) Dans ce dossier, M^{me} Vasquez n'a jamais invoqué ni démontré le caractère lésionnaire de son emprunt. Elle s'est ainsi bornée à réclamer l'exercice d'un pouvoir de révision des modalités de l'exécution de son contrat, dans une situation que ne régit pas la législation sur la protection des consommateurs, et en dehors des cas où la révision des obligations du contrat ou des modalités de leur exécution est admise par le droit civil. Le débat se limite donc à déterminer si CIBC avait établi qu'elle satisfaisait les conditions prévues par la loi pour obtenir la prise en paiement sans autorisation judiciaire préalable. Il faut donc revenir ici au problème précis du sens à donner à l'expression « obligation garantie » dans l'art. 2778 *C.c.Q.*

D. L'interprétation de l'art. 2778 *C.c.Q.*

Une lecture grammaticale et linguistique du texte constitue certes une étape indispensable de l'analyse de dispositions particulières du *Code civil*, afin d'en dégager le sens et la portée (voir P.-A. Crépeau, « Essai de lecture du message législatif » dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), 199, p. 204-209). Les parties se sont livrées à cet exercice, qui a révélé ses limites en l'espèce. Il a confirmé la nécessité, en pareil cas, de centrer l'analyse sur la nature de l'opération juridique garantie par l'hypothèque et l'ensemble du cadre législatif de celle-ci.

An examination of the Title on hypothecs shows the widely varying uses of the concept of obligation. The vocabulary changes, as do the adjectives or nouns that accompany the concept in different places. Article 2660 *C.C.Q.* defines a hypothec as a real right made liable for the performance of an obligation. Article 2667 includes the interest and costs, as well as the capital, in what is secured by a hypothec. By connecting that definition of the object of the hypothec to the concept of the obligation secured, some learned commentaries propose that interest and other ancillary charges be included in calculating half of the obligation secured (see Payette, *supra*, at pp. 785-86). However, the language used by the other provisions in that Title varies. Article 2687 *C.C.Q.*, under the general heading “Obligations Secured by Hypothecs”, provides that a hypothec may secure any obligation. Article 2688 *C.C.Q.* deals with hypothecs granted to secure payment of a sum of money.

We shall now consider the provisions that deal directly with hypothecary remedies. On the question of prior notice of the exercise of remedies, art. 2758 *C.C.Q.* requires that the amount of the “claim in capital and interest” be stated. Later, in art. 2760 *C.C.Q.*, the Code says that a subsequent acquirer of a hypothecated property may deposit a sum sufficient to cover “the amount of the debt, interest and costs due to the creditor”. Article 2761 *C.C.Q.* then confirms the right of the debtor to halt the proceedings by paying what he or she owes to the creditor or by remedying the defaults cited in the prior notice. In art. 2767 *C.C.Q.*, concerning surrender, the Code refers only to the “claim”, as it also does in art. 2771 *C.C.Q.*

As we know, the Section of the *Civil Code* that deals with taking in payment provides other examples of slippage in the vocabulary. The application of that Section is based on the concept of the “obligation secured”, which is hardly mentioned except in the Title preceding art. 2687 *C.C.Q.* In fact, in that same Section, with respect to the right of subsequent creditors to prevent taking in payment, art. 2779 *C.C.Q.* provides for the deposit of sufficient security to pay the “claim”. We would also note that in providing that taking in payment has extinctive

L'étude du titre « Des hypothèques » révèle les utilisations les plus variées de la notion d'obligation. Le vocabulaire change, comme les adjectifs ou les substantifs qui l'accompagnent ici et là. L'article 2660 *C.c.Q.* définit l'hypothèque comme un droit réel affecté à l'exécution d'une obligation. L'article 2667 *C.c.Q.* inclut dans la garantie de l'hypothèque, outre le capital, les intérêts et les frais. En rattachant cette définition de l'objet de l'hypothèque à la notion d'obligation garantie, certains commentaires doctrinaux voudraient que les intérêts et autres accessoires soient inclus dans le calcul de la moitié de l'obligation garantie. (Voir Payette, *op. cit.*, p. 785-786.) Cependant, les autres dispositions du titre reprennent un langage fluctuant. L'article 2687 *C.c.Q.*, sous le titre général « De l'obligation garantie par hypothèque », dispose que cette sûreté garantit toute obligation. L'article 2688 *C.c.Q.* traite de l'hypothèque constituée pour garantir le paiement d'une somme d'argent.

Passons maintenant aux dispositions qui visent directement les recours hypothécaires. Traitant du préavis d'exercice des recours, l'art. 2758 *C.c.Q.* exige la mention du montant de la « créance en capital et intérêts ». Plus loin, dans l'art. 2760 *C.c.Q.*, le Code mentionne que l'acquéreur subséquent d'un bien hypothéqué peut consigner un montant suffisant pour couvrir « le montant de la dette, les intérêts dus et les frais engagés par le créancier ». Ensuite, l'art. 2761 *C.c.Q.* confirme le droit du débiteur d'arrêter la procédure en payant ce qu'il doit au créancier ou en remédiant aux défauts invoqués dans le préavis. À l'article 2767 *C.c.Q.*, qui porte sur le délaissement, il est seulement question de « créance », comme d'ailleurs à l'art. 2771 *C.c.Q.*

Comme on le sait déjà, la section du *Code civil* qui traite de la prise en paiement permet d'observer d'autres glissements de vocabulaire. Son application repose sur un concept « d'obligation garantie » que l'on ne retrouve guère que dans le titre précédant l'art. 2687 *C.c.Q.* D'ailleurs, dans la même section, à propos du droit des créanciers postérieurs d'empêcher la prise en paiement, l'art. 2779 *C.c.Q.* prévoit le dépôt d'une caution suffisante pour payer la « créance ». Enfin, notons que, prononçant l'effet extinctif de la prise en paie-

78

79

80

effect, art. 2782 *C.C.Q.* says that it “extinguishes the obligation”.

81

The same subtle differences in vocabulary may be seen elsewhere in the Section of the Code dealing with sale by the creditor. In establishing the order for the distribution of the proceeds of the sale, art. 2789 *C.C.Q.* refers to the claim and costs owing to the creditor. Then, returning to the general concept of obligation, art. 2797 *C.C.Q.* provides that a hypothec is extinguished by “the extinction of the obligation whose performance it secures”. This drafting approach better reflects the diverse nature of the obligations secured by this type of security than do a number of the provisions in the Title on hypothecs. It gets to the heart of the legal transaction or the right protected by the hypothec. To understand what the expression “obligation secured” means, we must examine the agreement or the right protected, and define the nature of that right or agreement.

82

As we have seen, a hypothec may secure a debt of money as well as the performance of an obligation to do or not to do. It is connected to a right, on which it depends, while at the same time protecting the efficacy of the right. Here, the hypothec is connected to a loan of money, which was granted for the purpose of acquiring an immovable. We must therefore look to the substance of that contract in order to understand what the concept of “obligation secured” will correspond to in the calculation provided for in art. 2778 *C.C.Q.*

E. *Loan of Money: Nature of the Transaction*

83

A loan is a contract of a simple nature, at its source. It obliges the lender to hand a thing or a sum of money over to the borrower, and the borrower to return them to the lender, as set out in art. 2329 *C.C.Q.* The borrower is bound to return the same quantity and quality of property as he or she received and nothing more, notwithstanding any increase or reduction of its price. In the case of a loan of a sum of money, the borrower is bound to return only the nominal amount received, notwithstanding any variation in its value. A loan effects the transfer of ownership of the money lent (J. Huet, *Traité de droit civil: Les principaux contrats spéciaux* (2nd ed. 2001), at p. 968). It creates

ment, l’art. 2782 *C.c.Q.* dispose qu’elle « éteint l’obligation ».

Les mêmes nuances de vocabulaire se retrouveront ailleurs dans la section du Code qui porte sur la vente par le créancier. En établissant l’ordre de distribution du produit de la vente, l’art. 2789 *C.c.Q.* fait état de la créance et des frais dus au créancier. Puis, revenant sur le concept général d’obligation, l’art. 2797 *C.c.Q.* stipule que l’hypothèque s’éteint par « l’extinction de l’obligation dont elle garantit l’exécution ». Ce mode de rédaction rend mieux compte de la diversité des obligations garanties par ce type de sûreté que plusieurs dispositions du titre « Des hypothèques ». Il nous ramène à l’opération juridique ou au droit que protège l’hypothèque. Pour comprendre ce que signifie cette expression d’obligation garantie, il faut examiner l’engagement ou le droit protégé et en définir la nature.

Comme nous l’avons vu, l’hypothèque peut garantir une dette d’argent aussi bien que l’exécution d’une obligation de faire ou de ne pas faire. Elle se rattache à un droit, dont elle dépend, tout en protégeant son efficacité. Ici, l’hypothèque se rattache à un prêt d’argent consenti pour l’acquisition d’un immeuble. Il faut alors revenir sur le contenu de ce contrat pour comprendre ce à quoi correspondra le concept d’obligation garantie dans le calcul prévu à l’art. 2778 *C.c.Q.*

E. *Le prêt d’argent : sa nature*

Le prêt constitue un contrat, à l’origine, simple. Il oblige le prêteur à remettre une chose ou une somme d’argent à l’emprunteur, et ce dernier à les rendre au premier, comme l’exprime l’art. 2329 *C.c.Q.* L’emprunteur est tenu de rendre la même quantité et qualité de biens qu’il a reçue et rien de plus, quelle que soit l’augmentation ou la diminution de leur prix. Si le prêt porte sur une somme d’argent, il n’est tenu de rendre que la somme nominale reçue, malgré toute variation de valeur du numéraire. Le prêt emporte le transfert de propriété de la somme prêtée (J. Huet, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux* (2^e éd. 2001), p. 968). Il donne naissance à des obligations accessoires, dont

ancillary obligations, the main one being the payment of interest from the date the money is handed over (art. 2330 *C.C.Q.*). The payment of interest essentially represents rent on the money, while protecting the creditor in whole or in part from the vicissitudes of monetary depreciation and the risks inherent in the transaction (see Huet, *supra*, at p. 1000; see also the comments by Major J. in *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43, at paras. 21-22).

In a transaction such as the one out of which this case arose, there is a close correlation between the money advanced by the creditor and the security given to the creditor. The capital that the debtor acquires or possesses corresponds to the capital that the creditor lends. The objective of a provision such as art. 2778 *C.C.Q.* is therefore to prevent the debtor from losing his or her own capital when the creditor has recovered his or her capital or what is deemed to be a significant portion of that capital. Payment of interest compensates the creditor for making his or her capital available to the debtor. On the other hand, once the capital has been repaid, interest ceases to run. The obligation has been extinguished. Article 2782 *C.C.Q.* reflects this legal situation by recognizing that the loss of the debtor's capital results in extinction of the obligation, where the creditor has opted to take the capital in payment. In accordance with the principles of the law of obligations that define the effect of payment, the extinction of the principal obligation, the obligation to repay the capital, results in the cancellation of the accessory obligations included in the contractual obligations, and of the security given to guarantee performance of those obligations. The parties then need not concern themselves with the problems of allocating payments, or what becomes of any balance remaining on the claim. By that reasoning, the interpretation of the concept of the "obligation secured" is based on the concept of capital. The debtor's interest in the property given as security is given greater protection once the creditor has recovered what the legislature deems to be a sufficient portion of his or her capital. On the other hand, the creditor retains the right to take in payment, and that choice is up to the creditor alone.

la principale consiste dans le paiement d'intérêts à compter de la remise des fonds (art. 2330 *C.c.Q.*). Le paiement de ces intérêts représente principalement le loyer de la somme d'argent, tout en protégeant le créancier en tout ou en partie des aléas de la dépréciation monétaire et des risques inhérents à la transaction. (Voir Huet, *op. cit.*, p. 1000; voir aussi les observations du juge Major dans *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43, par. 21-22.)

Dans une transaction comme celle qui a donné lieu au présent litige, une corrélation étroite existe entre l'avance faite par le créancier et la sûreté qui lui est donnée. Au capital qu'il prête correspond celui qu'acquiert ou que possède le débiteur. L'objectif d'une disposition comme celle de l'art. 2778 *C.c.Q.* consiste alors à empêcher que le débiteur perde son propre capital alors que le créancier a récupéré le sien ou une partie jugée importante de celui-ci. Le paiement de l'intérêt rémunère le créancier pour la mise de son capital à la disposition de son débiteur. Par contre, une fois le capital remis, le cours de l'intérêt s'arrête. L'obligation est éteinte. L'article 2782 *C.c.Q.* témoigne de cette réalité juridique en reconnaissant que la perte du capital du débiteur entraîne l'extinction de l'obligation, lorsque le créancier a choisi de prendre ce capital en paiement. Conformément aux principes du droit des obligations qui définissent l'effet du paiement, l'extinction de l'obligation principale, celle de remettre le capital, entraîne l'anéantissement des accessoires inclus dans les obligations contractuelles et de la sûreté qui les garantit. Les parties n'ont pas alors à s'occuper des problèmes d'imputation des paiements ni du sort d'un solde de créance. Dans cette logique, l'interprétation du concept d'obligation garantie renvoie à la notion de capital. L'intérêt du débiteur dans le bien donné en garantie reçoit une protection accrue dans la mesure où le créancier a récupéré une partie de son capital jugée suffisante par le législateur. À l'inverse, le créancier conserve le droit à la prise en paiement qu'il exerce à son seul choix.

F. *Difficulties in the Respondent's Interpretation*

85

The complex, not to say confused, argument that was made in this Court concerning the bases for calculating interest and the time limits that should or should not be included in that calculation, and concerning the problem of variable interest rates, led to scepticism as to the appropriateness of the interpretation suggested by the respondent. We also have doubts as to the nature of the ancillary charges or payments that should be taken into account in order to determine whether the creditor is entitled to take in payment without prior judicial authorization. The fact that the specific rules that govern the procedure of taking a property in payment under the *Consumer Protection Act* are not present here makes it doubtful that the legislature intended to adopt that interpretation. The rules concerning hypothecs, and the principles of the law of obligations, include their own mechanisms for protecting debtors, and it is those principles to which we must refer in these situations. Based on those principles, it is apparent that the appellant was entitled to take in payment, since it had not yet received half of the capital advanced. Its motion for taking in payment should therefore have been allowed.

VI. Costs

86

The usual rule in this kind of case would require that the respondent pay costs to the appellant. However, when the leave application was made, the appellant made it plain that it was seeking a decision of this Court on a question of general interest for a significant segment of the financial services industry in Quebec, rather than a solution to the respondent's particular case. A change to the usual rules regarding costs is justified in this case by the fact that the case was of such general interest, and by the situation the respondent found herself in, facing an appeal whose implications extend beyond her own particular case. From that standpoint, the respondent should be awarded the disbursements made and reasonable fees on a solicitor-client basis.

F. *Les difficultés de l'interprétation de l'intimée*

Le débat complexe, sinon embrouillé, qui a lieu devant notre Cour quant aux bases du calcul des intérêts, aux échéances qui seraient incluses ou non dans leur comput, aussi bien qu'à l'égard du problème des intérêts à taux variable rend sceptique quant à l'à-propos de l'interprétation suggérée par l'intimée. On entretient ainsi des doutes sur l'identification des charges ou paiements accessoires qui devraient être pris en compte pour déterminer si la créancière a droit à la prise en paiement sans autorisation judiciaire préalable. L'absence de règles précises qui, dans la *Loi sur la protection du consommateur*, encadrent la procédure de prise en paiement d'un bien permet de mettre en doute l'intention législative d'adopter une telle interprétation. Les règles sur les hypothèques et les principes du droit des obligations comportent leurs propres mécanismes de protection des débiteurs auxquels on devra se rapporter dans ces situations. Sur la base de ces principes, il ressort que l'appelante avait droit à la prise en paiement puisqu'elle n'avait pas encore reçu la moitié du capital avancé. Sa demande de prise en paiement aurait dû être accueillie.

VI. Les dépens

La règle normale, en pareil cas, imposerait à l'intimée le paiement de dépens en faveur de l'appelante. Cependant, au moment de la présentation de la demande d'autorisation de pourvoi, l'appelante avait souligné qu'elle cherchait à obtenir une décision de notre Cour sur une question d'intérêt général pour une partie importante du secteur financier au Québec, plutôt qu'une solution au cas particulier de l'intimée. La présence de cet intérêt général et la situation de l'intimée, confrontée à ce pourvoi, dont la portée se situe au-delà de son cas particulier, justifient de modifier dans le présent cas les règles habituellement appliquées quant aux dépens. Dans cette perspective, il y aura donc lieu d'ordonner le paiement des débours engagés et d'honoraires raisonnables sur une base avocat-client à l'intimée.

VII. Conclusion

For these reasons, the appeal must be allowed, the judgments of the Court of Appeal and Superior Court of Quebec set aside and the motion for taking in payment allowed, without costs in those two courts but with costs, including the disbursements incurred and reasonable fees on a solicitor-client basis, to the respondent in this Court.

Appeal dismissed, BASTARACHE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Barrette & Associés, Lachine.

Solicitors for the intervener: Langlois Gaudreau, Montréal.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi doit être accueilli, les jugements de la Cour d'appel et de la Cour supérieure du Québec cassés, la requête pour prise en paiement accueillie, sans frais devant ces deux cours, mais avec des dépens comprenant les débours engagés et des honoraires raisonnables sur une base avocat-client, en faveur de l'intimée, devant notre Cour.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Barrette & Associés, Lachine.

Procureurs de l'intervenante : Langlois Gaudreau, Montréal.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2002 Vol. 3

2^e cahier, 2002 Vol. 3

Cited as [2002] 3 S.C.R. 209-431

Renvoi [2002] 3 R.C.S. 209-431

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrataire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	NICOLA SUTTON
CHANTAL DEMERS	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
ANDRES GARIN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	
SALLY GRIFFIN	JACQUELINE STENCEL	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

B v. Ontario (Human Rights Commission).....403

Civil rights — Discrimination — Employment — “Marital status” — “Family status” — Employee dismissed from employment because of particular identity of spouse and child — Meaning of “marital status” and “family status” — Whether prohibited grounds of “marital status” and “family status” broad enough to include adverse distinction based on particular identity of complainant’s spouse or family member — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H-19, ss. 5(1), 10(1).

Canam Enterprises Inc. v. Coles.....307

Courts — Abuse of process — Third party claim — Third party claim not constituting abuse of process.

Krieger v. Law Society of Alberta372

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Administration of justice — Rule adopted under provincial Law Society legislation requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether rule *intra vires* province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

Barristers and solicitors — Crown prosecutors — Breach of ethics — Law Society’s jurisdiction — Law Society rule requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether Law Society has jurisdiction to review allegation Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information — Whether rule interfering with prosecutorial discretion — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink.....209

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

Criminal law — Procedure — Solicitor-client privilege — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

Continued on next page

SOMMAIRE

B c. Ontario (Commission des droits de la personne).....403

Droits civils — Discrimination — Emploi — « État matrimonial » — « État familial » — Employé congédié en raison de l’identité de son épouse et de sa fille — Sens des expressions « état matrimonial » et « état familial » — Les motifs de distinction illicite fondée sur l’« état matrimonial » et l’« état familial » ont-ils une portée suffisamment large pour s’appliquer aux cas de distinction préjudiciable fondée sur l’identité particulière du conjoint du plaignant ou d’un autre membre de la famille de ce dernier? — Code des droits de la personne de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1), 10(1).

Canam Enterprises Inc. c. Coles.....307

Tribunaux — Abus de procédure — Mise en cause — La demande de mise en cause ne constitue pas un abus de procédure.

Krieger c. Law Society of Alberta372

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Administration de la justice — Règle adoptée en vertu de la loi provinciale sur le barreau obligeant l’avocat procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l’accusé — Cette règle est-elle conforme aux pouvoirs de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

Avocats et procureurs — Procureurs du ministère public — Manquement à la déontologie — Compétence du barreau — Règle du barreau obligeant l’avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l’accusé — Le barreau a-t-il compétence pour examiner une allégation voulant qu’un procureur du ministère public ait agi malhonnêtement ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents? — La règle nuit-elle à l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink209

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Documents de cabinets d’avocats saisis par la police en vertu d’un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Hall.....309

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Presumption of innocence — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” infringing presumption of innocence and right “not to be denied reasonable bail without just cause” — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice” infringing right “not to be denied reasonable bail without just cause” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — First part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” inconsistent with Charter rights — Second part of s. 515(10)(c) authorizing denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” constitutional — Appropriate remedy — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Judicial interim release — Justification for detention in custody — Accused denied bail under s. 515(10)(c) of Criminal Code in order “to maintain confidence in the administration of justice” — Whether bail judge erred in denying bail on that basis — Whether s. 515(10)(c) of Criminal Code unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Schreiber v. Canada (Attorney General)269

International law — Sovereign immunity — Attornment to Canadian court’s jurisdiction exception — Germany initiating extradition process against Canadian citizen — Citizen arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether attornment to Canadian court’s jurisdiction exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether Germany waived its immunity from lawsuits in Canadian courts when it initiated extradition process — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 4(2)(b).

International law — Sovereign immunity — Personal injury exception — Scope of exception — Germany initiating extradition process against Canadian citizen — Citizen

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

Droit criminel — Procédure — Secret professionnel — Documents de cabinets d’avocats saisis par la police en vertu d’un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

R. c. Hall.....309

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Présomption d’innocence — Imprécision — La partie de l’art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » viole-t-elle la présomption d’innocence et le droit « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable »? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Imprécision — La partie de l’art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » viole-t-elle le droit constitutionnel « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — La première partie de l’art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » est incompatible avec les droits garantis par la Charte — La deuxième partie de l’art. 515(10)(c) qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » est constitutionnelle — Réparation convenable — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Motifs justifiant la détention — Mise en liberté sous caution de l’accusé refusée en vertu de l’art. 515(10)(c) du Code criminel « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » — Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a-t-il eu tort de la rejeter pour ce motif? — L’article 515(10)(c)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether personal injury exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether exception distinguishes between *jure imperii* and *jure gestionis* acts — Whether exception applies only to claim of physical injury — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a).

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Personal injury exception to state immunity — Meaning of expression “personal injury” — Whether French version best reflects common intention of legislator found in both versions — Whether amendment made by Federal Law-Civil Law Harmonization Act to English version substantively changed the law — Purpose of harmonization legislation — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a) — Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 121.

SOMMAIRE (Fin)

du Code criminel est-il inconstitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

Schreiber c. Canada (Procureur général).....269

Droit international — Immunité de juridiction — Exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens? — L'exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'Allemagne a-t-elle renoncé à l'immunité devant les tribunaux canadiens lorsqu'elle a engagé les procédures d'extradition? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 4(2)b).

Droit international — Immunité de juridiction — Exception des dommages corporels — Portée — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens? — L'exception des dommages corporels prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'exception fait-elle une distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*? — L'exception s'applique-t-elle uniquement aux préjudices physiques — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a).

Lois — Interprétation — Lois bilingues — Immunité des États — Exception des dommages corporels — Sens de « dommages corporels » — Le texte français reflète-t-il mieux l'intention commune du législateur dans les deux versions? — La modification de la version anglaise par la Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil en modifiait-elle la substance? — Objet de la loi d'harmonisation — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a) — Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, s. 121.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Lavallee, Rackel & Heintz, Barristers
and Solicitors, and Andrew Brent
Polo** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Quebec, the
Attorney General for Alberta, the Law
Society of Alberta and the Federation
of Law Societies of Canada** *Interveners*

and between

White, Ottenheimer & Baker *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent/Appellant on cross-
appeal*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General for Alberta and the Federation of
Law Societies of Canada** *Interveners*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jeffrey Fink *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec, the Attorney**

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Lavallee, Rackel & Heintz, avocats, et
Andrew Brent Polo** *Intimés*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le
procureur général de l'Alberta, la Law
Society of Alberta et la Fédération des
ordres professionnels de juristes du
Canada** *Intervenants*

et entre

White, Ottenheimer & Baker *Appellants/
Intimés au pourvoi incident*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé/
Appelant au pourvoi incident*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procu-
reur général de l'Alberta et la Fédération
des ordres professionnels de juristes du
Canada** *Intervenants*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jeffrey Fink *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général du Québec, le procureur**

General for Alberta and the Canadian Bar Association *Intervenors*

INDEXED AS: LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); R. v. FINK

Neutral citation: 2002 SCC 61.

File Nos.: 27852, 28144, 28385.

2001: December 13; 2002: September 12.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

Criminal law — Procedure — Solicitor-client privilege — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

These appeals bring into question whether s. 488.1 of the *Criminal Code*, which sets out a procedure for determining a claim of solicitor-client privilege in relation to documents seized from a law office under a warrant, infringes s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified

général de l'Alberta et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); R. c. FINK

Référence neutre : 2002 CSC 61.

N^{os} du greffe : 27852, 28144, 28385.

2001 : 13 décembre; 2002 : 12 septembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

Droit criminel — Procédure — Secret professionnel — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

La question soumise à la Cour dans les présents pourvois est celle de savoir si l'art. 488.1 du *Code criminel*, qui établit une procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat s'applique aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat, porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne*

under s. 1. This procedure mandates that the material be sealed at the time of the search, that the solicitor make application within strict time lines for a determination that the material is indeed protected by privilege, and that, with the permission of the court, the Crown may be permitted to examine the material in order to assist in a determination on the issue of the existence of privilege.

The issue is brought before the Court by way of three separate appeals from the provinces of Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*), Newfoundland and Labrador (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) and Ontario (*R. v. Fink*). In all three cases, materials were seized by the police from law offices pursuant to warrants, the procedures prescribed by s. 488.1 for the protection of materials possibly protected by solicitor-client privilege were followed and claims of solicitor-client privilege were made by the law firms on their clients' behalf. In *Lavallee*, a motion to quash the warrant on constitutional grounds was dismissed but the Court of Queen's Bench struck down s. 488.1 as unconstitutional and the Court of Appeal affirmed that decision. In *White*, the Supreme Court of Newfoundland dismissed an application for a declaration that s. 488.1 of the *Code* and s. 232 of the *Income Tax Act* were contrary to s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the appeal in part, resorting to the remedial techniques of severance and reading-in to salvage the impugned section of the *Code*. In *Fink*, an application for an order declaring s. 488.1 of the *Code* to be inconsistent with s. 8 of the *Charter* was dismissed by the Superior Court of Justice but that decision was reversed by the Court of Appeal.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal in *Lavallee* should be dismissed. The appeal in *White* should be allowed and the cross-appeal dismissed. The appeal in *Fink* should be dismissed. Section 488.1 of the *Criminal Code* is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: Since s. 8 of the *Charter* only protects against unreasonable searches and seizures, the issue is whether the procedure set out by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of potentially privileged documents in the possession of a lawyer. Section 488.1 permits solicitor-client privilege to fall through the interstices of its inadequate procedure. This possible automatic loss of solicitor-client privilege through the normal operation of the law is not reasonable.

des droits et libertés et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée en vertu de l'article premier. Cette procédure exige que les documents soient scellés lors de la perquisition, que l'avocat demande dans des délais stricts qu'il soit statué sur la question de savoir si les documents sont effectivement protégés par le privilège et que, avec l'autorisation de la cour, le ministère public puisse examiner tous les documents afin d'aider celle-ci à trancher la question de l'existence du privilège.

La question est soumise à la Cour dans trois pourvois distincts provenant de l'Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*), de Terre-Neuve-et-Labrador (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) et de l'Ontario (*R. c. Fink*). Dans ces trois affaires, la police a saisi des documents dans des cabinets d'avocats en vertu d'un mandat, les procédures prévues par l'art. 488.1 pour la protection de documents susceptibles d'être protégés par le privilège des communications entre client et avocat ont été suivies et les cabinets d'avocats ont invoqué le secret professionnel au nom de leurs clients. Dans *Lavallee*, la requête en annulation du mandat pour inconstitutionnalité est rejetée, mais la Cour du Banc de la Reine annule l'art. 488.1, le déclarant inconstitutionnel, et la Cour d'appel confirme cette décision. Dans *White*, la Cour suprême de Terre-Neuve rejette la demande d'un jugement déclaratoire selon lequel les art. 488.1 du *Code* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel accueille l'appel en partie, recourant aux techniques réparatrices de la dissociation et de l'interprétation large pour justifier la disposition contestée du *Code*. Dans *Fink*, la Cour supérieure de justice rejette la demande d'une ordonnance déclarant l'art. 488.1 du *Code* incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*, mais la Cour d'appel infirme cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie) : Le pourvoi dans l'arrêt *Lavallee* est rejeté. Le pourvoi dans l'arrêt *White* est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le pourvoi dans l'arrêt *Fink* est rejeté. L'article 488.1 du *Code criminel* est inconstitutionnel.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Étant donné que l'art. 8 de la *Charte* ne protège que contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, il s'agit de déterminer si la procédure prévue à l'art. 488.1 donne lieu à une perquisition abusive et à la saisie abusive de documents en la possession d'un avocat, y compris les documents susceptibles d'être privilégiés. L'article 488.1 entraîne la disparition du privilège en raison des failles de la procédure prescrite. La perte automatique possible du privilège par l'application normale de la loi ne peut pas être raisonnable.

Where the interest at stake is solicitor-client privilege, which is a principle of fundamental justice and a civil right of supreme importance in Canadian law, the usual exercise of balancing privacy interests and the exigencies of law enforcement is not particularly helpful because the privilege is a positive feature of law enforcement, not an impediment to it. Given that solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible to retain its relevance, the Court must adopt stringent norms to ensure its protection. The procedure set out in s. 488.1 must minimally impair solicitor-client privilege to pass *Charter* scrutiny.

Section 488.1 more than minimally impairs solicitor-client privilege and amounts to an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. Its constitutional failings can result from: (1) the absence or inaction of the solicitor; (2) the naming of clients; (3) the fact that notice is not given to the client; (4) its strict time limits; (5) an absence of discretion on the part of the judge determining the existence of solicitor-client privilege; and (6) the possibility of the Attorney General's access prior to that judicial determination. The one principal, fatal feature shared by them is the potential breach of solicitor-client privilege without the client's knowledge, let alone consent. The fact that competent counsel will attempt to ascertain the whereabouts of their clients and will likely assert blanket privilege at the outset does not obviate the state's duty to ensure sufficient protection of the rights of the privilege holder. Privilege does not come into being by an assertion of a privilege claim; it exists independently. Section 488.1 provides that reasonable opportunity to ensure that the privileged information remains so must be given to the privilege keeper, but not to the privilege holder. It cannot be assumed that the lawyer is the *alter ego* of the client. Section 488.1(8), which provides that no examination may be carried out without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made, cannot raise this entire procedural scheme to a standard of constitutional reasonableness given this failure to address directly the client's entitlement to ensure the adequate protection of his or her rights.

The absence of judicial discretion in the determination of the validity of an asserted claim of privilege is the second fatal flaw in the statutory scheme. A residual discretion cannot be read in s. 488.1(6), which confers an entitlement on the Crown to access the seized documents

Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel de l'avocat — principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien — l'habituel exercice d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et les exigences de l'application de la loi n'est pas particulièrement utile. En effet, le privilège est une caractéristique positive de l'application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci. Étant donné que le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence, la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection. La procédure prévue à l'art. 488.1 ne peut résister à l'examen de la *Charte* que si elle donne lieu à une atteinte minimale au secret professionnel de l'avocat.

L'article 488.1 porte atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l'avocat et équivaut donc à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Ses lacunes constitutionnelles peuvent être attribuables aux facteurs suivants : (1) l'absence ou l'inaction de l'avocat; (2) l'obligation de désigner nommément les clients; (3) l'absence d'avis au client; (4) les délais stricts; (5) l'absence de pouvoir discrétionnaire de la part du juge pour décider s'il existe un privilège avocat-client; et (6) l'accès du procureur général avant qu'une décision judiciaire soit rendue. La caractéristique dominante fatale qu'elles ont toutes en commun est la violation potentielle du secret professionnel de l'avocat sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti. Même si l'avocat compétent essaiera de joindre son client et qu'il invoquera vraisemblablement le privilège général dès le départ, l'État a l'obligation de veiller à ce que les droits du détenteur du privilège demeurent suffisamment protégés. Le privilège ne prend pas effet seulement au moment où il est invoqué; il existe indépendamment de sa revendication. Selon l'article 488.1, le gardien du privilège, mais pas son détenteur, doit avoir une occasion raisonnable de préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. On ne peut pas simplement tenir pour acquis que l'avocat est l'*alter ego* du client. Le paragraphe 488.1(8), qui dispose que nul ne peut examiner un document sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat, ne peut rendre l'ensemble de ce régime raisonnable du point de vue constitutionnel alors qu'il ne traite pas directement du droit que le client devrait avoir pour veiller à la protection adéquate de ses droits.

La seconde lacune fatale du régime législatif est l'absence de pouvoir discrétionnaire du juge qui statue sur la validité de l'objection fondée sur le privilège. On ne peut pas déceler un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge au par. 488.1(6), qui confère au ministère public un

if an application has not been made, or has not been proceeded with, within the time limits imposed by subs. (2) and (3). This mandatory disclosure of potentially privileged information, in a case where the court has been alerted to the possibility of privilege by the fact that the documents were sealed at the point of search, cannot be said to impair the privilege minimally. Reasonableness dictates that courts must retain a discretion to decide whether materials seized in a lawyer's office should remain inaccessible to the State as privileged information if and when, in the circumstances, it is in the interest of justice to do so.

The provision in s. 488.1(4)(b) which permits the Attorney General to inspect the seized documents where the applications judge is of the opinion that it would materially assist him or her in deciding whether the document is privileged is also an unjustifiable impairment of the privilege. Granting the Crown access to confidential solicitor-client communications would diminish the public's faith in the administration of justice and create a potential for abuse. This provision is unduly intrusive upon the privilege and of limited usefulness in determining its existence.

Section 488.1 cannot be infused with reasonableness, in a constitutional sense, on the basis of an assumption that the prosecution will behave honourably. Nor can it be saved by s. 1: while effective police investigations are a pressing and substantive concern, s. 488.1 does not establish proportional means to achieve that objective. The provision should be struck down. The process for seizing documents in the possession of a lawyer is a delicate matter which presents some procedural options that are best left to Parliament.

The following guidelines reflect present-day constitutional imperatives for the protection of solicitor-client privilege and apply to law office searches until new legislation is in place. (1) A search warrant should not issue for documents known to be protected by solicitor-client privilege. (2) As well, they should not issue if other reasonable alternatives to the law office search exist. (3) The issuing justice must be rigorously demanding with respect to solicitor-client privilege. (4) Unless otherwise authorized by the warrant, all documents in a lawyer's possession must be sealed before being examined or seized. (5) Every effort must be made to contact the lawyer and the client when the search warrant is executed and, where the lawyer or the client cannot be contacted, a representative of the Bar should oversee the sealing and seizure of documents. (6) The investigating officer

droit d'accès aux documents saisis si on n'a fait aucune demande, ou si on n'a pas donné suite à celle-ci, avec la célérité requise par les par. (2) et (3). On ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège dans un cas où la cour a été mise au courant de la possibilité de l'existence de celui-ci par la mise sous scellés des documents au moment de la perquisition. La norme du caractère raisonnable dicte que les tribunaux doivent conserver le pouvoir discrétionnaire de décider si les documents saisis dans le bureau d'un avocat doivent demeurer inaccessibles à l'État en raison de leur caractère privilégié lorsque, dans les circonstances, il est dans l'intérêt de la justice qu'ils le demeurent.

L'alinéa 488.1(4)(b) porte atteinte de façon injustifiable au privilège, car il permet au procureur général d'examiner les documents saisis lorsque le juge des demandes est d'avis que cela l'aiderait à rendre sa décision sur leur caractère privilégié. En permettant au ministère public d'avoir accès aux communications confidentielles entre client et avocat, on risquerait de diminuer la confiance du public dans l'administration de la justice et de créer des abus. Cette disposition porte indûment atteinte au privilège et a une utilité limitée pour la détermination de son existence.

On ne peut pas conférer à l'art. 488.1 un caractère raisonnable du point de vue constitutionnel en se fondant sur la présomption que la poursuite se comportera de façon honorable. On ne peut pas non plus le justifier par l'article premier : bien que l'efficacité des enquêtes policières soit une préoccupation de fond urgente, l'art. 488.1 ne prévoit pas de moyens proportionnés pour atteindre cet objectif. Cet article doit être annulé. La saisie de documents en la possession d'un avocat est une question délicate comportant des choix de procédure qu'il incombe davantage au législateur de faire.

Les lignes directrices qui suivent reflètent les impératifs constitutionnels actuels en matière de protection du secret professionnel de l'avocat et s'appliquent aux perquisitions dans des bureaux d'avocats jusqu'à la mise en œuvre de nouvelles dispositions législatives. (1) Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat. (2) Aucun mandat de perquisition dans un bureau d'avocats ne peut être décerné non plus s'il existe d'autres solutions de rechange raisonnables. (3) Le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant pour ce qui est des communications entre client et avocat. (4) Sauf autorisation contraire du mandat, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou saisis. (5) Il faut faire tous les efforts

executing the warrant should report the efforts made to contact all potential privilege holders to the justice of the peace. These privilege holders should then be given a reasonable opportunity to assert a claim of privilege and, if that claim is contested, to have the issue judicially decided. (7) If notification of potential privilege holders is not possible, the lawyer who had custody of the documents seized, or another lawyer appointed either by the Law Society or by the court, should examine the documents to determine whether a claim of privilege should be asserted, and should be given a reasonable opportunity to do so. (8) The Attorney General may make submissions on the issue of privilege but should not be permitted to inspect the documents beforehand, and the prosecuting authority can only inspect the documents if and when it is determined by a judge that the documents are not privileged. (9) Where sealed documents are found not to be privileged, they may be used in the normal course of the investigation. (10) Where documents are found to be privileged, they are to be returned immediately to the holder of the privilege, or to a person designated by the court.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. (dissenting in part): Section 488.1 of the *Criminal Code* does not infringe either s. 7 or s. 8 of the *Charter*, with the exception of s. 488.1(4), which may lead to improper and premature disclosures of confidential information and therefore violates s. 8. It aims at protecting privilege, not destroying it, and builds on jurisprudential and legislative rules governing the issuance of search warrants. The procedure includes a number of safeguards which require a proper understanding of the role of counsel in the implementation of the provisions at issue. Lawyers have obligations flowing from their rights and privileges. As long as society and courts can assume that lawyers will behave in a competent and ethical manner, s. 488.1 grants adequate protection to professional privilege and to the interests of the clients of law firms.

While the provision's 14-day time limit is short, this brevity does not render it unconstitutional. The short time limit does not appear to have been designed as a trap for overworked or careless lawyers, but as a procedural constraint designed to speed things up and move them to a quick disposition. Although s. 488.1 does not explicitly grant the power to extend the time limit, the trend of jurisprudential developments in respect of time limits and limitation periods has been to acknowledge the existence of a broad judicial power to grant relief or extend

possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition et, lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, un représentant du Barreau devrait superviser la mise sous scellés et la saisie des documents. (6) L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux. (7) S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège. (8) Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance et l'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés. (9) Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête. (10) Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel (dissidents en partie) : L'article 488.1 du *Code criminel* ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 8 de la *Charte*, à l'exception du par. 488.1(4), qui peut mener à des communications prématurées et injustifiées de renseignements confidentiels et qui porte donc atteinte à l'art. 8. Il vise à protéger le privilège et non à le supprimer. Il s'appuie sur les règles jurisprudentielles et législatives régissant la délivrance des mandats de perquisition. Le processus comporte des garanties qui exigent une bonne compréhension du rôle des avocats dans la mise en œuvre des dispositions en cause. Les avocats ont des obligations qui découlent de leurs droits et privilèges. Tant que la société et les tribunaux peuvent supposer que les avocats agiront avec compétence et selon leur code de déontologie, l'art. 488.1 accorde une protection adéquate au secret professionnel et aux droits des clients des cabinets d'avocats.

Même si le délai de 14 jours est court, sa brièveté ne le rend pas inconstitutionnel. Il ne semble pas avoir été conçu comme un piège pour les avocats débordés de travail ou négligents, mais comme une contrainte procédurale visant à accélérer les choses et à les faire régler rapidement. Bien que l'art. 488.1 ne confère pas expressément le pouvoir de proroger le délai, la tendance de la jurisprudence à l'égard des délais ordinaires et des délais de prescription a été de reconnaître l'existence d'un vaste pouvoir des tribunaux d'accorder réparation

time limits. A showing of inability or impossibility to act within the stated time has been found sufficient to grant an extension or other appropriate relief. Since the identity and whereabouts of a client are sometimes better known to lawyers, the failure to include a requirement of notice to the client does not amount to a flaw.

A requirement that the lawyer identify the client by name would breach the privilege. Naming, however, does not necessarily amount to identifying by name for the name used need not be the true or full name of an individual. The impugned provision seeks to avoid broad claims of privilege. At a subsequent stage of the proceedings, the question of the confidentiality of names and the measures necessary to protect it would fall to be decided by the court.

Cases Cited

By Arbour J.

Applied: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, aff'g (1980), 16 C.R. (3d) 188, aff'g [1978] C.S. 792; **considered:** *Festing v. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98, aff'g in part (2000), 31 C.R. (5th) 203; *R. v. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164; *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184; *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3; *Canada (Attorney General) v. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, 161 C.C.C. (3d) 64 (*sub nom. R. v. Charron*), leave to appeal granted, [2002] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

ou de proroger les délais. La preuve de l'incapacité ou de l'impossibilité d'agir dans le délai mentionné a été considérée comme étant suffisante pour que soit accordée une prorogation ou une autre réparation appropriée. Étant donné que l'identité du client et le lieu où il se trouve sont parfois mieux connus des avocats, le fait de ne pas avoir prévu l'obligation de donner un avis au client n'équivaut pas à un vice.

L'obligation pour l'avocat d'identifier le client par son nom porterait atteinte au privilège. Toutefois, l'identification n'équivaut pas nécessairement à identifier par le nom, car le nom utilisé peut ne pas être le véritable nom d'une personne ou son nom en entier. La disposition contestée cherche à annuler les objections générales fondées sur le privilège. Plus tard dans la procédure, il incomberait à la Cour de statuer sur la question de la confidentialité des noms et celle des mesures nécessaires pour la protéger.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêt appliqué : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, conf. (1980), 16 C.R. (3d) 188, conf. [1978] C.S. 792; **arrêts examinés :** *Festing c. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98, conf. en partie (2000), 31 C.R. (5th) 203; *R. c. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164; *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184; *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3; *Canada (Attorney General) c. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, demande d'autorisation de pourvoi accordée, [2002] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

By LeBel J. (dissenting in part)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858; *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 10(b), 11(b).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487, 488.1 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 71].
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 232, 239(1)(a), (d).

Authors Cited

Bloom, Lackland H., Jr. "The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions" (1980), 69 *Geo. L.J.* 1.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, January 22, 1985, p. 5:9.
 Canada. Law Reform Commission. Report 24. *Search and Seizure*. Ottawa: The Commission, 1984.
 Chasse, Kenneth L. "The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants" (1977), 36 C.R.N.S. 349.
 Davis, John E. "Law Office Searches: The Assault on Confidentiality and the Adversary System" (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2002, release 1).

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858; *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 10(b), 11(b).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487, 488.1 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 71].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 232, 239(1)a), d).

Doctrine citée

Bloom, Lackland H., Jr. « The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions » (1980), 69 *Geo. L.J.* 1.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n^o 5, 22 janvier 1985, p. 5:9.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Ottawa : La Commission, 1984.
 Chasse, Kenneth L. « The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants » (1977), 36 C.R.N.S. 349.
 Davis, John E. « Law Office Searches : The Assault on Confidentiality and the Adversary System » (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto : Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2002, release 1).

Kasting, Robert A. "Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege" (1978), 24 *McGill L.J.* 115.

Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Toronto: Butterworths, 1993.

Pinard, Danielle. "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1990), 35 *McGill L.J.* 305.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*) from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 25, 255 A.R. 86, 220 W.A.C. 86, 143 C.C.C. (3d) 187, 73 C.R.R. (2d) 58, [2000] 4 W.W.R. 331, [2000] A.J. No. 159 (QL), 2000 ABCA 54, affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1998), 160 D.L.R. (4th) 508, 62 Alta. L.R. (3d) 306, 218 A.R. 229, 126 C.C.C. (3d) 129, 53 C.R.R. (2d) 8, [1999] 2 W.W.R. 241, [1998] A.J. No. 610 (QL), 1998 ABQB 436. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

APPEAL and CROSS-APPEAL (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (2000), 187 D.L.R. (4th) 581, 190 Nfld. & P.E.I.R. 181, 576 A.P.R. 181, 146 C.C.C. (3d) 28, 35 C.R. (5th) 222, 76 C.R.R. (2d) 1, [2000] N.J. No. 196 (QL), 2000 NFCA 36, allowing in part the appellants' appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

APPEAL (*R. v. Fink*) from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 577, 193 D.L.R. (4th) 51, 149 C.C.C. (3d) 321, 138 O.A.C. 142, 79 C.R.R. (2d) 121, [2000] O.J. No. 4549 (QL), setting aside a decision of the Superior Court of Justice (2000), 143 C.C.C. (3d) 566, 70 C.R.R. (2d) 181, [2000] O.J. No. 18 (QL). Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

Kasting, Robert A. « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege » (1978), 24 *R.D. McGill* 115.

Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Toronto : Butterworths, 1993.

Pinard, Danielle. « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1990), 35 *R.D. McGill* 305.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

POURVOI (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 184 D.L.R. (4th) 25, 255 A.R. 86, 220 W.A.C. 86, 143 C.C.C. (3d) 187, 73 C.R.R. (2d) 58, [2000] 4 W.W.R. 331, [2000] A.J. n° 159 (QL), 2000 ABCA 54, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1998), 160 D.L.R. (4th) 508, 62 Alta. L.R. (3d) 306, 218 A.R. 229, 126 C.C.C. (3d) 129, 53 C.R.R. (2d) 8, [1999] 2 W.W.R. 241, [1998] A.J. n° 610 (QL), 1998 ABQB 436. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

POURVOI et POURVOI INCIDENT (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (2000), 187 D.L.R. (4th) 581, 190 Nfld. & P.E.I.R. 181, 576 A.P.R. 181, 146 C.C.C. (3d) 28, 35 C.R. (5th) 222, 76 C.R.R. (2d) 1, [2000] N.J. n° 196 (QL), 2000 NFCA 36, qui a accueilli en partie l'appel interjeté par les appelants contre une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents. Pourvoi incident rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

POURVOI (*R. c. Fink*) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 589, 193 D.L.R. (4th) 51, 149 C.C.C. (3d) 321, 138 O.A.C. 142, 79 C.R.R. (2d) 121, [2000] O.J. n° 4549 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 143 C.C.C. (3d) 566, 70 C.R.R. (2d) 181, [2000] O.J. n° 18 (QL). Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

Robert J. Frater, Peter De Freitas and David Schermbrucker, for the appellant Her Majesty the Queen, for the respondent/appellant on cross-appeal and the intervener the Attorney General of Canada.

David G. Butcher and Michael J. Hewitt, for the respondents Lavallee, Rackel & Heintz.

D. Mark Pike and Geoffrey L. Spencer, for the appellants/respondents on cross-appeal White, Ottenheimer & Baker.

Richard Macklin and Aaron Harnett, for the respondent Fink.

Michal Fairburn and Philip Downes, for the appellant Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General for Ontario.

Benoît Lauzon and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Eric Tolppanen, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Lindsay MacDonald, Q.C., for the intervener the Law Society of Alberta.

Anne S. Derrick, Q.C., Joel Pink, Q.C., and Shane Parker, for the intervener the Federation of the Law Societies of Canada.

James L. Lebo, Q.C., for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

Robert J. Frater, Peter De Freitas et David Schermbrucker, pour l'appelante Sa Majesté la Reine, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident et pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David G. Butcher et Michael J. Hewitt, pour les intimés Lavallee, Rackel & Heintz.

D. Mark Pike et Geoffrey L. Spencer, pour les appelants/intimés au pourvoi incident White, Ottenheimer & Baker.

Richard Macklin et Aaron Harnett, pour l'intimé Fink.

Michal Fairburn et Philip Downes, pour l'appelante Sa Majesté la Reine et l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Benoît Lauzon et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eric Tolppanen, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Lindsay MacDonald, c.r., pour l'intervenante la Law Society of Alberta.

Anne S. Derrick, c.r., Joel Pink, c.r., et Shane Parker, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

James L. Lebo, c.r., pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE ARBOUR — Les présents pourvois mettent en cause la constitutionnalité de l'art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui établit une procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat (dans l'article en cause, « privilège des communications entre client et avocat ») s'applique aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat. La question est soumise à la Cour dans trois pourvois distincts provenant de l'Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*), de Terre-Neuve-et-Labrador (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) et de l'Ontario (*R. c. Fink*).

1

ARBOUR J. — These appeals bring into question the constitutionality of s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which sets out a procedure for determining a claim of solicitor-client privilege in relation to documents seized from a law office under a warrant. The issue is brought before this Court by way of three separate appeals from the provinces of Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*), Newfoundland and Labrador (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) and Ontario (*R. v. Fink*).

Section 488.1 was also recently challenged and struck down in other matters currently not before this Court: *R. v. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.); *R. v. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3 (Ont. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313 (S.C.); *Festing v. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. filed December 11, 2001 (Nos. 28936 and 28937).^{*} In an order dated December 11, 2001, Levine J.A. of the British Columbia Court of Appeal stayed the order of that court in *Festing* dated November 5, 2001, for a period of two weeks following the decision of this Court in the present appeals: [2001] B.C.J. No. 2666 (QL), 2001 BCCA 732.

For the reasons that follow, I am of the view that s. 488.1 is unconstitutional and must accordingly be struck down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

I - Facts: The Three Appeals

The facts of these cases are not controversial, nor are they determinative. Accordingly, all three matters can be briefly summarized as follows.

In *Lavallee*, the R.C.M.P. obtained a search warrant in the regular form and wording pursuant to s. 487 of the *Criminal Code* on January 16, 1996. The search was to be executed on the following day at the law firm of Lavallee, Rackel & Heintz, in the City of Edmonton, targeting correspondence, estate files, trust records and other documents in relation to Mr. Andy Brent Polo, an individual suspected of money laundering and of being in possession of proceeds of crime. When the R.C.M.P. arrived at the law firm to execute the warrant, a solicitor who was familiar with the documents in question claimed solicitor-client privilege. The searching officers accordingly followed the procedure set out in s. 488.1 of the *Criminal Code*: the documents were sealed in envelopes, summarily identified and taken

^{*} Cases remanded to British Columbia Court of Appeal on October 10, 2002.

En outre, l'article 488.1 a récemment été contesté et annulé dans d'autres affaires dont la Cour n'est pas saisie actuellement : *R. c. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.); *R. c. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3 (C.A. Ont.); *Canada (Attorney General) c. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313 (C.S.); *Festing c. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98 (C.A.C.-B.), demande d'autorisation d'appel à la C.S.C. déposée le 11 décembre 2001 (n^{os} 28936 et 28937)^{*}. Par ordonnance du 11 décembre 2001, le juge Levine, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a suspendu pour deux semaines suivant la décision de notre Cour dans les présents pourvois l'ordonnance que la Cour d'appel avait rendue le 5 novembre 2001 dans *Festing* : [2001] B.C.J. n^o 2666 (QL), 2001 BCCA 732.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'art. 488.1 est inconstitutionnel et qu'il doit donc être annulé en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

I - Les faits : les trois pourvois

Les faits de ces trois affaires ne sont ni controversés ni déterminants. On peut donc les résumer brièvement ainsi.

Dans *Lavallee*, la G.R.C. obtient le 16 janvier 1996 un mandat de perquisition selon la forme et le libellé prescrits par l'art. 487 du *Code criminel*. La perquisition, qui doit avoir lieu le lendemain au cabinet d'avocats Lavallee, Rackel & Heintz, à Edmonton, vise la correspondance, les dossiers de succession, les registres de fiducie et d'autres documents concernant M. Andy Brent Polo, soupçonné de blanchiment d'argent et de possession de produits de la criminalité. Lorsque les agents de la G.R.C. se présentent au cabinet d'avocats pour exécuter le mandat, un avocat connaissant bien les documents en question invoque le secret professionnel de l'avocat. Les agents chargés de la perquisition suivent donc la procédure établie à l'art. 488.1 du *Code criminel* : les documents sont scellés dans

^{*} Affaires renvoyées à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le 10 octobre 2002.

into police custody. The next day, January 18, 1996, counsel retained by the law firm moved in the Court of Queen's Bench to fix a date and place for a judicial determination of privilege in reference to the seized documents in accordance with s. 488.1(3). In April 1996, the law firm gave notice of a constitutional question, alleging the unconstitutionality of s. 488.1 of the *Criminal Code*. The law firm and Mr. Polo also moved to quash the warrant but the application was denied in part by Dea J.: (1997), 199 A.R. 21 (Q.B.). In 1998, Veit J. struck down s. 488.1 as unconstitutional: (1998), 126 C.C.C. (3d) 129 (Alta. Q.B.). The appeal from that order was dismissed unanimously by the Court of Appeal for Alberta: (2000), 143 C.C.C. (3d) 187.

6

In *White*, a search warrant was obtained to search the law offices of Raymond P. Whelan, including all storage facilities occupied by him at the law firm of White, Ottenheimer & Baker, in the City of St. John's, Newfoundland. The warrant authorized officers of Revenue Canada to search the premises for documents relating to Daley Brothers Ltd. and Mr. Terry Daley who were suspected of the offences described in s. 239(1)(a) and (d) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). When the search was executed on June 30, 1998, a partner in the appellant law firm claimed solicitor-client privilege with respect to the targeted documents and, as a result, pursuant to s. 488.1 of the *Criminal Code* and s. 232 of the *Income Tax Act*, the documents were sealed and taken into police custody. On July 9, 1998, the law firm moved to set a date and time for the determination of privilege under both s. 488.1(3) of the *Criminal Code* and s. 232(4) of the *Income Tax Act*. On January 29, 1999, the appellants applied for a declaration that s. 488.1 of the *Criminal Code* and s. 232 of the *Income Tax Act* are contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Halley J. of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, dismissed the application. The Court of Appeal allowed the appeal in part, resorting to the remedial techniques of severance and reading-in to salvage the

des enveloppes, identifiés sommairement et confiés à la garde de la police. Le lendemain, le 18 janvier 1996, l'avocat représentant le cabinet présente devant la Cour du Banc de la Reine une requête sollicitant la fixation d'une date et d'un lieu où la cour déciderait s'il existe un privilège relatif aux documents saisis, conformément au par. 488.1(3). En avril 1996, le cabinet d'avocats donne avis d'une question constitutionnelle, alléguant l'inconstitutionnalité de l'art. 488.1 du *Code criminel*. Le cabinet et M. Polo présentent également une requête en annulation du mandat, mais le juge Dea la rejette en partie : (1997), 199 A.R. 21 (B.R.). En 1998, le juge Veit annule l'art. 488.1, le déclarant inconstitutionnel : (1998), 126 C.C.C. (3d) 129 (B.R. Alb.). La Cour d'appel de l'Alberta rejette à l'unanimité l'appel interjeté contre cette ordonnance : (2000), 143 C.C.C. (3d) 187.

Dans *White*, il y a délivrance d'un mandat de perquisition visant le cabinet de Raymond P. Whelan, y compris les installations d'entreposage qu'il occupe au cabinet d'avocats White, Ottenheimer & Baker, à St. John's (Terre-Neuve). Le mandat autorise les agents de Revenu Canada à perquisitionner dans les lieux pour chercher des documents concernant Daley Brothers Ltd. et M. Terry Daley, soupçonnés d'avoir commis les infractions visées aux al. 239(1)(a) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.). Lors de l'exécution du mandat le 30 juin 1998, un associé du cabinet appelant invoque le secret professionnel de l'avocat relativement aux documents visés et, de ce fait, ceux-ci sont scellés et confiés à la garde de la police conformément aux art. 488.1 du *Code criminel* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le 9 juillet 1998, le cabinet d'avocats présente une requête en fixation de date et de lieu d'une audience pour que soit décidé s'il existe un privilège en vertu des par. 488.1(3) du *Code criminel* et 232(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le 29 janvier 1999, les appelants sollicitent un jugement déclaratoire selon lequel les art. 488.1 du *Code criminel* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Halley, de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, rejette la demande. La Cour d'appel accueille l'appel en partie, recourant aux

impugned section of the *Criminal Code*: (2000), 146 C.C.C. (3d) 28.

In *Fink*, a search warrant was executed at the law firm of Turkstra, Mazza Associates on February 8, 1999, in the City of Toronto, targeting documents relating to the appellant Jeffrey Fink who was suspected of various counts of fraud over \$5,000. As result of the claim of solicitor-client privilege made on behalf of the appellant by counsel, the search was carried out according to the procedure set out in s. 488.1 of the *Criminal Code* and the documents were taken into police custody. On November 11, 1999, the appellant applied to the Ontario Superior Court of Justice for an order declaring s. 488.1 to be inconsistent with s. 8 of the *Charter*. Dambrot J. dismissed the application: (2000), 143 C.C.C. (3d) 566. Goudge J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and declared s. 488.1 to be unconstitutional and of no force and effect: (2000), 51 O.R. (3d) 577.

II - The Impugned Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

488.1 (1) In this section,

“custodian” means a person in whose custody a package is placed pursuant to subsection (2);

“document”, for the purposes of this section, has the same meaning as in section 321;

“judge” means a judge of a superior court of criminal jurisdiction of the province where the seizure was made;

“lawyer” means, in the Province of Quebec, an advocate, lawyer or notary and, in any other province, a barrister or solicitor;

“officer” means a peace officer or public officer.

(2) Where an officer acting under the authority of this or any other Act of Parliament is about to examine, copy or seize a document in the possession of a lawyer who claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer

techniques réparatrices de la dissociation et de l’interprétation large pour justifier la disposition contestée du *Code criminel* : (2000), 146 C.C.C. (3d) 28.

Dans *Fink*, il y a exécution d’un mandat de perquisition au cabinet d’avocats Turkstra, Mazza Associates le 8 février 1999, à Toronto, visant des documents concernant l’appelant Jeffrey Fink, soupçonné de culpabilité relativement à divers chefs d’accusation de fraude d’un montant supérieur à 5 000 \$. L’avocat ayant invoqué au nom de l’appelant le secret professionnel, la perquisition est effectuée conformément à la procédure prévue à l’art. 488.1 du *Code criminel* et les documents sont confiés à la garde de la police. Le 11 novembre 1999, l’appelant sollicite auprès de la Cour supérieure de justice de l’Ontario une ordonnance déclarant l’art. 488.1 incompatible avec l’art. 8 de la *Charte*. Le juge Dambrot rejette la demande : (2000), 143 C.C.C. (3d) 566. Au nom de la Cour d’appel à l’unanimité, le juge Goudge accueille l’appel et déclare l’art. 488.1 inconstitutionnel et inopérant : (2000), 51 O.R. (3d) 589.

II - Les dispositions législatives contestées

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

488.1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« avocat » Dans la province de Québec, un avocat ou un notaire, et dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor*.

« document » Pour l’application du présent article, s’entend au sens de l’article 321.

« fonctionnaire » Agent de la paix ou fonctionnaire public.

« gardien » Personne à qui la garde d’un paquet est confiée conformément au paragraphe (2).

« juge » Juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle de la province où la saisie a été faite.

(2) Lorsqu’un fonctionnaire agissant sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi fédérale est sur le point d’examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d’un avocat qui prétend qu’un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des

shall, without examining or making copies of the document,

(a) seize the document and place it in a package and suitably seal and identify the package; and

(b) place the package in the custody of the sheriff of the district or county in which the seizure was made or, if there is agreement in writing that a specified person act as custodian, in the custody of that person.

(3) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2), the Attorney General or the client or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within fourteen days from the day the document was so placed in custody, apply, on two days notice of motion to all other persons entitled to make application, to a judge for an order

(i) appointing a place and a day, not later than twenty-one days after the date of the order, for the determination of the question whether the document should be disclosed, and

(ii) requiring the custodian to produce the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on all other persons entitled to make application and on the custodian within six days of the date on which it was made; and

(c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply, at the appointed time and place, for an order determining the question.

(4) On an application under paragraph (3)(c), the judge

(a) may, if the judge considers it necessary to determine the question whether the document should be disclosed, inspect the document;

(b) where the judge is of the opinion that it would materially assist him in deciding whether or not the document is privileged, may allow the Attorney General to inspect the document;

(c) shall allow the Attorney General and the person who objects to the disclosure of the document to make representations; and

(d) shall determine the question summarily and,

(i) if the judge is of the opinion that the document should not be disclosed, ensure that it is repackaged and resealed and order the custodian to deliver the document to the lawyer who

communications entre client et avocat en ce qui concerne ce document, le fonctionnaire doit, sans examiner le document ni le copier :

a) le saisir et en faire un paquet qu'il doit convenablement sceller et identifier;

b) confier le paquet à la garde du shérif du district ou du comté où la saisie a été effectuée ou, s'il existe une entente écrite désignant une personne qui agira en qualité de gardien, à la garde de cette dernière.

(3) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde en vertu du paragraphe (2), le procureur général, le client ou l'avocat au nom de son client, peut :

a) dans un délai de quatorze jours à compter de la date où le document a été placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de présentation de deux jours adressé à toute autre personne qui pourrait faire une demande, de rendre une ordonnance :

(i) fixant une date, au plus tard vingt et un jours après la date de l'ordonnance, et un endroit, où sera décidée la question de savoir si le document doit être communiqué,

(ii) en outre, exigeant du gardien qu'il présente le document au juge au moment et au lieu fixés;

b) faire signifier une copie de l'ordonnance à toute personne qui pourrait faire une demande et au gardien dans les six jours de la date où elle est rendue;

c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, au moment et au lieu fixés, une ordonnance qui tranche la question.

(4) Suite à une demande prévue à l'alinéa (3)c), le juge :

a) peut examiner le document, s'il l'estime nécessaire, pour établir si le document doit être communiqué;

b) peut, s'il est d'avis que cela l'aidera à rendre sa décision sur le caractère privilégié du document, permettre au procureur général d'examiner le document;

c) doit permettre au procureur général et à toute personne qui s'oppose à la communication du document de lui présenter leurs observations;

d) doit trancher la question de façon sommaire et :

(i) s'il est d'avis que le document ne doit pas être communiqué, s'assurer que celui-ci est remballé et scellé à nouveau et ordonner au gardien de le remettre à l'avocat qui a allégué le privilège des

claimed the solicitor-client privilege or to the client, or

(ii) if the judge is of the opinion that the document should be disclosed, order the custodian to deliver the document to the officer who seized the document or some other person designated by the Attorney General, subject to such restrictions or conditions as the judge deems appropriate,

and shall, at the same time, deliver concise reasons for the determination in which the nature of the document is described without divulging the details thereof.

(5) Where the judge determines pursuant to paragraph (4)(d) that a solicitor-client privilege exists in respect of a document, whether or not the judge has, pursuant to paragraph (4)(b), allowed the Attorney General to inspect the document, the document remains privileged and inadmissible as evidence unless the client consents to its admission in evidence or the privilege is otherwise lost.

(6) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2) and a judge, on the application of the Attorney General, is satisfied that no application has been made under paragraph (3)(a) or that following such an application no further application has been made under paragraph (3)(c), the judge shall order the custodian to deliver the document to the officer who seized the document or to some other person designated by the Attorney General.

(7) Where the judge to whom an application has been made under paragraph (3)(c) cannot act or continue to act under this section for any reason, subsequent applications under that paragraph may be made to another judge.

(8) No officer shall examine, make copies of or seize any document without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made under subsection (2).

(9) At any time while a document is in the custody of a custodian under this section, a judge may, on an *ex parte* application of a person claiming a solicitor-client privilege under this section, authorize that person to examine the document or make a copy of it in the presence of the custodian or the judge, but any such authorization shall contain provisions to ensure that the document is repackaged and the package is resealed without alteration or damage.

(10) An application under paragraph (3)(c) shall be heard in private.

communications entre client et avocat ou à son client,

(ii) s'il est d'avis que le document doit être communiqué, ordonner au gardien de remettre celui-ci au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général, sous réserve des restrictions et conditions qu'il estime appropriées.

Le juge motive brièvement sa décision en décrivant la nature du document sans toutefois en révéler les détails.

(5) Lorsque le juge décide, conformément à l'alinéa (4)d), qu'un privilège des communications entre client et avocat existe en ce qui concerne un document, ce document demeure privilégié et inadmissible en preuve, que le juge ait permis ou non au procureur général de l'examiner, conformément à l'alinéa (4)b), à moins que le client n'y consente ou que le privilège ne soit autrement perdu.

(6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (2) et qu'un juge, sur la demande du procureur général, est convaincu qu'aucune demande prévue à l'alinéa (3)a) n'a été faite, ou, si elle l'a été, qu'elle n'a pas été suivie d'une autre demande prévue à l'alinéa (3)c), il doit ordonner au gardien de remettre le document au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général.

(7) Lorsque, pour quelque motif, le juge à qui une demande a été faite selon l'alinéa (3)c) ne peut agir ni continuer d'agir en vertu du présent article, des demandes subséquentes faites en vertu de cet alinéa peuvent être faites à un autre juge.

(8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat en vertu du paragraphe (2).

(9) En tout temps, lorsqu'un document est entre les mains d'un gardien selon le présent article, un juge peut, sur une demande *ex parte* de la personne qui s'oppose à la divulgation du document alléguant le privilège des communications entre client et avocat, autoriser cette dernière à examiner le document ou à en faire une copie en présence du gardien ou du juge; cependant une telle autorisation doit contenir les dispositions nécessaires pour que le document soit emballé et le paquet scellé à nouveau sans modification ni dommage.

(10) La demande visée à l'alinéa (3)c) est entendue à huis clos.

(11) This section does not apply in circumstances where a claim of solicitor-client privilege may be made under the *Income Tax Act*.

III - The Issues

9 These appeals give rise to the following constitutional questions:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

IV - Analysis

A. *Law Office Searches*

10 Before the 1970s, law office searches were seldom employed in the course of criminal investigations. But since that time, there has been an observable trend in Canada and the United States towards more aggressive investigatory methods which include the issuing of warrants to search law offices for evidence of crime. See generally L. H. Bloom, Jr., "The Law Office Search: An Emerging Problem and Some Suggested Solutions" (1980), 69 *Geo. L.J.* 1, wherein the author partially attributes "the sudden and recent emergence of the law office search" (p. 7) in the United States to the Watergate scandal, which he claims lowered the public esteem of lawyers in general. See also J. E. Davis, "Law Office Searches: The Assault on Confidentiality and the Adversary System" (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.

11 In Canada, the enactment of s. 488.1 of the *Criminal Code* (originally s. 444.1) in 1985 was in fact the legislative response to a line of cases culminating in this Court's decision *Descôteaux*

(11) Le présent article ne s'applique pas lorsque le privilège des communications entre client et avocat peut être invoqué en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

III - Les questions en litige

Les présents pourvois soulèvent les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?
3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

IV - Analyse

A. *Les perquisitions dans les bureaux d'avocats*

Avant les années 70, il y avait rarement des perquisitions dans les bureaux d'avocats au cours d'enquêtes criminelles. Mais, depuis, on a assisté au Canada et aux États-Unis à la tendance consistant à employer des méthodes d'enquête plus agressives, dont la délivrance de mandats autorisant la perquisition dans des bureaux d'avocats pour chercher des éléments de preuve de crimes. Voir de façon générale L. H. Bloom, Jr., « The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions » (1980), 69 *Geo. L.J.* 1, ouvrage dans lequel l'auteur attribue en partie [TRADUCTION] « l'émergence soudaine et récente de la perquisition dans des bureaux d'avocats » (p. 7) aux États-Unis au scandale du Watergate, qui, selon lui, a diminué l'estime du public à l'endroit des avocats en général. Voir également J. E. Davis, « Law Office Searches : The Assault on Confidentiality and the Adversary System » (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.

Au Canada, par l'adoption de l'art. 488.1 du *Code criminel* (initialement l'art. 444.1) en 1985, le législateur réagissait en fait à la jurisprudence ayant abouti à l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982]

v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860, that set out guidelines for the issuing of search warrants for law offices. From the outset, Canadian courts expressed serious concerns about the dangers of law office searches in light of solicitor-client privilege, and urged Parliament to create protective measures akin to those found in the *Income Tax Act*. Section 488.1 was designed to address these concerns and, in the words of the Minister of Justice, “establish a sealing procedure with respect to seized documents that will ensure protection of solicitor-client privilege” (House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, January 22, 1985, at p. 5:9). As it will be explained further in these reasons, s. 488.1 of the *Criminal Code* falls short of providing the protection it promised and, indeed, unconstitutionally jeopardizes solicitor-client privilege. Before turning to the shortcomings of s. 488.1, it is perhaps worthwhile to review the jurisprudence that led to its enactment in order to better understand the concerns that s. 488.1 was meant to address.

B. *The Pre-Descôteaux Decisions*

In *R. v. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (Ont. H.C.), an application was brought to quash a warrant issued by a justice of the peace authorizing police officers to enter a law firm and to search for various articles, namely, letters, correspondence, contracts and agreements which, it was alleged, would disclose evidence that the accused had committed an offence. Though he quashed the warrant on the basis that the issuing justice of the peace should not have been satisfied that the documents would afford any evidence, Osler J. also discussed the incidence of law office searches on solicitor-client privilege. He said at p. 13:

Finally, the question of solicitor-client privilege is, in this connection, a troublesome one. On the one hand, no authority should be given *carte blanche* to search through the files in a solicitor’s office in hopes of discovering material prepared for the purpose of advising the client in

1 R.C.S. 860, où la Cour a établi des lignes directrices pour la délivrance de mandats de perquisition visant les bureaux d’avocats. Dès le départ, les tribunaux canadiens, en raison du secret professionnel de l’avocat, ont exprimé de sérieuses craintes au sujet des dangers des perquisitions dans des bureaux d’avocats et ont incité le législateur à établir des mesures de protection semblables à celles figurant dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’article 488.1 a été conçu pour dissiper ces craintes et, comme l’a dit le ministre de la Justice, pour « instaure[r] une procédure permettant de faire sceller des documents saisis afin d’assurer la protection du caractère confidentiel des communications entre avocats et clients » (Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 5, le 22 janvier 1985, p. 5:9). Comme je l’expliquerai davantage plus loin dans les présents motifs, l’art. 488.1 du *Code criminel* est loin de fournir la protection promise et, en fait, met en péril de façon inconstitutionnelle le secret professionnel de l’avocat. Avant d’aborder les lacunes de l’art. 488.1, il est peut-être utile d’examiner la jurisprudence qui a mené à son adoption afin de mieux comprendre les craintes qu’il visait à dissiper.

B. *Les décisions antérieures à l’arrêt Descôteaux*

Dans *R. c. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (H.C. Ont.), on a sollicité l’annulation du mandat par lequel le juge de paix avait autorisé les policiers à pénétrer dans un bureau d’avocats pour y chercher divers documents, à savoir des lettres, des contrats et des ententes qui, selon les allégations, recelaient des éléments de preuve indiquant que l’accusé avait commis une infraction. Bien qu’il ait annulé le mandat au motif que le juge de paix n’aurait pas dû conclure que les documents fourniraient des éléments de preuve, le juge Osler a aussi analysé l’effet des perquisitions dans des bureaux d’avocats sur le secret professionnel de l’avocat, disant à la p. 13 :

[TRADUCTION] Enfin, la question du secret professionnel de l’avocat est épineuse à cet égard. D’une part, aucune autorité ne devrait avoir carte blanche pour fouiller dans les dossiers d’un cabinet d’avocat dans l’espoir d’y découvrir des documents préparés en vue de

the normal and legitimate course of professional practice. The privilege, however, is exclusively that of the client and does not extend to correspondence, memoranda or documents prepared for the purpose of assisting a client to commit a crime nor to material in no way related to the giving of proper advice but stored with the solicitor purely for the purpose of avoiding seizure in the hands of the client.

At that time, solicitor-client privilege was only a rule of evidence and had not yet evolved into a substantive principle. Accordingly, Osler J. went on to state at p. 13:

. . . it must be remembered that the rule is a rule of evidence, not a rule of property. I would not be prepared, therefore, to quash a warrant respecting material which there were reasonable grounds to believe might afford evidence with respect to the commission of an offence simply because the possibility existed that such material might be covered by the solicitor-client privilege. The only way, as I see it, in which the privilege can be asserted is by way of objection to the introduction of any allegedly privileged material in evidence at the appropriate time.

13

In *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164 (H.C.), Osler J. had the opportunity to revise his previous dictum in light of a Federal Court of Appeal decision rendered earlier that year. Indeed, in *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184, the Director of Investigation and Research applied before a five-judge panel of the Federal Court of Appeal to set aside a decision of the court below limiting his statutory search powers. Pursuant to s. 10(1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34) the Director had the power to enter any premises and copy any document which he believed was evidence relating to a matter under investigation. The court was of the view that the powers conferred on the Director did not abrogate the principle of solicitor-client privilege, which the court recognized as a fundamental principle of our legal system. Concurring, Thurlow J.A. emphasized that the principle of solicitor-client privilege may be asserted any time client confidentiality is threatened by legal authorities. He stated at p. 195:

conseiller le client dans l'exercice normal et légitime de la profession. Il s'agit toutefois d'un privilège exclusif au client qui ne s'étend pas aux lettres, notes ou documents préparés dans le but d'aider un client à commettre un crime, ni aux documents qui n'ont aucun rapport avec le fait de donner un conseil judicieux mais qui sont confiés à l'avocat uniquement dans le but d'éviter une saisie entre les mains du client.

À cette époque, le secret professionnel de l'avocat était uniquement une règle de preuve et n'était pas encore devenu une règle de fond. En conséquence, le juge Osler a ajouté à la p. 13 :

[TRADUCTION] . . . il faut se rappeler qu'il s'agit d'une règle de preuve et non d'une règle de propriété. Par conséquent, je ne serais pas disposé à annuler un mandat visant des documents dont on a des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient fournir une preuve concernant la perpétration d'une infraction, du seul fait qu'il est possible que ces documents soient protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Selon moi, l'unique façon de faire valoir ce privilège est de s'opposer en temps opportun au dépôt en preuve de tout document qui bénéficierait du privilège.

Dans l'affaire *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164 (H.C.), le juge Osler avait la possibilité de réviser sa remarque incidente antérieure à la lumière d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu plus tôt cette année-là. En effet, dans *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184, le directeur des enquêtes et recherches avait demandé à une formation de cinq juges de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision par laquelle une cour d'instance inférieure avait restreint les pouvoirs d'enquête que lui conférait la loi. En vertu du par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34), le Directeur avait le pouvoir de pénétrer en tous lieux et de copier les documents qui, à son avis, constituaient des éléments de preuve relatifs à une affaire faisant l'objet d'une enquête. La cour était d'avis que les pouvoirs conférés au Directeur n'écartaient pas le principe du secret professionnel de l'avocat, qu'elle a reconnu comme un principe fondamental de notre système judiciaire. Dans ses motifs concordants, le juge Thurlow a souligné, à la p. 195, que le principe du secret professionnel de l'avocat pouvait être invoqué chaque fois que les autorités menacent la confidentialité des communications entre client et avocat :

... the confidential character of such communications, whether oral or in writing, comes into existence at the time when the communications are made. As the right to protection for the confidence, commonly referred to as legal professional privilege, is not dependent on there being litigation in progress or even in contemplation at the time the communications take place, it seems to me that the right to have the communications protected must also arise at that time and be capable of being asserted on any later occasion when the confidence may be in jeopardy at the hands of anyone purporting to exercise the authority of the law.

Relying on the authority of *Shell Canada, supra*, Osler J. held in *Presswood, supra*, that the discovery provisions of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, did not override the common law solicitor-client privilege.

Re Borden & Elliot and The Queen (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.) is, in my view, the leading pre-*Descôteaux* judicial consideration of the relationship between solicitor-client privilege and search warrants under the *Criminal Code*. This was an appeal from an order of Southey J. quashing a search warrant issued under s. 443 of the *Criminal Code* to search the offices of Borden & Elliot, the solicitors of a man suspected of fraud. Southey J. (whose reasons are reported immediately prior to Arnup J.A.'s oral reasons) contemplated whether search warrants could be attacked for lack of jurisdiction on the part of the issuing justice when the targeted documents are privileged. Relying on the authority of *Shell Canada, supra*, Southey J. concluded that solicitor-client privilege could be asserted to challenge the issuance of search warrants, holding at p. 343:

If the privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd.

... le caractère confidentiel de ces communications, qu'elles soient orales ou écrites, prend naissance au moment de l'échange des communications. Puisque le droit à la protection du secret, communément appelé secret professionnel, n'est pas subordonné à l'existence d'un procès en cours ou même prévu au moment où les communications sont faites, il me semble que le droit à la protection des communications doit également exister à cette époque et pouvoir être invoqué en toute autre occasion, lorsque le secret peut être menacé par quiconque prétend exercer l'autorité de la Loi.

Se fondant sur l'arrêt *Shell Canada*, précité, le juge Osler a conclu dans l'affaire *Presswood*, précitée, que les dispositions sur l'interrogatoire préalable de la *Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, ch. 53, n'écartaient pas le privilège de common law que constitue le secret professionnel de l'avocat.

À mon avis, l'arrêt *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), constitue l'arrêt clé antérieur à *Descôteaux* qui traite de la relation entre le secret professionnel de l'avocat et les mandats de perquisition décernés en vertu du *Code criminel*. Il s'agit d'un appel formé contre une ordonnance par laquelle le juge Southey a annulé un mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 443 du *Code criminel* et autorisant la perquisition dans les bureaux de Borden & Elliot, les avocats d'un homme soupçonné de fraude. Le juge Southey (dont les motifs sont publiés juste avant les motifs oraux du juge Arnup) s'est demandé si on pouvait contester un mandat de perquisition pour absence de compétence du juge l'ayant délivré lorsque les documents visés sont privilégiés. Se fondant sur l'arrêt *Shell Canada*, précité, le juge Southey a conclu qu'on pouvait invoquer le secret professionnel pour contester la délivrance d'un mandat de perquisition, disant à la p. 343 :

[TRADUCTION] Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une mince consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont il jouirait en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve. Selon moi, un tel résultat serait absurde.

Southey J. also found the information on which the warrant was based to be vague and ambiguous. The Court of Appeal for Ontario upheld the order on this last basis, carefully disassociating itself with the views expressed by Southey J. However, Arnup J.A., for the court, acknowledged the “difficult questions of solicitor-and-client privilege” as it relates to search warrants, indicating that the *Criminal Code* provided no guidance in terms of the limitations that might be ordered in issuing the warrant in order to protect possible claims of solicitor-client privilege. Moreover, the court observed that the *Criminal Code* was silent as to the procedures to be followed by lawyers who asserted solicitor-client privilege on behalf of their clients; at that time, their remedies were limited to bringing a motion to quash the search warrant. “The need for considering possible legislation is abundantly apparent”, opined Arnup J.A., at p. 348.

Le juge Southey a également considéré comme vagues et ambigus les renseignements sur lesquels le mandat était fondé. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé l’ordonnance pour ce dernier motif, prenant bien soin de se dissocier des opinions du juge Southey. Toutefois, au nom de la cour, le juge Arnup a reconnu [TRADUCTION] « les difficiles questions du secret professionnel de l’avocat » en ce qui a trait aux mandats de perquisition, indiquant que le *Code criminel* ne fournissait aucune indication sur les restrictions dont on pourrait assortir le mandat pour protéger les revendications possibles fondées sur le secret professionnel de l’avocat. De plus, la cour a fait remarquer que le *Code criminel* ne prévoyait aucune procédure à suivre pour les avocats invoquant le secret professionnel au nom de leurs clients; à cette époque, les recours de ces derniers se limitaient à la présentation d’une requête en annulation du mandat de perquisition. [TRADUCTION] « Il est très clair qu’il faut envisager la possibilité d’adopter de nouvelles dispositions législatives », a affirmé le juge Arnup à la p. 348.

15

A few months later, in *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C.C.A.), Bull J.A. held on the authority of *Shell Canada, supra*, and *Borden & Elliot, supra*, that search warrants issued pursuant to s. 443 of the *Criminal Code* could be quashed where the targeted documents are plainly subject to solicitor-client privilege. As properly observed by the authors S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury, in *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 10-17: “In making this statement, Mr. Justice Bull, became the first Canadian Court of Appeal judge to suggest that the solicitor-client privilege might override the warrant provisions of the *Criminal Code*.”

Quelques mois plus tard, dans *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A.C.-B.), le juge Bull s’est fondé sur *Shell Canada* et *Borden & Elliot*, précités, pour conclure que les mandats de perquisition délivrés en vertu de l’art. 443 du *Code criminel* pouvaient être annulés lorsque les documents visés bénéficiaient clairement de la protection du secret professionnel de l’avocat. Comme l’ont fait remarquer à juste titre les auteurs S. C. Hutchison, J. C. Morton et M. P. Bury, dans *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 10-17 : [TRADUCTION] « En faisant cette déclaration, le juge Bull est devenu le premier juge d’une cour d’appel canadienne à laisser entendre que le secret professionnel de l’avocat est susceptible de l’emporter sur les dispositions du *Code criminel* sur les mandats de perquisition ».

16

Dickson J. (as he then was) commented on this expansion of solicitor-client privilege in his reasons for judgment in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. In that case, the appellant Solosky, imprisoned at Millhaven Institution, invoked solicitor-client privilege to prevent the Director of the penitentiary from censoring his correspondence with

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) commente cette expansion du privilège entre avocat et client dans ses motifs dans l’affaire *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Dans cette affaire, l’appelant Solosky, détenu à l’institution de Millhaven, a invoqué le privilège entre avocat et client pour empêcher le directeur du pénitencier de censurer

his lawyer, a power conferred to the Director under the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6. In dismissing the appeal, Dickson J. stated that while solicitor-client privilege had undergone a significant expansion in recent years, it had still not become a rule of property and could not operate to prevent the censorship order. Indeed, an inmate's mail is opened, not with a view of obtaining evidence for a subsequent proceeding, but by reason of the exigencies of institutional security. In short, solicitor-client privilege did not apply to the appellant's case. Nevertheless, Dickson J. clearly stated that solicitor-client privilege had become a "fundamental civil and legal right" (*Solosky*, *supra*, at p. 839); see also *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, wherein Major J., for the Court, described solicitor-client privilege as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (at pp. 453-60), and *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32. The *Solosky* decision remains an important restatement by this Court of the historical development of the privilege. See particularly pp. 834-38. For a general discussion of the jurisprudential expansion of solicitor-client privilege discussed above see also K. L. Chasse, "The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants" (1977), 36 C.R.N.S. 349; R. A. Kasting, "Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege" (1978), 24 *McGill L.J.* 115.

C. *Descôteaux v. Mierzwinski*

This case involved the search of a legal aid bureau for evidence that an applicant for legal aid had illegally reported a lower income in order to be eligible for such services. The search was conducted in the presence of the syndic of the Bar and the police officers agreed to receive the documents in sealed envelopes pending the judicial determination of solicitor-client privilege. The legal aid bureau and Mr. Descôteaux brought a motion before the Superior Court in Montreal to quash the warrant on the grounds that the documents were protected

sa correspondance avec son avocat, pouvoir qui est conféré au directeur par la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6. En rejetant le pourvoi, le juge Dickson a affirmé que même si le privilège entre avocat et client avait connu une expansion importante au cours des dernières années, il n'était pas devenu une règle de propriété et ne pouvait pas s'appliquer de manière à empêcher d'ordonner la censure. En effet, on ouvre le courrier du détenu, non pas en vue d'obtenir des éléments de preuve devant servir dans une instance ultérieure, mais en raison des exigences de sécurité institutionnelle. Bref, le privilège entre avocat et client ne s'appliquait pas dans le cas de l'appelant. Le juge Dickson a néanmoins affirmé clairement que ce privilège était devenu un « droit civil fondamental » (*Solosky*, précité, p. 839); voir également *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 383; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, où le juge Major, au nom de la Cour, a affirmé que le secret professionnel de l'avocat était un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (p. 453-460), et *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32. L'arrêt *Solosky* demeure une importante formulation par la Cour de l'historique du privilège. Voir en particulier les p. 834-838. Pour une analyse générale de l'expansion jurisprudentielle susmentionnée du secret professionnel de l'avocat, voir également K. L. Chasse, « The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants » (1977), 36 C.R.N.S. 349; R. A. Kasting, « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege » (1978), 24 *R.D. McGill* 115.

C. *L'arrêt Descôteaux c. Mierzwinski*

Dans cette affaire, on a perquisitionné dans un bureau d'aide juridique pour chercher des éléments de preuve établissant qu'un demandeur d'aide juridique avait illégalement déclaré un revenu inférieur à son revenu réel pour avoir droit à l'aide juridique. La perquisition a eu lieu en présence du syndic du Barreau et les policiers ont accepté de recevoir les documents saisis sous enveloppes scellées et de les garder jusqu'à ce qu'un juge décide s'il existe un privilège avocat-client à leur égard. Le bureau d'aide juridique et M. Descôteaux ont présenté

by solicitor-client privilege. The Superior Court dismissed the motion and held that the documents were not privileged since they had been prepared before the solicitor-client relationship came into existence, [1978] C.S. 792. The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal, adopting the conclusions of the Superior Court and stating further that solicitor-client privilege could not apply if the communication was made in furtherance of a criminal act or to facilitate the commission of a crime: (1980), 16 C.R. (3d) 188.

18

Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) dismissed the appeal. After briefly tracing the historical development of solicitor-client privilege as a rule of evidence, Lamer J. confirmed that solicitor-client privilege had evolved into a substantive principle, referring to this Court's decision in *Solosky*, *supra*. He stated at p. 875:

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

Lamer J. went on to formulate the elements of the substantive rule concisely in the following terms (at p. 875), elements which, in my view, largely govern the outcome of the appeals presently before the Court:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential,

à la Cour supérieure de Montréal une requête en annulation du mandat au motif que les documents étaient protégés par le privilège avocat-client. La Cour supérieure a rejeté la requête et a conclu que les documents n'étaient pas visés par le privilège puisqu'ils avaient été préparés avant la naissance de la relation avocat-client, [1978] C.S. 792. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel, adoptant les conclusions de la Cour supérieure et ajoutant que le privilège avocat-client ne pouvait pas s'appliquer si la communication avait été faite en vue de la perpétration d'un acte criminel ou pour la faciliter : (1980), 16 C.R. (3d) 188.

Au nom de la Cour, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a rejeté le pourvoi. Après avoir exposé brièvement l'historique du privilège avocat-client en tant que règle de preuve, le juge Lamer a confirmé que ce privilège était devenu un principe de fond, se référant à la décision que la Cour a rendue dans *Solosky*, précité. Il affirme à la p. 875 :

De toute évidence la Cour, dans cette cause [*Solosky*], appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Le juge Lamer a ensuite formulé de façon concise et dans les termes suivants (à la p. 875) les éléments de la règle de fond, lesquels, d'après moi, déterminent en grande partie l'issue des pourvois dont la Cour est actuellement saisie :

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le

the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

See also *Jones, supra*, at para. 49.

After discussing issues regarding the moment at which the solicitor-client relationship crystallizes (at pp. 876-82), Lamer J. considered the effect of solicitor-client privilege on searches authorized under s. 443 of the *Criminal Code* (now s. 487). First, he held that the evidential rule of solicitor-client privilege could be invoked to prevent the issuance of a search warrant where the targeted documents are privileged and therefore inadmissible in evidence. Citing with approval Southey J.'s jurisprudential analysis in *Borden & Elliot, supra*, Lamer J. added: "that the justice of the peace should raise the question himself and, where necessary, find that he has no jurisdiction to authorize the search" (p. 887).

Second, Lamer J. considered the interplay between the state's search power and the substantive rule of solicitor-client privilege. He stated, at pp. 889 and 891:

Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. . . . [T]here are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office.

conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Voir également l'arrêt *Jones*, précité, par. 49.

Après avoir traité des questions relatives au moment de la cristallisation de la relation avocat-client (p. 876-882), le juge Lamer a examiné l'effet du secret professionnel de l'avocat sur les perquisitions autorisées en vertu de l'art. 443 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487). Premièrement, il a conclu qu'on pouvait invoquer la règle de preuve que constitue le secret professionnel de l'avocat pour empêcher la délivrance d'un mandat de perquisition lorsque les documents ciblés sont protégés et, par conséquent, inadmissibles en preuve. Citant avec approbation l'analyse de la jurisprudence à laquelle s'est livré le juge Southey dans *Borden & Elliot*, précité, le juge Lamer a ajouté : « il incombe au juge de paix de soulever la question *proprio motu* et, le cas échéant, de se reconnaître sans compétence pour autoriser la perquisition » (p. 887).

Deuxièmement, le juge Lamer a examiné l'interaction entre le pouvoir de perquisitionner de l'État et la règle de fond que constitue le secret professionnel de l'avocat. Il a affirmé, aux p. 889 et 891 :

La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. [. . .] [I]l y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec reticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat.

Generally speaking, where the search is to be made of a lawyer's office, in order to search for things provided for under para. (a), (b) or (c) of s. 443(1), the justice of the peace should be particularly demanding. Where it is a question of evidence (443(1)(b)), although satisfied that there is such evidence on the premises, he should only allow a lawyer's office to be searched if in addition he is satisfied that there is no reasonable alternative to a search. It will sometimes be desirable, as soon as the informant initiates proceedings, for the justice of the peace to see that the district Crown attorney is notified, if he is not aware of such proceedings, as well as the Bar authorities. With their assistance he should normally be more easily able to decide with the police on search procedures acceptable to everyone that respect the law firm's clients' right to confidentiality without depriving the police of their right to search for evidence of the alleged crime. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

I think it important to emphasize, as did Lamer J. at p. 891, that even if the necessary conditions precedent are met, "the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right [solicitor-client privilege] is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what is strictly inevitable" (emphasis in original). In other words, solicitor-client privilege must only be impaired if necessary and, even then, minimally.

21

Lamer J. gave incidental approval to the procedure set out in s. 232 of the *Income Tax Act*, suggesting that the issuing justice should take guidance from these provisions (p. 892). Section 444.1 (now s. 488.1) of the *Criminal Code* was explicitly modelled after s. 232 of the *Income Tax Act* and, in proceedings before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, was said to conform with the spirit of this Court's decision in *Descôteaux*, *supra*. Obviously, the fact that s. 488.1 of the *Criminal Code* mirrors s. 232 of the *Income Tax Act* does not insulate it from *Charter* scrutiny, despite the comments of this Court on the desirability of *Income Tax Act*-style safeguards. This is especially so given that

De façon générale, lorsqu'il s'agit de perquisitionner chez un avocat, que ce soit pour y chercher des choses prévues aux al. a), b) ou c) de l'art. 443(1), le juge de paix devrait se montrer particulièrement exigeant. Lorsqu'il s'agit de preuves (443(1)(b)), quoique satisfait de la présence sur les lieux de ces preuves, il ne doit permettre la fouille d'un bureau d'avocat que si, en plus, il est convaincu qu'il n'y a pas d'autre alternative raisonnable à la perquisition. Il sera parfois souhaitable que, dès les premières démarches du dénonciateur, le juge de paix voie à ce que le procureur de la Couronne du district soit avisé, si ces démarches sont faites à son insu, ainsi que les autorités du Barreau. Assisté de ceux-ci, il devrait normalement pouvoir plus facilement arrêter de concert avec les forces de l'ordre des modalités de perquisition acceptables à tous et qui respecteraient le droit à la confidentialité des clients du bureau de l'avocat sans frustrer la police de son droit de rechercher les preuves du crime allégué. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

J'estime qu'il est important de souligner, comme l'a fait le juge Lamer à la p. 891, que même si les conditions nécessaires préalables sont respectées, « le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit [le privilège des communications entre avocat et client] avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable l'atteinte au droit fondamental » (souligné dans l'original). En d'autres termes, on ne doit porter atteinte au secret professionnel de l'avocat que si cela est nécessaire et, même dans un tel cas, on doit le faire de la façon la moins attentatoire possible.

Le juge Lamer a accessoirement approuvé la procédure prévue à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, indiquant que le juge saisi de la demande de mandat devait s'inspirer de cette disposition (p. 892). L'article 444.1 (maintenant l'art. 488.1) du *Code criminel* a été expressément calqué sur l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, dans les audiences tenues devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, on a dit que cette disposition était conforme à l'esprit de la décision que la Cour a rendue dans *Descôteaux*, précité. Manifestement, le fait que l'art. 488.1 du *Code criminel* soit semblable à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne met pas cette disposition à l'abri

s. 232 of the *Income Tax Act* was enacted in 1956, long before the constitutional entrenchment of the protection against unreasonable search and seizure and other fundamental rights and freedoms. Moreover, it is important to recall that *Descôteaux* was not decided on the basis of the *Charter* (the *Charter* was two months old when judgment was rendered), but rather on the strength of common law principles. Accordingly, for the purpose of these appeals, the constitutionality of s. 488.1 must be determined in light of present-day constitutional norms, which include the status of solicitor-client privilege as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (*McClure, supra*) and the constitutional protection against unreasonable searches and seizures as guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

D. Introduction to Section 488.1

It seems clear from this background that s. 488.1 of the *Code* was enacted in an effort to address the specificity of the searches of lawyers' business premises and, in particular, to ensure that privileged communications made to a lawyer were properly exempted from the reach of that investigative technique. At the same time, to the extent that s. 488.1 only applies "[w]here an officer acting under the authority of [the *Criminal Code*] or any other Act of Parliament is about to examine, copy, or seize a document in the possession of a lawyer" (emphasis added), it is clear that the provision was never intended to supersede the common law principles pertaining to the issuance of a warrant in the law office context, as discussed by Lamer J. in *Descôteaux, supra*. That is, s. 488.1 does not attempt to deal with the process for authorizing the search of law offices but merely with the manner in which they are carried out. The question before us is whether this attempt reached the constitutional mark. Not all communications between a solicitor and a client are covered by privilege (*Solosky, supra*, at p. 829). In the context of civil litigation,

d'un examen fondé sur la *Charte*, malgré les observations de la Cour sur le caractère souhaitable de mesures de protection de la nature de celles prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela est particulièrement vrai étant donné que l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été adopté en 1956, bien avant la constitutionnalisation de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ainsi que d'autres droits et libertés fondamentaux. De plus, il est important de se rappeler que l'arrêt *Descôteaux* n'était pas fondé sur la *Charte* (celle-ci a été adoptée deux mois avant que la Cour rende cet arrêt), mais plutôt sur la force des principes de common law. En conséquence, pour les fins des présents pourvois, il faut statuer sur la constitutionnalité de l'art. 488.1 d'après les normes constitutionnelles actuelles, lesquelles comprennent le statut du secret professionnel de l'avocat comme principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (*McClure, précité*) et la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte*.

D. Introduction à l'art. 488.1

Il ressort de cet historique qu'on a adopté l'art. 488.1 du *Code* pour essayer de tenir compte du caractère particulier de la perquisition dans les lieux d'affaires des avocats et, notamment, de veiller à ce que les communications privilégiées faites à un avocat ne soient pas assujetties à cette méthode d'enquête. Or, dans la mesure où l'art. 488.1 s'applique seulement « [l]orsqu'un fonctionnaire agissant sous le régime [du *Code criminel*] ou de toute autre loi fédérale est sur le point d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un avocat » (je souligne), il est clair que la disposition n'a jamais eu pour objet de remplacer les principes de common law concernant la délivrance de mandats dans le cas des bureaux d'avocats, comme l'a mentionné le juge Lamer dans *Descôteaux, précité*. L'article 488.1 ne tente pas de réglementer l'autorisation de la perquisition dans les bureaux d'avocats, mais simplement la façon dont s'effectue la perquisition. La question dont nous sommes saisis est de savoir si cette tentative résiste à l'examen de la constitutionnalité. Ce ne sont pas toutes les communications entre avocat et client qui sont protégées (*Solosky, précité*, p. 829).

for example, affidavits of documents are produced, identifying documents that would otherwise be discoverable, but that are claimed as privileged and thus exempt from disclosure.

23

In the context of a criminal investigation, the privilege acquires an additional dimension. The individual privilege holder is facing the state as a “singular antagonist” and for that reason requires an arsenal of constitutionally guaranteed rights (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994). It is particularly when a person is the target of a criminal investigation that the need for the full protection of the privilege is activated. It is then not an abstract proposition but a live issue of ensuring that the privilege delivers on the promise of confidentiality that it holds.

24

It is critical to emphasize here that all information protected by the solicitor-client privilege is out of reach for the state. It cannot be forcibly discovered or disclosed and it is inadmissible in court. It is the privilege of the client and the lawyer acts as a gatekeeper, ethically bound to protect the privileged information that belongs to his or her client. Therefore, any privileged information acquired by the state without the consent of the privilege holder is information that the state is not entitled to as a rule of fundamental justice.

25

It is in that context that we must ask whether Parliament has taken all required steps to ensure that there is no deliberate or accidental access to information that is, as a matter of constitutional law, out of reach in a criminal investigation.

E. The Constitutional Failings of Section 488.1 Identified in the Proceedings Below

26

As stated above, the appellate courts of Alberta, British Columbia, Newfoundland, Nova Scotia and Ontario all held that the procedure set out in s. 488.1 unconstitutionally offended to the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*. In coming to that conclusion, these courts identified several problems within the

Dans les litiges civils, par exemple, on produit des affidavits mentionnant les documents susceptibles d’être découverts autrement, mais au sujet desquels on revendique le privilège et qui sont donc à soustrait à la divulgation.

Dans le cadre d’une enquête criminelle, le privilège prend une autre dimension. Le détenteur du privilège fait face à l’État, qui est son « adversaire singulier », de sorte qu’il a besoin d’une multitude de droits garantis par la Constitution (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 994). C’est surtout lorsqu’une personne est visée par une enquête criminelle que le besoin de la protection entière du privilège se fait sentir. Il ne s’agit donc pas d’un principe théorique, mais de la question réelle de veiller à ce que le privilège procure la confidentialité qu’il promet.

Il est essentiel de souligner ici que l’État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l’avocat. On ne peut pas découvrir par la force ces renseignements ni en forcer la divulgation, et ils sont inadmissibles en cour. Il s’agit du privilège du client, et l’avocat agit comme gardien, tenu par l’éthique de protéger les renseignements privilégiés appartenant à son client. Par conséquent, il y a une règle de justice fondamentale voulant que tout renseignement privilégié obtenu par l’État sans le consentement de son détenteur est un renseignement auquel l’État n’a pas droit.

C’est dans ce contexte que nous devons nous demander si le législateur a pris toutes les mesures nécessaires pour garantir qu’on n’obtienne pas volontairement ou involontairement des renseignements qui, du point de vue du droit constitutionnel, ne peuvent servir dans le cadre d’une enquête criminelle.

E. Les lacunes constitutionnelles de l’art. 488.1 mentionnées dans les instances inférieures

Comme je l’ai indiqué précédemment, les cours d’appel de l’Alberta, de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Écosse et de l’Ontario ont toutes conclu que la procédure prévue à l’art. 488.1 portait atteinte de manière inconstitutionnelle aux droits consacrés par l’art. 8 de la *Charte*. En

provisions of s. 488.1 which, either directly or indirectly, compromise the integrity of solicitor-client privilege.

(1) Absence or Inaction of Solicitor

The courts below all found that privilege may be lost through the absence or the inaction of the solicitor. Pursuant to s. 488.1(2), the sealing procedure is only engaged if “a lawyer . . . claims that a named client of his has a solicitor-client privilege” (emphasis added) in respect of the documents. If the solicitor is not present at the time and place of the search, the officers conducting the search must give the lawyer a reasonable opportunity to make the claim of privilege, as directed by s. 488.1(8). If no claim is made, they may seize the documents and freely examine their contents, thus causing the privilege to be lost. Similarly, the privilege may also be lost if the solicitor is present but fails to claim the privilege for whatever reason (incompetence, sickness or out of sheer nervousness arising out of having his or her office searched). See *Lavallee, supra*, at paras. 28 and 37; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 34; and, *Festing, supra*, at para. 17.

(2) The Naming of Clients

Courts have also identified another offensive aspect of s. 488.1(2) in the requirement that the lawyer name the client whose privilege is being threatened in order to engage the sealing procedure with respect to that client’s documents. The name of the client may very well be protected by solicitor-client privilege, although this is not always the case. See *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (B.C.S.C.); R. D. Manes and M. P. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), at p. 141. Where the name of the client is indeed privileged information, s. 488.1(2) compels the lawyer to choose between two different privileged items: the name of the client or the confidential documents targeted by the search. In these situations, s. 488.1(2) requires that one privilege be sacrificed so that the other may be salvaged. See *Lavallee, supra*, at para. 50; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para.

tirant cette conclusion, ces cours ont relevé plusieurs problèmes dans l’art. 488.1 qui, directement ou indirectement, compromettent l’intégrité du secret professionnel de l’avocat.

(1) L’absence ou l’inaction de l’avocat

Les cours d’instance inférieure ont toutes conclu que l’absence ou l’inaction de l’avocat pouvait entraîner la perte du privilège. Selon le par. 488.1(2), la mise sous scellés ne s’applique que si « un avocat [. . .] prétend qu’un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat » (je souligne) en ce qui concerne les documents. Si l’avocat n’est pas présent au moment et au lieu de la perquisition, les agents l’effectuant doivent lui donner une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège, conformément au par. 488.1(8). En l’absence d’objection, ils peuvent saisir les documents et en examiner le contenu, ce qui entraîne la perte du privilège. De même, il peut également y avoir perte du privilège si l’avocat est présent mais qu’il n’invoque pas le privilège pour quelque raison que ce soit (incompétence, maladie ou pure nervosité résultant de la perquisition dans son bureau). Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 28 et 37; *White*, par. 21; *Fink*, par. 34; et *Festing*, par. 17.

(2) Le nom des clients

Les tribunaux ont également relevé un autre aspect attentatoire du par. 488.1(2), soit l’exigence que l’avocat nomme le client dont le privilège est menacé pour que soit enclenchée la mise sous scellés des documents de ce client. Le nom de celui-ci peut fort bien être protégé par le secret professionnel de l’avocat, bien que cela ne soit pas toujours le cas. Voir la décision *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (C.S.C.-B.), et R. D. Manes et M. P. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), p. 141. Lorsque le nom du client constitue effectivement un renseignement privilégié, le par. 488.1(2) oblige l’avocat à choisir entre deux éléments privilégiés : le nom du client et les documents confidentiels visés par la perquisition. Dans de tels cas, le par. 488.1(2) exige qu’un privilège soit sacrifié pour que l’autre puisse être préservé. Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 50; *White*, par. 21;

39; *Festing, supra*, at para. 17, and *Several Clients, supra*, at para. 38.

(3) No Notice Given to Client

29

The courts below also criticized the fact that s. 488.1 fails to ensure that all interested clients are notified when their documents are about to be turned over to the investigators. Indeed, the procedure does not provide for the mandatory notification of privilege holders. This absence of notice is particularly striking when, as described above, the solicitor is absent or fails to act, thus irremediably depriving the client of the opportunity to assert his or her solicitor-client privilege. The absence of notice is the first step in a series of consequences which can be fatal to maintaining the confidentiality of privileged documents. See *Lavallee, supra*, at paras. 28-39; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 42; *Festing, supra*, at para. 17, and *Several Clients, supra*, at para. 38.

(4) Strict Time Limits

30

If the privilege is not asserted at the time of the search, for whatever reason, the seized documents may be examined by the investigating officers and prosecutors. Even if solicitor-client privilege is asserted at the time of the search, it may still be lost if the client or solicitor fails to move for “a place and a day . . . for the determination of the question whether the document should be disclosed” within 14 days of the search and seizure, as provided by s. 488.1(3)(a)(i) of the *Criminal Code*. In *Lavallee*, Côté J.A. further observed at para. 41: “The looming ‘14-day time’ limit under s. 488.1(3) is really only 10 to 11 days, because the subsection says that 2 days’ notice must be given. In view of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 27(2), that will eat up at least 3 days. Since the lawyer needs authority to move in court, and since only the client owns the privilege and can move, the 10 or 14 days might well be missed.” This time limit was held to be unreasonably strict and unworkable by the courts below. This procedural rigidity is exacerbated by the fact that no time extension can be granted without the consent of the Crown. See also *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 34; *Festing,*

Fink, par. 39; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(3) L’absence d’avis au client

Les cours d’instance inférieure ont également critiqué le fait que l’art. 488.1 ne garantit pas que tous les clients intéressés sont avisés lorsque leurs documents vont être remis aux enquêteurs. En effet, la procédure ne prévoit pas l’obligation d’aviser les détenteurs du privilège. Cette absence d’avis est particulièrement dramatique lorsque, comme je l’ai mentionné précédemment, l’avocat est absent ou n’intervient pas, ce qui prive irrémédiablement le client de la possibilité de faire valoir son privilège. L’absence d’avis constitue la première étape d’une série de conséquences susceptibles de mener à la perte de la confidentialité des documents privilégiés. Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 28-39; *White*, par. 21; *Fink*, par. 42; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(4) Les délais stricts

Si on ne fait pas valoir le privilège au moment de la perquisition, pour quelque raison que ce soit, les enquêteurs et les poursuivants peuvent examiner les documents saisis. Même si le privilège des communications entre client et avocat est invoqué au moment de la perquisition, il peut encore être perdu si le client ou l’avocat omet de présenter une requête demandant que soient « fix[és] une date [. . .] et un endroit, où sera décidée la question de savoir si le document doit être communiqué » dans un délai de 14 jours de la fouille, de la perquisition et de la saisie, comme le prévoit le sous-al. 488.1(3)a(i) du *Code criminel*. Dans *Lavallee*, le juge Côté a en outre fait remarquer au par. 41 que : [TRADUCTION] « Le délai apparent “de 14 jours” fixé au par. 488.1(3) est en réalité de seulement 10 ou 11 jours parce que cette disposition prévoit un avis de présentation de deux jours. Compte tenu du par. 27(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, cet avis aura pour effet d’éliminer au moins trois jours. Comme l’avocat doit avoir une autorisation pour présenter une requête à la cour et que seul le client détient le privilège et peut présenter une telle requête, il se pourrait bien que le délai de 10 ou 14 jours ne soit pas respecté. » Les cours

supra, at para. 17, and *Several Clients*, *supra*, at para. 38.

(5) Absence of Discretion

Even in cases where the privilege has been asserted at the first opportunity, if the strict procedures outlined above are not followed, the *Code* provides that the court has no remedial discretion to relieve the privilege holder from his or her default and maintain the confidentiality of the information claimed to be privileged. This means that if an application is not made within 14 days of the search for a judicial determination of the validity of the claim of privilege, and if the consent of the Attorney General cannot be obtained for an extension of time, the judge has no discretion under the *Code* and must order that the documents seized and held under seal be turned over to the prosecution. Pursuant to s. 488.1(6), “the judge shall order” (emphasis added) that the documents be delivered to the prosecuting authorities. See *White*, *supra*, at para. 21; *Fink*, *supra*, at para. 35. The courts in *Festing*, *supra*, and *Several Clients*, *supra*, also found this aspect to be particularly offensive.

(6) Access of the Attorney General Prior to Judicial Determination

Finally, some appellate courts took issue with the fact that, pursuant to s. 488.1(4)(b), the Attorney General may be allowed to inspect the documents where the judge is of the opinion that it would materially assist the court in determining the question of privilege. Several courts held that this subsection effectively nullifies solicitor-client privilege before it is even determined that such privilege exists. The courts were of the view that the Crown does not need to inspect the documents in order to make meaningful submissions with regards to the seized documents and that the issue of privilege could be determined without allowing the Attorney General

d’instance inférieure ont conclu que ce délai était déraisonnablement strict et impossible à respecter. Cette rigidité procédurale est exacerbée par le fait que le délai ne peut être prorogé sans le consentement du ministère public. Voir également les arrêts précités suivants : *White*, par. 21; *Fink*, par. 34; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(5) L’absence de pouvoir discrétionnaire

Même dans les cas où on fait valoir le privilège à la première occasion, le *Code* prévoit que, si les procédures strictes exposées précédemment ne sont pas suivies, la cour n’a pas le pouvoir discrétionnaire curatif de relever le détenteur du privilège de son défaut afin de préserver la confidentialité des renseignements qu’on prétend être privilégiés. Cela signifie que si, dans un délai de 14 jours de la perquisition, on ne demande pas au tribunal de statuer sur la validité de l’objection fondée sur le privilège et si on ne peut pas obtenir le consentement du procureur général à ce que le délai soit prorogé, le juge n’a aucun pouvoir discrétionnaire en vertu du *Code* et il doit ordonner que les documents saisis et conservés sous scellés soient remis à la poursuite. En vertu du par. 488.1(6), le « juge [. . .] doit ordonner » (je souligne) que les documents soient remis aux autorités chargées des poursuites. Voir les arrêts précités suivants : *White*, par. 21, et *Fink*, par. 35. Les cours ont également conclu, dans *Festing* et *Several Clients*, précités, que cet élément était particulièrement attentatoire.

(6) L’accès du procureur général avant qu’une décision judiciaire soit rendue

Enfin, certaines cours d’appel ont réprouvé le fait qu’en vertu de l’al. 488.1(4)(b), le juge peut, s’il est d’avis que cela aidera la cour à rendre sa décision sur la question du privilège, permettre au procureur général d’examiner les documents. Plusieurs tribunaux ont conclu que cette disposition avait pour effet de supprimer le privilège avant même qu’une décision ne soit rendue quant à son existence. Les tribunaux étaient d’avis que le ministère public n’avait pas besoin d’examiner les documents saisis pour présenter des observations utiles à leur égard et qu’on pouvait statuer sur la question du privilège sans permettre au procureur général d’avoir accès

to access the seized documents. In the first instance of *Festing*, Romilly J. opined at para. 82: “I fail to see how disclosure to the prosecuting authority for the purposes of determining privilege is a practical necessity. I appreciate that eventually someone will have to see the documents in order to decide privilege. But surely that someone does not have to be the prosecuting authority” ((2000), 31 C.R. (5th) 203). See also *Fink*, *supra*, at para. 34; *Festing* (C.A.), *supra*, at para. 19; *Several Clients*, *supra*, at para. 41.

aux documents saisis. En première instance, dans *Festing*, le juge Romilly a exprimé l’opinion suivante au par. 82 : [TRADUCTION] « je ne vois pas en quoi il est nécessaire en pratique de communiquer les documents à l’autorité poursuivante pour qu’une décision soit rendue sur le caractère privilégié. Je suis conscient du fait qu’éventuellement quelqu’un devra voir les documents pour trancher la question. Mais il n’est certainement pas nécessaire que cette personne soit l’autorité poursuivante » ((2000), 31 C.R. (5th) 203). Voir également les arrêts précités suivants : *Fink*, par. 34; *Festing* (C.A.), par. 19, et *Several Clients*, par. 41.

33

The legislative deficiencies described above were held to impair solicitor-client privilege beyond any tolerable constitutional limit by the appellate courts of British Columbia (*Festing*, *supra*), Nova Scotia (*Several Clients*, *supra*) and Ontario (*Fink*, *supra*; *Claus*, *supra*; and *Piersanti*, *supra*) who accordingly all struck down s. 488.1 of the *Criminal Code*. While it endorsed the grounds identified in *Lavallee* in finding that s. 488.1 was unconstitutional, the Court of Appeal for Newfoundland (*White*, *supra*) ultimately decided that the section could be saved in accordance with the guidelines given by this Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and by resorting to legislative severance and reading-in. More will be said on the issue of remedy further in these reasons.

Les déficiences législatives susmentionnées portent atteinte au secret professionnel de l’avocat à un point excédant toute limite constitutionnelle tolérable, d’après les cours d’appel de la Colombie-Britannique (*Festing*, précité), de la Nouvelle-Écosse (*Several Clients*, précité) et de l’Ontario (*Fink*, *Claus* et *Piersanti*, précités). Elles ont donc toutes annulé l’art. 488.1 du *Code criminel*. Bien qu’elle ait approuvé les motifs exposés dans *Lavallee*, selon lesquels l’art. 488.1 est inconstitutionnel, la Cour d’appel de Terre-Neuve (*White*, précité) a finalement décidé que cette disposition pouvait se justifier, en application des lignes directrices de la Cour dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et des techniques de la dissociation et de l’interprétation large. J’en dirai davantage sur la question de la réparation plus loin dans les présents motifs.

F. *Section 488.1 Violates Section 8 of the Charter*

F. *L’article 488.1 viole l’art. 8 de la Charte*

34

The proper approach to the constitutional issues here is under s. 8 of the *Charter*, and there is no need to undertake an independent s. 7 analysis. This was properly explained in *Fink* by Goudge J.A., at para. 15:

En l’espèce, il convient d’analyser les questions constitutionnelles selon l’art. 8 de la *Charte* et il n’y a pas lieu d’entreprendre une analyse distincte fondée sur l’art. 7. C’est ce que le juge Goudge a bien expliqué dans *Fink*, par. 15 :

While a seizure undertaken by the state in the course of a criminal investigation can be said to implicate s. 7 and while solicitor-client privilege is encompassed within the principles of fundamental justice, I think s. 8 provides a sufficient framework for analysis. If the procedure mandated by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of the documents in the possession of a lawyer, it surely accords with the principles of fundamental justice and vice versa.

[TRADUCTION] Bien qu’une saisie effectuée par l’État au cours d’une enquête criminelle puisse se rapporter à l’art. 7 et bien que le privilège des communications entre client et avocat fasse partie des principes de justice fondamentale, je crois que l’art. 8 prévoit un cadre d’analyse suffisant. Si la procédure prescrite par l’art. 488.1 donne lieu à une fouille, une perquisition ou une saisie raisonnable à l’égard des documents en la possession d’un avocat, elle est certainement conforme aux principes de justice fondamentale et vice versa.

If the procedure set out in s. 488.1 results in an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*, it follows that s. 488.1 cannot be said to comply with the principles of fundamental justice embodied in s. 7. See also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33, Cory J. stated that “[t]here are two distinct questions which must be answered in any s. 8 challenge. The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy.” A client has a reasonable expectation of privacy in all documents in the possession of his or her lawyer, which constitute information that the lawyer is ethically required to keep confidential, and an expectation of privacy of the highest order when such documents are protected by the solicitor-client privilege. This is not at issue in this case. I will therefore proceed immediately to the second step of the s. 8 analysis, namely the reasonableness of the statutory intrusion on the privacy interests of solicitor’s clients.

At this stage, the issue is whether the procedure set out by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of documents, including potentially privileged documents, in the possession of a lawyer. Indeed, s. 8 only protects against unreasonable searches and seizures: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In commenting on the fact that a reasonable search and seizure is permitted under s. 8 of the *Charter*, Dickson J. stated, at pp. 159-60:

This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

Si la procédure prévue à l’art. 488.1 donne lieu à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l’art. 8 de la *Charte*, on ne peut donc pas dire que cette disposition respecte les principes de justice fondamentale consacrés à l’art. 7. Voir également *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33, le juge Cory a déclaré que « [d]ans toute attaque fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes. La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée ». Le client a une attente raisonnable au respect du caractère privé de tous les documents en la possession de son avocat, lesquels constituent des renseignements dont l’avocat est tenu, sur le plan de l’éthique, de préserver la confidentialité, et son attente est du plus haut niveau lorsque ces documents sont protégés par le privilège du secret professionnel de l’avocat. Ces principes ne sont pas contestés en l’espèce. J’aborde donc immédiatement le deuxième volet de l’analyse relative à l’art. 8, à savoir le caractère raisonnable de l’atteinte par la loi aux droits à la vie privée du client.

À ce stade-ci, il s’agit de déterminer si la procédure prévue à l’art. 488.1 donne lieu à la perquisition et à la saisie raisonnables de documents en la possession d’un avocat, y compris les documents susceptibles d’être privilégiés. En effet, l’art. 8 protège uniquement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En commentant le fait que l’art. 8 de la *Charte* autorise les fouilles, les perquisitions et les saisies raisonnables, le juge Dickson a affirmé aux p. 159-160 :

Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Since *Hunter*, this Court has striven to strike an appropriate balance between privacy interests on the one hand and the exigencies of law enforcement on the other. See *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. Sometimes, however, the traditional balancing of interests involved in a s. 8 analysis is inappropriate. As it was stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 86, “the appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions”. Where the interest at stake is solicitor-client privilege — a principle of fundamental justice and civil right of supreme importance in Canadian law — the usual balancing exercise referred to above is not particularly helpful. This is so because the privilege favours not only the privacy interests of a potential accused, but also the interests of a fair, just and efficient law enforcement process. In other words, the privilege, properly understood, is a positive feature of law enforcement, not an impediment to it. This was emphasized by this Court in *McClure*, *supra*, where Major J., writing for the Court, stated, at paras. 32 and 34-35:

That solicitor-client privilege is of fundamental importance was repeated in *Jones*, *supra*, per Cory J., at para. 45:

The solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system. Well over a century ago in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649, the importance of the rule was recognized:

The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, . . . to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence . . . that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him should be kept secret, unless with his consent (for

Depuis *Hunter*, la Cour s’est efforcée d’établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et les exigences de l’application de la loi. Voir *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 665, et *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Il arrive cependant parfois que l’évaluation traditionnelle des intérêts en jeu dans une analyse relative à l’art. 8 soit inappropriée. Comme il est déclaré dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 86, « [l]e caractère approprié de l’évaluation dépend [. . .] de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu’ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques ». Lorsque l’intérêt en jeu est le secret professionnel de l’avocat — principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien — l’exercice d’évaluation habituel susmentionné n’est pas particulièrement utile. En effet, le privilège favorise non seulement le droit à la vie privée d’une personne susceptible d’être accusée, mais aussi le droit à ce que le processus d’application de la loi soit équitable et efficace. En d’autres termes, bien compris, le privilège est une caractéristique positive de l’application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci. C’est ce que la Cour a souligné dans *McClure*, précité, où le juge Major, au nom de la Cour, a déclaré ceci aux par. 32 et 34-35 :

Le juge Cory réitère l’importance fondamentale du secret professionnel de l’avocat dans l’arrêt *Jones*, précité, par. 45 :

Le secret professionnel de l’avocat est considéré depuis longtemps comme étant d’une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), à la p. 649 :

[TRADUCTION] L’objet et la teneur de la règle sont les suivants : comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu’un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [. . .] qu’il puisse, pour employer une expression populaire, tout avouer au professionnel qu’il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [. . .], qu’il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa part (car il s’agit de son privilège et non de

it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. *Jones, supra*, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public, *per* Cory J. at para. 51:

Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail.

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis added.]

Indeed, solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance. Accordingly, this Court is compelled in my view to adopt stringent norms to ensure its protection. Such protection is ensured by labeling as unreasonable any legislative provision that interferes with solicitor-client privilege more than is absolutely necessary. In short, in the specific context of law office searches for documents that are potentially protected by solicitor-client privilege, the procedure set out in s. 488.1 will pass *Charter* scrutiny if it results in a “minimal impairment” of solicitor-client privilege.

Minimal impairment has long been the standard by which this Court has measured the reasonableness of state encroachments on solicitor-client privilege. Recently, in *Brown, supra*, in defining the scope of the “innocence at stake” exception to solicitor-client privilege, this Court insisted that the

celui du mandataire qui reçoit l’information confidentielle), afin qu’il soit bien préparé à mener son procès.

Malgré son importance, le secret professionnel de l’avocat n’est pas absolu. Il est assujéti à des exceptions dans certains cas. Dans l’arrêt *Jones*, précité, par. 51, le juge Cory a examiné si le privilège devait être supplanté afin d’assurer la sécurité du public :

De la même façon qu’aucun droit n’est absolu, aucun privilège ne l’est, y compris celui du secret professionnel de l’avocat qui souffre des exceptions bien définies. La décision d’exclure des éléments de preuve qui seraient à la fois pertinents et d’une grande valeur probante parce qu’ils font l’objet du secret professionnel de l’avocat constitue une décision de principe qui est fondée sur l’importance que revêt ce privilège pour notre système judiciaire en général. Dans certains cas, toutefois, d’autres valeurs sociales doivent avoir prééminence.

Toutefois, le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Je souligne.]

En effet, le secret professionnel de l’avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence. Par conséquent, je suis d’avis que la Cour est tenue d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection, ce qu’elle fait en qualifiant d’abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire. En résumé, dans le cadre particulier des perquisitions dans des bureaux d’avocats visant des documents susceptibles d’être protégés par le secret professionnel de l’avocat, la procédure prévue à l’art. 488.1 résistera à l’examen de la *Charte* si elle donne lieu à une « atteinte minimale » au secret professionnel de l’avocat.

L’atteinte minimale constitue depuis longtemps la norme dont se sert la Cour pour mesurer le caractère raisonnable des atteintes au secret professionnel de l’avocat par l’État. Récemment, dans *Brown*, précité, en définissant la portée de l’exception de « la démonstration de l’innocence de l’accusé »

judge order the “production of only those communications that are necessary to allow an accused, whose innocence is otherwise at stake, to raise a reasonable doubt as to his guilt” (para. 77). In *Jones, supra*, this Court held at para. 77 that even where public safety is at stake, there must be a clear and imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group before solicitor-client privilege can be compromised. Moreover, where it is determined that these criteria are met, the majority in *Jones* held that “[t]he disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible” (para. 86). Major J., dissenting on another point, agreed at para. 28 that “solicitor-client privilege is a fundamental common law right of Canadians. . . . Anytime such a fundamental right is eroded the principle of minimal impairment must be observed”. As I noted earlier in these reasons at para. 20, the minimal impairment standard was also applied in *Descôteaux, supra*, where Lamer J. instructed justices of the peace to be “particularly demanding” when issuing warrants to search law offices, so to “limit the breach of this fundamental right [solicitor-client privilege] to what is strictly inevitable” (p. 891).

38 Does s. 488.1 more than minimally impair solicitor-client privilege? It is my conclusion that it does.

39 While I think it unnecessary to revisit the numerous statements of this Court on the nature and primacy of solicitor-client privilege in Canadian law, it bears repeating that the privilege belongs to the client and can only be asserted or waived by the client or through his or her informed consent (*Solosky, supra; Descôteaux, supra; Geffen, supra; Jones, supra; McClure, supra; Benson, supra*). In my view, the failings of s. 488.1 identified in numerous judicial decisions and described above all share one principal, fatal feature, namely, the potential breach of solicitor-client privilege without the client’s knowledge, let alone consent. The

applicable au secret professionnel de l’avocat, la Cour a insisté pour que le juge ordonne « uniquement la production des communications nécessaires pour permettre à l’accusé, dont l’innocence est en jeu, de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (par. 77). Dans *Jones*, précité, la Cour a conclu au par. 77 que, même lorsque la sécurité publique est en jeu, une personne ou un groupe de personnes identifiables doivent être clairement exposées au danger imminent d’être gravement blessées ou d’être tuées pour qu’on puisse compromettre le secret professionnel de l’avocat. Les juges majoritaires ont de plus conclu que « [l]a divulgation des communications protégées par le privilège doit en général être aussi limitée que possible » (par. 86). Dissident sur un autre point, le juge Major a convenu au par. 28 que le « privilège du secret professionnel de l’avocat est un droit fondamental des Canadiens en common law. [. . .] Chaque fois qu’il est porté atteinte à ce droit fondamental, le principe de l’atteinte minimale doit être respecté ». Comme je l’ai souligné auparavant dans les présents motifs au par. 20, la norme de l’atteinte minimale a aussi été appliquée dans *Descôteaux*, précité, où le juge Lamer a donné instruction aux juges de paix d’être « particulièrement exigeant[s] » lorsqu’ils décernent des mandats de perquisition visant des bureaux d’avocats, de manière à « limiter à ce qui est strictement inévitable l’atteinte au droit fondamental [le secret professionnel de l’avocat] » (p. 891).

L’article 488.1 porte-t-il atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l’avocat? Je conclus que tel est le cas.

Même si je considère qu’il est inutile de réexaminer les nombreuses déclarations de la Cour quant à la nature et à la primauté du secret professionnel de l’avocat en droit canadien, il est utile de répéter que le privilège appartient au client et que seul celui-ci peut l’invoquer ou y renoncer, directement ou par consentement éclairé (arrêts *Solosky, Descôteaux, Geffen, Jones, McClure* et *Benson*, précités). D’après moi, les lacunes de l’art. 488.1, mentionnées dans de nombreuses décisions judiciaires et décrites précédemment, ont toutes en commun une caractéristique dominante fatale, à savoir la violation potentielle du secret professionnel de l’avocat

fact that competent counsel will attempt to ascertain the whereabouts of their clients and will likely assert blanket privilege at the outset does not obviate the state's duty to ensure sufficient protection of the rights of the privilege holder. Privilege does not come into being by an assertion of a privilege claim; it exists independently. By the operation of s. 488.1, however, this constitutionally protected right can be violated by the mere failure of counsel to act, without instruction from or indeed communication with the client. Thus, s. 488.1 allows the solicitor-client confidentiality to be destroyed without the client's express and informed authorization, and even without the client's having an opportunity to be heard.

In that respect I note that s. 488.1(8), which requires the investigative officers to give reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made before examining, making copies or seizing any documents, is limited to a claim "to be made under subsection (2)". The claim under subs. (2) is of course the claim that the lawyer is required to make, at the time of the search, in order to trigger the further procedural protections provided for in s. 488.1. Therefore, under this statutory scheme, reasonable opportunity has to be provided to the privilege keeper, but not to the privilege holder, to ensure that the privileged information remains so. This positive obligation on counsel shifts the burden of guaranteeing the respect for *Charter* rights from the state to the lawyer. I stress here that I am making no adverse assumption about the competence, professionalism and integrity of lawyers. However, in the context of searches of law offices, it cannot simply be assumed that the lawyer is the *alter ego* of the client. The solicitor-client relationship may have been terminated long before the search. This of course does not displace the duty of loyalty owed by the solicitor to the client. But law office searches may place lawyers in a conflict of interest with their clients, or may place them in conflict regarding their ongoing duties to several present and former clients. I cannot see how s. 488.1(8), limited as it is, can raise this entire procedural scheme to a standard of constitutional reasonableness when it fails to address

sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti. Même si l'avocat compétent essaiera de joindre son client et qu'il invoquera vraisemblablement le privilège général dès le départ, l'État a l'obligation de veiller à ce que les droits du détenteur du privilège demeurent suffisamment protégés. Le privilège ne prend pas effet seulement au moment où il est invoqué; il existe indépendamment de sa revendication. Toutefois, selon l'art. 488.1, ce droit constitutionnel peut être violé du simple fait que l'avocat n'a pas agi, sans instructions en ce sens de la part de son client ou sans même qu'il y ait de communication avec lui. Ainsi, l'article 488.1 permet la perte de la confidentialité des communications entre avocat et client sans l'autorisation explicite et éclairée du client et sans même que celui-ci ait la possibilité d'être entendu.

Je souligne à cet égard que le par. 488.1(8), qui exige des enquêteurs qu'ils donnent aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat avant d'examiner ou de saisir des documents ou d'en faire des copies, prévoit seulement une objection « en vertu du paragraphe (2) ». Il s'agit évidemment de l'objection que l'avocat est tenu de formuler au moment de la perquisition pour faire entrer en jeu les protections procédurales additionnelles de l'art. 488.1. Par conséquent, en vertu de ce régime législatif, il faut fournir au gardien du privilège, mais pas à son détenteur, une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le secret professionnel de l'avocat pour préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. Cette obligation positive qui incombe à l'avocat déplace de l'État à l'avocat le fardeau de garantir que les droits protégés par la *Charte* sont respectés. Je tiens à souligner ici que je ne fais aucune supposition négative quant à la compétence, au professionnalisme et à l'intégrité des avocats. Cependant, dans le cadre des perquisitions dans des bureaux d'avocats, on ne peut pas simplement tenir pour acquis que l'avocat est l'*alter ego* du client. La relation entre l'avocat et le client peut avoir pris fin bien avant la perquisition, ce qui, naturellement, n'écarte pas l'obligation de loyauté de l'avocat envers le client. Mais les perquisitions dans des bureaux d'avocats peuvent mettre les avocats en conflit d'intérêts avec leurs clients ou

directly the entitlement that the privilege holder, the client, should have to ensure the adequate protection of his or her rights. Indeed, because of the complete lack of notification provisions within the s. 488.1 scheme, the client may not even be aware that his or her privilege is threatened.

41

In cases where it would not be feasible to notify the potential privilege holders that they need to assert their privilege in order to bar an intrusion by the state into these protected materials, at the very least independent legal intervention, for instance in the form of notification and involvement of the Law Society, would go a long way to afford the protection that is so lacking under the present regime. Indeed, this is done routinely as a matter of practice in Quebec, and occasionally elsewhere. For a detailed description of the practice in Quebec, see *Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, 161 C.C.C. (3d) 64 (Que. C.A.), at paras. 34 to 38, application for leave to appeal granted May 16, 2002, [2002] 2 S.C.R. vii.

42

I stress here again that the enactment of s. 488.1 represents an attempt to respect the solicitor-client privilege. However, in order to respect the constitutional imperatives, the enactment must strive to ensure that the chances of the state's accessing, through a search warrant, privileged information to which the state has no right of access, are reduced to their reasonable minimum. In my view, since the right of the state to access this information is, in law, conditional on the consent of the privilege holder, all efforts to notify that person, or an appropriate surrogate such as the Law Society, must be put in place in order for the section to conform to s. 8 of the *Charter*.

43

Another fatal flaw in the current statutory scheme is, in my view, the absence of judicial discretion

mettre en opposition leurs obligations permanentes à l'égard de plusieurs clients actuels et de plusieurs anciens clients. Je ne peux pas voir comment, limité comme il l'est, le par. 488.1(8) peut rendre l'ensemble de ce régime raisonnable du point de vue constitutionnel alors qu'il ne traite pas directement du droit que le détenteur du privilège, le client, devrait avoir pour veiller à la protection adéquate de ses droits. En effet, vu l'absence totale de disposition prévoyant l'obligation de donner avis sous le régime de l'art. 488.1, il se peut que le client ne sache même pas que son privilège est menacé.

Dans les cas où il ne serait pas possible d'aviser les détenteurs de privilège potentiels qu'ils doivent faire valoir leur privilège pour empêcher l'État d'avoir accès à ces documents protégés, une intervention légale indépendante, par exemple sous forme d'avis et de participation du Barreau, contribuerait certainement beaucoup à l'octroi de la protection qui fait si cruellement défaut dans le régime actuel. En effet, cette intervention est de pratique courante au Québec, et parfois ailleurs. Pour une description détaillée de la pratique québécoise, voir *Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 112 (C.A. Qué.), par. 34-38, demande d'autorisation de pourvoi accordée le 16 mai 2002, [2002] 2 R.C.S. vii.

Je souligne de nouveau ici que l'adoption de l'art. 488.1 vise à respecter le privilège des communications entre client et avocat. Toutefois, pour respecter les impératifs constitutionnels, la disposition doit faire en sorte, dans toute la mesure du possible, que soient réduites à leur minimum raisonnable les chances que l'État ait accès, au moyen d'un mandat de perquisition, à des renseignements privilégiés auxquels il n'a pas droit. À mon avis, comme le droit de l'État d'obtenir ces renseignements est, en droit, conditionnel au consentement du détenteur du privilège, il faut que toutes les mesures nécessaires à la notification de cette personne ou d'un substitut convenable comme le Barreau soient mises en place pour que la disposition soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

Une autre lacune fatale du régime législatif actuel est, d'après moi, l'absence de pouvoir discrétionnaire

in the determination of the validity of an asserted claim of privilege. I am not unduly concerned with the apparently strict time limits imposed by the *Code* for this issue to be dealt with, as I believe that a proper interpretation of these provisions would permit a court to relieve a party from its default to comply with the statutory time line, for instance on consent, in the interest of justice. However, I cannot see how one can read a residual judicial discretion in s. 488.1(6) which confers an entitlement on the Crown to access the seized documents if an application has not been made, or has not been proceeded with, with the dispatch required by subss. (2) and (3). The language is clear, "the judge shall" order the documents released to the prosecution. Short of replacing the word "shall" with the word "may" by way of constitutional remedy, a point to which I will return below, I cannot see how, as a matter of sound statutory interpretation, one can interpret this provision as containing an element of judicial discretion. Again, measured against the constitutional standard of reasonableness in s. 8 of the *Charter*, this mandatory disclosure of potentially privileged information, in a case where the court has been alerted to the possibility of privilege by the fact that the documents were sealed at the point of search, cannot be said to minimally impair the privilege. It amounts to an unjustifiable vindication of form over substance, and it creates a real possibility that the state may obtain privileged information that a court could very well have recognized as such. In my view, reasonableness dictates that courts must retain a discretion to decide whether materials seized in a lawyer's office should remain inaccessible to the state as privileged information if and when, in the circumstances, it is in the interest of justice to do so.

I also find an unjustifiable impairment of the privilege in the provision in s. 488.1(4)(b), which permits the Attorney General to inspect the seized documents where the applications judge is of the opinion that it would materially assist him or her in deciding whether the document is privileged.

du juge qui statue sur la validité de l'objection fondée sur le privilège. Je ne m'inquiète pas indûment des délais apparemment stricts prescrits par le *Code* pour l'examen de cette question car j'estime que, bien interprétées, ces dispositions permettent au tribunal de relever une partie de son défaut de se conformer au délai légal, par exemple suivant un consentement, dans l'intérêt de la justice. Je ne vois cependant pas comment on peut déceler un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge au par. 488.1(6), qui confère au ministère public un droit d'accès aux documents saisis si on n'a fait aucune demande, ou si on n'a pas donné suite à celle-ci, avec la célérité requise par les par. (2) et (3). Le libellé de cette disposition est clair : le « juge [. . .] doit » ordonner la remise des documents à la poursuite. À moins que le mot « doit » soit remplacé par le mot « peut » par voie de réparation constitutionnelle, point sur lequel je reviendrai plus loin, je ne vois pas comment, aux fins d'une saine interprétation des lois, on peut interpréter cette disposition comme comportant un certain pouvoir discrétionnaire judiciaire. Encore une fois, selon la norme constitutionnelle du caractère raisonnable que renferme l'art. 8 de la *Charte*, on ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège dans un cas où la cour a été mise au courant de la possibilité de l'existence de celui-ci par la mise sous scellés des documents au moment de la perquisition. Cette communication obligatoire revient à faire prédominer de façon injustifiable la forme sur le fond et crée la possibilité réelle que l'État obtienne des renseignements qu'un tribunal peut fort bien reconnaître comme étant privilégiés. À mon avis, la norme du caractère raisonnable dicte que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de décider si les documents saisis dans le bureau d'un avocat doivent demeurer inaccessibles à l'État en raison de leur caractère privilégié lorsque, dans les circonstances, il est dans l'intérêt de la justice qu'ils le demeurent.

J'estime également que l'al. 488.1(4)(b) porte atteinte de façon injustifiable au privilège, car il permet au procureur général d'examiner les documents saisis lorsque le juge des demandes est d'avis que cela l'aiderait à rendre sa décision sur leur caractère privilégié. La Commission de réforme du droit

This particular aspect of s. 488.1 was disapproved of by the Law Reform Commission of Canada who felt that “granting the Crown access to confidential communications passing between a solicitor and his client would diminish the public’s faith in the administration of justice and create a potential for abuse” (p. 60). See Law Reform Commission of Canada, Report 24, *Search and Seizure* (1984), Recommendation Seven, at p. 58. I agree. As Goudge J.A. stated at para. 40 of his reasons in *Fink, supra*: “The effect of this provision is the complete loss of the protection afforded by the very privilege that may subsequently be determined to apply.” It should be noted however that while the substantive aspect of the privilege is irremediably lost by operation of s. 488.1(4)(b), its evidentiary component remains untouched and continues to protect the privileged documents from being entered into evidence. See *Borden & Elliot, supra*, at p. 343. However, in my opinion and as Southey J. recognized in that case, “[i]t would be small comfort indeed” for the privilege holder that the law prevents the introduction of his or her confidential documents into evidence when their contents have already been disclosed to the prosecuting authority. Ultimately, any benefit that might accrue to the administration of justice from the Crown’s being in a better position to assist the court in determining the existence of the privilege is, in my view, greatly outweighed by the risk of disclosing privileged information to the state in the conduct of a criminal investigation. I also cannot understand the logic of the argument that the Crown should be trusted not to use information obtained under that provision if it subsequently proved to have been the proper subject of a privilege. If, as would be the case under this provision, the conduct of the Crown examining the documents would have been entirely lawful, it is difficult to understand why the Crown should then refrain from making use of such knowledge lawfully acquired. In the end, this provision is unduly intrusive upon the privilege and of limited usefulness in determining its existence.

du Canada a désapprouvé cet élément particulier de l’art. 488.1. À cet égard, elle affirme : « en permettant au ministère public d’avoir accès [aux] communications [confidentielles], on risquerait de diminuer la confiance du public dans l’administration de la justice. De plus, certains redoutent les abus possibles » (p. 68). Voir Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 24, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (1984), Recommandation sept, p. 66. Je suis d’accord. Comme le juge Goudge l’a affirmé au par. 40 de ses motifs dans *Fink*, précité, [TRADUCTION] « Une telle disposition a pour effet d’éliminer complètement la protection conférée par le privilège même qui pourrait par la suite s’appliquer au document ». Il convient de noter, toutefois, que même si l’aspect substantiel du privilège est irrémédiablement perdu par application de l’al. 488.1(4)b), la règle de preuve demeure inchangée et continue à protéger les documents privilégiés en empêchant qu’ils soient présentés en preuve. Voir *Borden & Elliot*, précité, p. 343. Mais, à mon avis, et comme l’a reconnu le juge Southey dans cette affaire, [TRADUCTION] « [c]e serait vraiment une mince consolation » pour le détenteur du privilège que de savoir que la loi empêche la présentation en preuve de ses documents confidentiels alors que leur contenu a déjà été dévoilé à l’autorité poursuivante. Enfin, à mon avis, le danger que des renseignements privilégiés soient communiqués à l’État au cours d’une enquête criminelle l’emporte largement sur tout avantage pour l’administration de la justice qui pourrait découler du fait que le ministère public serait en meilleure position pour aider la cour à statuer sur l’existence du privilège. En outre, je ne peux pas comprendre la logique de l’argument selon lequel on peut être sûr que le ministère public n’utilisera pas les renseignements obtenus en vertu de cette disposition s’il est démontré par la suite que ceux-ci sont effectivement privilégiés. Si, comme cela aurait été le cas en vertu de cette disposition, l’examen des documents par le ministère public avait été entièrement légal, il est difficile de comprendre pourquoi ce dernier aurait dû ensuite se garder d’utiliser ces connaissances légalement acquises. En fin de compte, cette disposition porte indûment atteinte au privilège et a une utilité limitée pour la détermination de son existence.

In short, in my opinion, s. 488.1 fails to ensure that clients are given a reasonable opportunity to exercise their constitutional prerogative to assert or waive their privilege. Far from upholding solicitor-client confidentiality, s. 488.1 permits the privilege to fall through the interstices of its inadequate procedure. The possible automatic loss of protection against unreasonable search and seizure through the normal operation of the law cannot be reasonable. Nor can the provision be infused with reasonableness in a constitutional sense on the basis of an assumption that the prosecution will behave honourably and, for instance, initiate a review under s. 488.1(3), if neither the client nor the lawyer has done so, or refrain from exercising the right to inspect the sealed documents, even though authorized to do so by the reviewing judge, as contemplated by s. 488.1(4)(b). As Cory J. observed in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4: "Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control." Even more so, I would add that the constitutionality of a statutory provision cannot rest on an expectation that the Crown will refrain from doing what it is permitted to do.

For these reasons, I find that s. 488.1 more than minimally impairs solicitor-client privilege and thus amounts to an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. The appellants did not make any submissions on the issue of whether s. 488.1 could be saved under s. 1 of the *Charter* in the event it was found to be unconstitutional, as I have found it to be. Although this Court has left open the possibility that violations of ss. 7 and 8 could be saved under s. 1 in exceptional circumstances, this is clearly not such a case. See *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *Hunter*, *supra*; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 78. See also

45
En résumé, j'estime que l'art. 488.1 ne garantit pas aux clients une occasion raisonnable d'exercer leur prérogative constitutionnelle de faire valoir leur privilège ou d'y renoncer. Loin de protéger la confidentialité des communications entre client et avocat, l'art. 488.1 entraîne la disparition du privilège en raison des failles de la procédure prescrite. La perte automatique possible de la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives par l'application normale de la loi ne peut pas être raisonnable. On ne peut pas non plus conférer à la disposition un caractère raisonnable du point de vue constitutionnel en se fondant sur la présomption que la poursuite se comportera de façon honorable et, par exemple, qu'elle demandera la révision visée par le par. 488.1(3) si le client et l'avocat ne l'ont pas fait ou qu'elle s'abstiendra d'exercer le droit d'examiner les documents scellés même si le juge chargé de la révision l'y autorise conformément à l'al. 488.1(4)(b). Comme le juge Cory l'a fait remarquer dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 : « Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. » J'irais même jusqu'à ajouter que la constitutionnalité d'une disposition législative ne peut pas reposer sur l'attente que le ministère public s'abstienne de faire ce qu'il lui est permis de faire.

46
Pour ces motifs, je conclus que l'art. 488.1 porte atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l'avocat et qu'il équivaut donc à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Les appelants n'ont présenté aucune observation sur la question de savoir si l'art. 488.1 pouvait être justifié par l'article premier de la *Charte* dans l'hypothèse où on le jugerait inconstitutionnel, comme je l'ai fait. Bien que la Cour ait prévu la possibilité que des violations des art. 7 et 8 puissent être justifiées par l'article premier dans des cas exceptionnels, il ne s'agit clairement pas d'un tel cas en l'espèce. Voir les arrêts suivants : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité;

D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 24-25 and 245. In particular, if, as here, the violation of s. 8 is found to consist of an unjustifiable impairment of the privacy interest protected by that section, everything else aside, it is difficult to conceive that the infringement could survive the minimal impairment part of the *Oakes* test. See *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 802-3. I therefore conclude that s. 488.1 could not be saved by s. 1: while effective police investigations are indisputably a pressing and substantive concern, s. 488.1 cannot be said to establish proportional means to achieve that objective inasmuch as it more than minimally impairs solicitor-client privilege.

V - Remedy

47

In *White, supra*, the Court of Appeal for Newfoundland held that the constitutional failings in s. 488.1 could be cured by a remedial interpretation of that section, resorting to such techniques as severance and reading-in. By contrast, the appellate courts in *Lavallee, supra*, and *Fink, supra*, thought it best to declare s. 488.1 unconstitutional and not engage in any judicial re-crafting of the impugned provision on the basis that, given the complexities involved, “[i]t is better that Parliament have a chance to sort all this out.” (*Lavallee, supra*, at para. 105)

48

Some of the procedural shortcomings of s. 488.1 could be addressed by such techniques as severance or reading in. For instance, s. 488.1(4)(b) could be severed from the rest of the section, thus removing the offensive provision permitting the Attorney General to inspect documents that may be privileged. Section 488.1(3)(a) could be read to include after the words “within fourteen days” and “not later than twenty-one days” the expression: “or such time as the court deems appropriate”. However, these are not at the heart of the constitutional infirmity of the provision. The need to ensure that privilege holders are given a genuine opportunity to enforce the

Hunter, précité, et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 78. Voir également D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 24-25 et 245. En particulier, si, comme en l’espèce, la violation de l’art. 8 est jugée constituer une atteinte injustifiable au droit à la vie privée protégé par cette disposition, toute autre chose à part, il est difficile de concevoir que cette violation puisse résister au volet de l’atteinte minimale du critère de l’arrêt *Oakes*. Voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 802-803. Je conclus donc que l’art. 488.1 ne peut pas être justifié par l’article premier : bien que l’efficacité des enquêtes policières soit incontestablement une préoccupation de fond urgente, on ne peut pas dire que l’art. 488.1 prévoit des moyens proportionnés pour atteindre cet objectif dans la mesure où il porte atteinte au secret professionnel de l’avocat d’une façon plus que minimale.

V - La réparation

Dans *White*, précité, la Cour d’appel de Terre-Neuve a conclu qu’on pouvait remédier aux lacunes constitutionnelles de l’art. 488.1 par une interprétation réparatrice de cette disposition, en recourant à des techniques comme la dissociation et l’interprétation large. Par contre, dans *Lavallee* et *Fink*, précités, les cours d’appel ont jugé préférable de déclarer l’art. 488.1 inconstitutionnel et de ne pas reformuler la disposition contestée au motif que, étant donné les subtilités en cause, [TRADUCTION] « [i]l est préférable que le législateur ait la possibilité de démêler tout cela ». (*Lavallee*, précité, par. 105)

On peut remédier à certaines des lacunes procédurales de l’art. 488.1 par des méthodes comme la dissociation et l’interprétation large. Par exemple, on pourrait dissocier l’al. 488.1(4)(b) du reste de l’article, éliminant ainsi la disposition attentatoire qui permet au procureur général d’examiner des documents susceptibles d’être privilégiés. On pourrait interpréter l’al. 488.1(3)(a) comme comprenant, après les termes « dans un délai de quatorze jours » et « au plus tard vingt et un jours », l’expression « ou dans tout autre délai que la cour juge approprié ». Toutefois, ces termes ne se situent pas au cœur du vice constitutionnel de la disposition. Une

protection of their confidential communications to their lawyers, at the time when they need the protection of the law the most, cannot easily be met by a judicial redrafting of the provision. Neither can the need to ensure that the courts are given enough flexibility and discretion to remain the protectors of constitutional rights and the guardians of the law. In my view, the process for seizing documents in the possession of a lawyer is indeed a delicate matter, which presents some procedural options that are best left to Parliament. It also requires that legislation be carefully drafted. This Court is not asked to rewrite s. 488.1, nor am I inclined to do so. Rather, I think the proper course of action is to declare s. 488.1 unconstitutional and strike it down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As Côté J.A. properly observed in *Lavallee, supra*, at para. 105: “There is doubtless more than one constitutional way to legislate to alleviate the legitimate concerns of the police, of lawyers, and of their clients, over privilege claims during searches. Parliament should be allowed to choose that way which it thinks most apt.” However, Parliament’s prerogative to legislate anew in this area of criminal law enforcement would be better exercised, in my view, with the benefit of further consultation with those charged or affected by its interpretation and application.

In the interim, I will articulate the general principles that govern the legality of searches of law offices as a matter of common law until Parliament, if it sees fit, re-enacts legislation on the issue. These general principles should also guide the legislative options that Parliament may want to address in that respect. Much like those formulated in *Descôteaux, supra*, the following guidelines are meant to reflect the present-day constitutional imperatives for the protection of solicitor-client privilege, and to govern both the search authorization process and the

reformulation judiciaire de la disposition ne peut pas aisément combler le besoin d’assurer que les détenteurs du privilège aient une occasion réelle de veiller à la protection de la confidentialité de leurs communications avec leurs avocats au moment où ils ont le plus besoin de la protection de la loi. Cette reformulation ne peut pas non plus aisément combler le besoin d’assurer que les tribunaux jouissent de la souplesse et du pouvoir discrétionnaire nécessaires pour garantir qu’ils demeurent les protecteurs des droits constitutionnels et les gardiens de la loi. D’après moi, la saisie de documents en la possession d’un avocat est effectivement une question délicate comportant des choix de procédure qu’il incombe davantage au législateur de faire. Ce processus exige également que les dispositions législatives soient rédigées avec soin. On n’a pas demandé à la Cour de rédiger de nouveau l’art. 488.1, et je ne suis pas encline à le faire non plus. J’estime plutôt qu’il convient de déclarer l’art. 488.1 inconstitutionnel et de l’annuler aux termes de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme le juge Côté l’a fait remarquer à bon droit dans *Lavallee, précité*, par. 105, [TRADUCTION] « [i]l y a certes plus d’une façon constitutionnelle de légiférer de manière à dissiper les craintes légitimes de la police ainsi que des avocats et de leurs clients relativement aux objections fondées sur le privilège formulées lors de perquisitions. Le législateur doit pouvoir choisir la procédure qu’il estime la plus convenable ». Toutefois, le législateur exercerait mieux, à mon avis, sa prérogative d’adopter de nouvelles dispositions dans ce domaine d’application du droit criminel s’il consultait davantage les personnes chargées de leur interprétation et de leur application ainsi que celles touchées par celles-ci.

Entre-temps, je formule les principes généraux régissant la légalité, en common law, des perquisitions dans des bureaux d’avocats jusqu’à ce que le législateur juge bon d’adopter de nouvelles dispositions législatives sur la question. Ces principes généraux doivent aussi guider les choix législatifs que le législateur peut vouloir examiner à cet égard. Comme celles qui ont été formulées dans *Descôteaux, précité*, les lignes directrices qui suivent visent à refléter les impératifs constitutionnels actuels en matière de protection du secret

general manner in which the search must be carried out; in this connection, however, they are not intended to select any particular procedural method of meeting these standards. Finally, it bears repeating that, should Parliament once again decide to enact a procedural regime that is restricted in its application to the actual carrying out of law office searches, justices of the peace will accordingly remain charged with the obligation to protect solicitor-client privilege through application of the following principles that are related to the issuance of search warrants:

1. No search warrant can be issued with regards to documents that are known to be protected by solicitor-client privilege.
2. Before searching a law office, the investigative authorities must satisfy the issuing justice that there exists no other reasonable alternative to the search.
3. When allowing a law office to be searched, the issuing justice must be rigorously demanding so to afford maximum protection of solicitor-client confidentiality.
4. Except when the warrant specifically authorizes the immediate examination, copying and seizure of an identified document, all documents in possession of a lawyer must be sealed before being examined or removed from the lawyer's possession.
5. Every effort must be made to contact the lawyer and the client at the time of the execution of the search warrant. Where the lawyer or the client cannot be contacted, a representative of the Bar should be allowed to oversee the sealing and seizure of documents.
6. The investigative officer executing the warrant should report to the justice of the peace the

professionnel de l'avocat et à régir à la fois l'autorisation des perquisitions et la manière générale dont elles doivent être effectuées; à cet égard, cependant, elles ne visent pas à privilégier une méthode procédurale particulière en vue de respecter ces normes. Enfin, je tiens à répéter que, si le législateur décide de nouveau d'adopter un régime procédural dont l'application se limite à la perquisition dans des bureaux d'avocats, les juges de paix auront, par voie de conséquence, l'obligation de protéger le secret professionnel de l'avocat en appliquant les principes suivants concernant la délivrance des mandats de perquisition :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.
4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.
5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour

efforts made to contact all potential privilege holders, who should then be given a reasonable opportunity to assert a claim of privilege and, if that claim is contested, to have the issue judicially decided.

7. If notification of potential privilege holders is not possible, the lawyer who had custody of the documents seized, or another lawyer appointed either by the Law Society or by the court, should examine the documents to determine whether a claim of privilege should be asserted, and should be given a reasonable opportunity to do so.
8. The Attorney General may make submissions on the issue of privilege, but should not be permitted to inspect the documents beforehand. The prosecuting authority can only inspect the documents if and when it is determined by a judge that the documents are not privileged.
9. Where sealed documents are found not to be privileged, they may be used in the normal course of the investigation.
10. Where documents are found to be privileged, they are to be returned immediately to the holder of the privilege, or to a person designated by the court.

Solicitor-client privilege is a rule of evidence, an important civil and legal right and a principle of fundamental justice in Canadian law. While the public has an interest in effective criminal investigation, it has no less an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. Confidential communications to a lawyer represent an important exercise of the right to privacy, and they are central to the administration of justice in an adversarial system. Unjustified, or even accidental infringements of the privilege erode the public's confidence in the fairness of the criminal justice system. This is why all efforts must be made to protect such confidences.

joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.

7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

Le secret professionnel de l'avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu'un principe de justice fondamentale en droit canadien. Même si le public a intérêt à ce que les enquêtes criminelles soient menées efficacement, il a tout autant intérêt à préserver l'intégrité de la relation avocat-client. Les communications confidentielles avec un avocat constituent un exercice important du droit à la vie privée et elles sont essentielles pour l'administration de la justice dans un système contradictoire. Les atteintes au privilège injustifiées, voire involontaires, minent la confiance qu'a le public dans l'équité du système de justice criminelle. C'est pourquoi il ne faut ménager aucun effort pour protéger la confidentialité de ces communications.

VI - Conclusion

50

I conclude that s. 488.1 violates s. 8 of the *Charter* and must be struck down. It cannot be saved under s. 1. Accordingly, I would dismiss the appeals in *Lavallee, supra*, and *Fink, supra*. In *Fink*, the respondent should have his costs of the appeal in light of the agreement of the Crown to that effect. In *White, supra*, I would allow the appeal and I would set aside the decision of the Court of Appeal for Newfoundland to rewrite the impugned section; I would dismiss the cross-appeal.

51

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

There is no need to answer the question.

2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

There is no need to answer this question.

3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

52

I agree with my colleague Justice Arbour that lawyers' important role in the litigation process — as officers of the court and as advisers in the dispensing of legal advice — requires that the solicitor-client privilege be strictly upheld. However, I disagree with her finding that s. 488.1 of the *Criminal Code*,

VI - Conclusion

Je conclus que l'art. 488.1 viole l'art. 8 de la *Charte* et qu'il doit être annulé. Il ne peut pas être justifié par l'article premier. En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans les affaires *Lavallee* et *Fink*, précitées. Dans *Fink*, l'intimé devrait avoir droit aux dépens vu que le ministère était d'accord à cet égard. Dans l'affaire *White*, précitée, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve, dans lequel elle a réécrit la disposition contestée; je rejetterais le pourvoi incident.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

I. Introduction

Je conviens avec ma collègue le juge Arbour que le rôle important des avocats dans les recours judiciaires — en tant qu'officiers de justice et en tant que conseillers juridiques — exige que le privilège des communications entre client et avocat soit strictement respecté. Toutefois, je ne partage pas sa

R.S.C. 1985, c. C-46, is unconstitutional, a finding she reaches on the basis of a strict and rigid interpretation of the statute and on the premise that lawyers will not discharge their professional duties in a diligent and competent manner, as required by their codes of professional conduct. Save for s. 488.1(4), s. 488.1 can be interpreted in a manner that comports with constitutional guarantees by assuming, as courts should, that lawyers will discharge their obligations to their clients in a manner which reflects their status as, sometimes, officers of the court, and, always, as independent professionals playing a key function in the life of the Canadian legal system. Section 488.1 represents a well-targeted legislative response to judgments of this Court and to the need to address the problems which attend searches and seizures executed in lawyers' offices. It aims at protecting privilege, not at destroying it. It builds on jurisprudential and legislative rules governing the issuance of search warrants. As a result, it does not infringe either s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

As Arbour J. states in her reasons, the facts are straightforward and not subject to much interpretation; I need not repeat them. The legal issues, on the other hand, have proven to be far more problematic. First, I will turn to the problems of statutory interpretation in the context of constitutional litigation. I will then review the legal underpinnings of a finding of unconstitutionality, in light of the nature and function of the legal profession in Canadian society. I will move on to a discussion of the specific provisions which are being challenged in these appeals. This analysis will lead to a different disposition of these appeals than that proposed by Arbour J.

II. Legislative Interpretation and Constitutional Litigation

Techniques of legal interpretation are many, often subtle and, at times, apparently in conflict one with

conclusion selon laquelle l'art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est inconstitutionnel, conclusion qu'elle fonde sur une interprétation stricte de la loi et à partir du principe selon lequel les avocats ne rempliront pas les devoirs de leur profession avec diligence et compétence, comme l'exigent leurs codes de déontologie. Sauf en ce qui concerne le par. 488.1(4), l'art. 488.1 peut s'interpréter d'une façon qui respecte les garanties constitutionnelles si on présume, comme devraient le faire les tribunaux, que les avocats s'acquitteront de leurs obligations envers leurs clients d'une manière qui reflète leur statut, parfois, d'officiers de justice et, toujours, de professionnels indépendants qui jouent un rôle-clé dans le fonctionnement du système juridique canadien. L'article 488.1 constitue une réponse bien ciblée sur le plan législatif aux arrêts de la Cour et à la nécessité de traiter les problèmes qui se posent lors des fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans les cabinets d'avocats. Il vise à protéger le privilège des communications entre client et avocat et non à le supprimer. Il s'appuie sur les règles jurisprudentielles et législatives régissant la délivrance des mandats de perquisition. Par conséquent, il ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme le mentionne le juge Arbour dans ses motifs, les faits sont simples et n'exigent pas beaucoup d'interprétation. Il n'y a donc pas lieu de les reprendre. Par contre, les questions juridiques se sont avérées beaucoup plus problématiques. D'abord, je traiterai des problèmes d'interprétation législative dans le contexte d'un litige constitutionnel. J'examinerai ensuite le fondement juridique d'une conclusion d'inconstitutionnalité, compte tenu de la nature et de la fonction de la profession d'avocat dans la société canadienne. Puis je passerai à l'étude des dispositions précises contestées dans les présents pourvois. Cette analyse donnera lieu à un dispositif différent de celui proposé par le juge Arbour en l'espèce.

II. Interprétation législative et litige constitutionnel

Les techniques d'interprétation législative sont nombreuses, souvent subtiles et, parfois, elles

another. Nevertheless, over time, key rules have emerged that play a major part in constitutional litigation. The interpreter looks first at the purpose of the statute as this Court held in the well-known and oft-cited *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21 (see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26). Given this overriding principle, if there is ambiguity, the interpreter then looks for an interpretation that will save the law rather than render it unconstitutional. However, if no reasonable interpretation that is consistent with the purpose and wording of the Act can be found, the statute will be held invalid. In the course of such an analysis, courts must remember that constitutionality is presumed and that invalidity must be shown. Nevertheless, ambiguity may not be artificially created in order to save a statute. (See *Bell ExpressVu*, at para. 28.)

55

The rule that, whenever different reasonable legislative interpretations remain possible, a construction which saves the validity of the law must be preferred, has been often stated. For example, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J. (as he then was) confirmed, at p. 1078, its validity and relevance in the context of *Charter* litigation as a central principle of constitutional interpretation:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Chartier*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

56

The Court has remained faithful to this interpretive approach in constitutional litigation. In *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, McLachlin C.J. thus observed, at para. 33, that it supplements the purposive interpretation adopted in *Rizzo*:

Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter* If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and

entrent apparemment en conflit l'une avec l'autre. Néanmoins, au fil des ans, ont émergé des règles importantes qui jouent un rôle majeur dans tout litige constitutionnel. Celui qui interprète une loi en examine d'abord l'objet comme la Cour l'a jugé dans l'arrêt bien connu et souvent cité *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 (voir également *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26). Étant donné ce principe suprême, en cas d'ambiguïté, il cherche ensuite une interprétation qui va justifier la loi plutôt que la rendre inconstitutionnelle. Cependant, si on ne peut trouver d'interprétation raisonnable qui s'harmonise avec l'objet et le libellé de la Loi, celle-ci sera déclarée invalide. Dans le cadre d'une telle analyse, les tribunaux doivent se rappeler que la constitutionnalité se présume et que l'invalidité doit être prouvée. Toutefois, on ne peut pas créer artificiellement l'ambiguïté en vue de justifier une loi (voir *Bell ExpressVu*, par. 28).

La règle selon laquelle il faut préférer, dans les cas où différentes interprétations législatives raisonnables demeurent plausibles, l'interprétation qui reconnaît la validité de la loi a été souvent réitérée. Par exemple, dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a confirmé, à la p. 1078, la validité et la pertinence de cette règle dans le contexte d'un litige fondé sur la *Charte* comme principe fondamental d'interprétation constitutionnelle :

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

La Cour est restée fidèle à cette méthode d'interprétation dans les litiges constitutionnels. Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, le juge en chef McLachlin a ainsi fait remarquer, au par. 33, que cette méthode ajoute à l'interprétation fondée sur l'objet qui a été adoptée dans *Rizzo* :

Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* [. . .] Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et

in a way that is not, the former reading should be adopted.

(See also *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at pp. 1071-72, *per* Lamer C.J.; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 751, *per* Iacobucci J.; see also D. Pinard, “Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1990), 35 *McGill L.J.* 305, at p. 328.)

Thus, whether an infringement of the *Charter*, and more particularly of s. 8, has been made out will turn, in part, on the content and meaning of the statutory provisions at issue. Content and meaning, in turn, need to be examined in the legislative context of the provisions at issue in order to characterize s. 488.1 of the *Criminal Code* accurately.

III. Nature and Purpose of Section 488.1

Section 488.1 does not stand in isolation. While it concerns the execution of search warrants, their issuance is governed by s. 487 and jurisprudential rules developed by this Court, more particularly in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Briefly stated, s. 487 requires a judicial authorization based on reasonable and probable grounds. Although concerns may have been voiced at times about the allegedly routine character of this process and the corresponding lack of effective control, such concerns are not warranted by the wording of the impugned provision and the nature of the duties imposed on the authorizing judge. As in the case of other forms of judicial authorization of investigative procedures, those duties must be discharged carefully in order to maintain standards consistent with the *Charter* principles governing searches and seizures or breaches of privacy interests by state action. (See, for example, *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at paras. 29-39.)

The judgment of our Court in *Descôteaux* also requires the authorizing judge to perform his or her own assessment of the need to issue a warrant. The applicant must demonstrate the absence of a reasonable alternative to the search. Warrants for search

constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue.

(Voir également *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1071-1072, le juge en chef Lamer; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 751, le juge Iacobucci; voir également D. Pinard, « Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1990), 35 *R.D. McGill* 305, p. 328.)

Ainsi, la question de savoir si on a établi un manquement à la *Charte*, et plus particulièrement à l’art. 8, dépendra, en partie, de la teneur et du sens des dispositions législatives en cause. Il faut examiner à leur tour la teneur et le sens dans le contexte législatif de ces dispositions afin de qualifier correctement l’art. 488.1 du *Code criminel*.

III. La nature et l’objet de l’art. 488.1

L’article 488.1 ne peut être étudié isolément. Il traite, certes, de l’exécution de mandats de perquisition, mais leur délivrance est régie par l’art. 487 et les règles jurisprudentielles établies par la Cour, plus particulièrement dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. En bref, l’art. 487 exige l’autorisation d’un tribunal fondée sur des motifs raisonnables et probables. Il se peut, parfois, qu’on se soit dit préoccupé par le soi-disant caractère routinier de ce processus et le manque corrélatif de contrôle réel, mais de telles préoccupations ne sont pas justifiées par le libellé de la disposition contestée et par la nature des obligations imposées au juge autorisant les mandats. Comme dans le cas d’autres formes d’autorisation judiciaire de procédures d’enquête, il faut remplir ces obligations avec soin afin de maintenir des normes compatibles avec les principes énoncés dans la *Charte* qui régissent les fouilles, perquisitions et saisies ou visent la violation du droit à la vie privée de la part de l’État. (Voir, par exemple, *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 29-39.)

Selon l’arrêt *Descôteaux* rendu par la Cour, il faut également que le juge saisi de la demande d’autorisation évalue lui-même s’il est nécessaire de décerner un mandat. Le demandeur doit prouver qu’il n’existe aucune autre solution de rechange raisonnable à la

57

58

59

and seizure in law firms are not to be issued without a searching inquiry into the grounds and the alternatives, given the critically important nature of the solicitor-client privilege (*Descôteaux, supra*, at pp. 883-84 and at p. 890). In addition to reviewing the grounds advanced by the applicant, these rules imply that at the authorizing stage, the judge should take care to inquire into the nature of material to be searched and as to the possible existence of professional privilege.

60 Section 488.1 which, as my colleague points out, was adopted in response to *Descôteaux*, kicks in at the next stage, after the issuance of the warrant. It is designed to govern its execution and to address the problems arising out of a search carried out in a very particular environment. The provisions of this section of the *Criminal Code* do not abrogate, though, the general principles governing the issuance of search warrants targeting law offices. They remain part of the legal framework which must be considered in any discussion of the constitutional validity of s. 488.1 under s. 8 of the *Charter*.

61 Is this execution process so flawed that it should be found unreasonable and thus invalid under s. 8? For a variety of reasons, the judges in the courts below found it to be so. The alleged defects of this procedure are reviewed in the reasons of my colleague. They can be reduced to a few propositions. First, the procedure sets strict timetables which are unrealistic and are likely to lead to loss of privilege. Secondly, courts do not have any residual discretion to grant relief in cases where claims of privilege are not made in a timely manner. Therefore, the privilege may be lost through inaction of counsel without the courts' being able to control or stop the release of confidential information. Thirdly, the requirement to "name" the client in order to raise a claim of privilege would itself breach the privilege. Finally, on top of all this looms the possibility of Crown access to the seized documents under s. 488.1(4).

fouille ou perquisition. Les mandats de perquisition et de saisie dans les cabinets d'avocats ne peuvent être décernés qu'après enquête sur les motifs et les solutions de rechange, étant donné l'extrême importance du privilège des communications entre client et avocat (*Descôteaux*, précité, p. 883-884 et 890). En plus de l'examen des motifs exposés par le demandeur, ces règles impliquent qu'à l'étape de l'autorisation, le juge devrait prendre soin d'enquêter sur la nature des documents visés par la perquisition et sur l'existence possible du secret professionnel.

L'article 488.1, qui, comme le signale ma collègue, a été adopté en réponse à l'arrêt *Descôteaux*, intervient à l'étape suivante, après la délivrance du mandat. Il vise à régir l'exécution du mandat et à traiter des problèmes découlant d'une fouille ou perquisition effectuée dans un environnement très particulier. Cet article du *Code criminel* n'abroge cependant pas les principes généraux régissant la délivrance de mandats de perquisition visant les cabinets d'avocats. Ces principes continuent de faire partie du cadre juridique qu'il faut prendre en considération dans tout débat sur la constitutionnalité de l'art. 488.1 sous le régime de l'art. 8 de la *Charte*.

Ce processus d'exécution est-il imparfait au point qu'il faille le considérer comme abusif et invalide en vertu de l'art. 8? Pour diverses raisons, les juges des tribunaux d'instance inférieure en ont conclu ainsi. Ma collègue a examiné dans ses motifs les vices dont serait entachée cette procédure. Les allégations peuvent se ramener à quelques propositions. Premièrement, la procédure fixe des délais rigoureux dont le caractère irréaliste risque de mener à la perte du privilège. Deuxièmement, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire résiduel pour accorder une réparation, dans les cas où les objections fondées sur le privilège ne sont pas formulées en temps utile. Par conséquent, la perte du privilège peut survenir par inaction de l'avocat sans que les tribunaux puissent contrôler ou arrêter la communication de renseignements confidentiels. Troisièmement, l'obligation de « désigner nommément » le client pour soulever une objection fondée sur le privilège porterait elle-même atteinte au privilège. En dernier lieu, à tout cela s'ajoute la possibilité pour le ministère public d'avoir accès, en vertu du par. 488.1(4), aux documents saisis.

In my view, such propositions paint a picture of a procedure more concerned with destroying solicitor-client privilege than with protecting it. This is not, in reality, the case. It may be so if we disregard the safeguards built into the process of issuing search warrants as well as those which form part of the execution procedure in s. 488.1 itself. The acknowledgement of these safeguards which are inherent in the process requires a proper understanding of the role of counsel in the implementation of the provisions at issue and, perhaps more broadly, their duty as gatekeepers of our justice system, to act with diligence and competence.

A. *Lawyers and Section 488.1*

I must confess to very mixed feelings of puzzlement, concern and disbelief when dealing with some of the arguments raised in order to challenge the impugned provision. In particular, I have great difficulty with a finding of unconstitutionality based on the assumption that lawyers will not act with diligence or competence. For a long time, I have thought that lawyers belong to a vibrant, active, perhaps at times aggressive profession. I still have a vision of Canadian law societies representing a body of well-trained and diligent lawyers, with perhaps a few black sheep, here and there, to be culled once in a while. I retain the hope that, when faced with a challenge to the interests of a client, past or present, they will rise to the occasion and do what needs to be done in a timely, diligent and competent manner. The argument made now would actually require Parliament to build safeguards into criminal legislation itself against negligence, inattention, slowness in action and sloppiness in management and organization. Any lesser standards would breach the relevant *Charter* guarantees.

A finding of unconstitutionality based on the assumption that lawyers will not perform their duties with diligence and competence does not reflect the importance the jurisprudence of our Court attaches to the legal profession and to the essential role its

À mon avis, de telles propositions dépeignent une procédure visant davantage à miner le privilège des communications entre client et avocat qu'à le protéger. Ce n'est, en fait, pas le cas. Il pourrait en être ainsi dans la mesure où nous ne tenons pas compte des garanties prévues dans le processus de délivrance des mandats de perquisition et de celles qui font partie de la procédure d'exécution à l'art. 488.1 lui-même. La reconnaissance de ces garanties inhérentes au processus exige une bonne compréhension du rôle des avocats dans la mise en œuvre des dispositions en cause et, peut-être, plus généralement, de leur obligation, en tant que gardiens de notre système juridique, d'agir avec diligence et compétence.

A. *Les avocats et l'art. 488.1*

Je dois avouer que certains des arguments qu'on a soulevés pour contester la disposition en question me laissent à la fois perplexe, inquiet et incrédule. En particulier, j'ai beaucoup de difficulté à accepter la conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats n'agiront pas avec diligence ou compétence. Je pense depuis longtemps que les avocats appartiennent à une profession vibrante, active, peut-être parfois trop énergique. J'ai encore des barreaux canadiens la vision qu'ils représentent un corps d'avocats diligents et chevronnés, avec peut-être quelques moutons noirs, ici et là, à éliminer de temps à autre. Je garde l'espoir que, lors de la contestation des droits d'un client, présent ou passé, ils se montreront à la hauteur de la situation et feront ce qui doit être fait, en temps utile, avec diligence et compétence. L'argument présenté maintenant exigerait en réalité que le législateur prévoie dans la législation pénale elle-même des garanties contre la négligence, l'inattention, la lenteur à agir et le laisser-aller dans la gestion et l'organisation. Toute norme moindre porterait atteinte aux garanties pertinentes prévues par la *Charte*.

Une conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats ne rempliront pas leurs devoirs avec diligence et compétence ne reflète pas l'importance que la jurisprudence de la Cour attache à la profession d'avocat et au rôle

members are expected to play in the administration of justice and the upholding of the rule of law in Canadian society. Legislative provisions such as s. 488.1 must be interpreted keeping such a context in mind.

65

The role that lawyers play in society is so important that it has found its way into the Constitution of our country. At the time of an arrest, s. 10(b) of the *Charter* grants everyone the right “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. The right to the effective assistance of counsel is viewed as one of the principles of fundamental justice, as Major J. said in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at para. 24:

Today the right to effective assistance of counsel extends to all accused persons. In Canada that right is seen as a principle of fundamental justice. It is derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Lawyers are viewed as playing a critical function in the administration of justice. They can be properly characterized as “officers of the court”, as Gonthier J. said in *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 49:

Accordingly, the essential role that the advocate is called upon to play in our society cannot be overemphasized. Advocates are officers of the court. By their oath of office, they solemnly affirm that they will fulfill the duties of their profession with honesty, integrity and justice and will comply with the various statutory provisions governing the practice of that profession. . . .

66

Some years before in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. had emphasized, at p. 187, the reliance of the justice system on the existence of the legal profession and the competent discharge of its duties to its clients, the courts and society:

It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. . . . I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to

essentiel que ses membres sont censés jouer dans l’administration de la justice et le maintien de la règle de droit dans la société canadienne. Les dispositions législatives telles que l’art. 488.1 doivent être interprétées compte tenu d’un tel contexte.

Le rôle que les avocats jouent dans la société est tellement important qu’il a trouvé place dans la Constitution de notre pays. Lors d’une arrestation, l’al. 10b) de la *Charte* accorde à chacun le droit « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit ». Le droit à l’assistance effective d’un avocat est considéré comme l’un des principes de justice fondamentale, comme le dit le juge Major dans *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 24 :

Aujourd’hui, tout inculpé a droit à l’assistance effective d’un avocat. Au Canada, ce droit est considéré comme un principe de justice fondamentale. Il découle de l’évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les avocats sont considérés comme remplissant une fonction décisive dans l’administration de la justice. On peut les qualifier à juste titre d’« officiers de justice », comme le mentionne le juge Gonthier dans *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 49 :

En ce sens, on ne saurait trop insister sur le rôle essentiel que l’avocat est appelé à jouer dans notre société. L’avocat est un officier de justice. Par son serment d’office, il affirme solennellement qu’il remplira les devoirs de sa profession avec honnêteté, fidélité et justice et qu’il se conformera aux diverses dispositions législatives qui régissent son exercice . . .

Quelques années auparavant dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre avait insisté, à la p. 187, sur le fait que le système juridique dépend de la profession d’avocat et de la compétence avec laquelle elle s’acquitte de ses devoirs envers ses clients, les tribunaux et la société :

Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d’une importance fondamentale dans l’administration de la justice tant en matière criminelle qu’en matière civile. [. . .] [J]e soulignerai qu’en l’absence d’une profession juridique

play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state.

Legislatures have granted law societies broad powers in order to monitor access to the profession and its exercise. The overriding purpose of these powers is to maintain the competence of lawyers and to make sure that their conduct reflects the high ethical standards expected of them. (See *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 41-42, *per* Gonthier J.)

Moreover, whether it is the pride or the bane of our civil and criminal procedure, Canadian courts rely on an adversarial system. An impartial and independent judge oversees the trial. He or she must make sure that it remains fair and is conducted in accordance with the relevant laws and the principles of fundamental justice. Nevertheless, the operation of the system is predicated upon the presence of opposing counsel. They are expected to advance often sharply conflicting views. They are also responsible for introducing evidence and presenting argument to the court, in a spirit of sometimes vigorous confrontation. Within limits, when the fairness and fundamental legality of the process may be at stake, courts do not attempt to second-guess the tactical decisions of lawyers, which will usually bind their clients, for better or for worse (*G.D.B.*, *supra*, at paras. 26-35, *per* Major J.). An independent and competent Bar has long been an essential part of our legal system. For this purpose, lawyers have rights and privileges, but obligations flow from them. Section 488.1 is built upon this assumption.

B. *The Structure and Application of Section 488.1*

As mentioned above, the discussion in this case has focussed on the application of s. 8 of the *Charter*. Our Court must inquire as to whether the process of execution established by s. 488.1 should be characterized as form of an unreasonable search and seizure within the meaning of s. 8 and the principles which have developed since *Hunter v. Southam*

indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire.

Les provinces ont accordé de vastes pouvoirs aux barreaux afin de surveiller l'accès à la profession et à son exercice. Ces pouvoirs visent essentiellement à maintenir la compétence des avocats et à faire en sorte que leur conduite reflète les normes élevées de déontologie que l'on attend d'eux. (Voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 41-42, le juge Gonthier.)

De plus, que ce soit l'orgueil ou la faiblesse de notre procédure en matière civile et en matière criminelle, les tribunaux canadiens s'appuient sur un système accusatoire. Un juge impartial et indépendant veille à la bonne marche du procès. Il s'assure que le procès reste équitable et se déroule conformément aux lois pertinentes et aux principes de justice fondamentale. Néanmoins, le fonctionnement du système se fonde sur la présence d'avocats adverses. On s'attend à ce qu'ils avancent souvent des opinions nettement opposées. Ils sont également chargés de présenter des éléments de preuve et des arguments au tribunal, dans un esprit de confrontation parfois vigoureuse. Jusqu'à un certain point, lorsque l'équité et la légalité fondamentale du processus peuvent être en jeu, les tribunaux n'essayent pas de remettre en question les décisions tactiques des avocats, qui lieront habituellement leurs clients, pour le meilleur ou pour le pire (*G.D.B.*, précité, par. 26-35, le juge Major). Un barreau indépendant et compétent constitue depuis longtemps un élément essentiel de notre système juridique. À cette fin, les avocats ont des droits et des privilèges, mais il en découle des obligations. L'article 488.1 repose sur cette hypothèse.

B. *Le régime et l'application de l'art. 488.1*

Tel que mentionné ci-dessus, le débat en l'espèce a surtout porté sur l'application de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour doit déterminer si le processus d'exécution établi par l'art. 488.1 devrait être considéré comme une forme de fouille, de perquisition et de saisie abusives au sens de l'art. 8 et des principes qui ont été énoncés depuis *Hunter c. Southam*

67

68

69

Inc., [1984] 2 S.C.R. 145. If the process is irretrievably flawed, no amount of trust in the future good behaviour and restraint of prosecutors and police will save it. On the other hand, if the legal structure is sound and allows for the protection of the rights at stake, the possibility of designing a better scheme for handling instances of error or of inappropriate action by the state and its agents will not render the provision at issue constitutionally void. The source of the unconstitutionality must be found in the legislation itself (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at paras. 70-73 and 82, *per* Binnie J.; at paras. 203-5, *per* Iacobucci J. (dissenting in part)).

70

In my view, the Crown does not attempt to save the legislation based on the promise or expectation that searches will be carried out in a careful manner by state agents, mindful of the constitutional values at stake. Rather, it advances the proposition that lawyers are the guardians of professional privilege and of the confidentiality of communications with their clients, past and present. The impugned legislation, which quite properly concerns searches in lawyers' offices, establishes a procedure under which counsel will be given the opportunity, in the name and in the interest of their clients, to raise a claim of privilege. Given that the search takes place in particular surroundings, the key problem is whether, in such circumstances, the legislation provides adequate procedures and safeguards. The Crown advances the proposition that everything is in place to allow a lawyer who is aware of his or her obligations and of the ethical standards of his or her profession to raise the issue of privilege and confidentiality in a timely manner.

71

The law does not shift the burden of preserving *Charter* rights to the bar. On the contrary, it establishes a well designed system, which acknowledges the existence of professional privilege, as a constitutionally protected right. The provisions of the *Criminal Code* put in place reasonable and adequate safeguards in order to protect it against illegal searches and seizures. Such provisions, as well as others dealing with other rights guaranteed by the Constitution, do not become unconstitutional

Inc., [1984] 2 R.C.S. 145. Si le processus est irrémédiablement vicié, ce n'est pas la confiance dans la bonne conduite et la retenue futures des poursuivants et des policiers qui le sauveront. Par contre, si le régime légal est fiable et permet la protection des droits en jeu, la possibilité de concevoir un meilleur régime pour traiter des erreurs commises ou des actes inappropriés posés par l'État et ses mandataires ne rendra pas inconstitutionnelle la disposition en cause. La source de l'inconstitutionnalité doit se trouver dans la loi même (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 70-73 et 82, le juge Binnie; par. 203-205, le juge Iacobucci (dissident en partie)).

À mon avis, le ministère public n'essaie pas de justifier la loi en se fondant sur la promesse ou l'espoir que les mandataires de l'État effectueront les fouilles ou perquisitions avec soin et conformément aux valeurs constitutionnelles en jeu. Il défend plutôt l'idée que les avocats sont les gardiens du secret professionnel et de la confidentialité des communications avec leurs clients, présents ou passés. La loi contestée, qui concerne à juste titre les perquisitions dans les cabinets d'avocats, établit une procédure en vertu de laquelle les avocats auront la possibilité, au nom et dans l'intérêt de leurs clients, de soulever une objection fondée sur le privilège. Étant donné que la perquisition a lieu dans un cadre particulier, le problème principal est de savoir si, dans ces cas, la loi prévoit des procédures et des garanties adéquates. Selon le ministère public, tout est en place pour permettre à l'avocat qui est au courant de ses obligations et des normes de déontologie de sa profession de soulever la question du privilège et de la confidentialité en temps utile.

La loi ne déplace pas vers le barreau le fardeau de protection des droits garantis par la *Charte*. Au contraire, elle établit un régime bien conçu, qui reconnaît l'existence du privilège professionnel en tant droit protégé par la Constitution. Les dispositions du *Code criminel* prévoient des garanties raisonnables et adéquates pour le protéger contre les fouilles, perquisitions et saisies illégales. Ces dispositions, ainsi que d'autres dispositions sur d'autres droits garantis par la Constitution, ne deviennent

merely because they may be misapplied by judges or lawyers or because counsel may fail to invoke them at the opportune moment or in an appropriate manner. The legislative scheme must be assessed on its own merits. In this context, given the nature of the safeguards in the provisions under review, I agree that, as long as society and courts can assume that lawyers will behave in a competent and ethical manner, the impugned law grants adequate protection to professional privilege and to the interests of the clients of law firms. It therefore meets the constitutional standards of s. 8 — as it would of s. 7 if it was engaged — save for s. 488.1(4). In enacting the impugned provision, Parliament adequately addressed the problems flagged by this Court in *Descôteaux*.

As has been seen, the challenge to the validity of the impugned law turns on a few concerns. First, the time limit to raise the objection of professional privilege is too short and rigid. Rights could thus be lost through the inaction of counsel, with the courts' lacking authority to grant relief to clients. No provision is made for notice to clients. Moreover, lawyers are compelled to name their client in order to claim privilege.

These concerns paint a picture of a system which operates in a mechanistic way, with no room for flexibility or judicial discretion. They further reflect an underlying assumption that lawyers will not do what is necessary to protect their client's *Charter* rights during a search of their offices. These concerns ground what amounts to an argument that legislation should be drafted, not in the expectation of the normal behaviour of the actors involved in the process, like counsel, but rather in the perspective of apprehended systemic failure.

C. Time Limits

Lawyers face short time limits throughout the judicial process, including the initial raising of the claim of professional privilege in respect of some

pas inconstitutionnelles du simple fait que des juges ou des avocats risquent de mal les appliquer ou que l'avocat risque de ne pas les invoquer en temps utile ou de façon appropriée. Il faut évaluer le régime législatif objectivement. Dans ce contexte, étant donné la nature des garanties contenues dans les dispositions en cause, je suis d'accord pour dire que, tant que la société et les tribunaux peuvent supposer que les avocats agiront avec compétence et selon leur code de déontologie, la loi contestée accorde une protection adéquate au secret professionnel et aux droits des clients des cabinets d'avocats. Cette loi satisfait donc aux normes constitutionnelles de l'art. 8 — tout comme ce serait le cas de celles de l'art. 7 si ce dernier était concerné — sauf en ce qui a trait au par. 488.1(4). En adoptant la disposition contestée, le législateur a traité correctement des problèmes signalés par la Cour dans *Descôteaux*.

Comme on l'a vu, la contestation de la validité de la loi repose sur quelques préoccupations. D'abord, le délai pour soulever l'objection du secret professionnel est trop court et manque de souplesse. Il peut y avoir perte de droits par inaction des avocats, les tribunaux n'ayant pas le pouvoir d'accorder réparation aux clients. Aucune disposition ne prévoit d'avis à l'intention des clients. En outre, les avocats sont tenus de nommer leur client pour formuler une objection fondée sur le privilège.

Ces préoccupations dépeignent un système qui fonctionne de façon mécanique, sans laisser de place à la souplesse ou au pouvoir discrétionnaire du tribunal. Elles reflètent de plus une hypothèse sous-jacente selon laquelle les avocats ne feront pas le nécessaire pour protéger les droits que la *Charte* accorde à leur client durant une perquisition dans leurs bureaux. Elles reposent sur ce qui équivaut à un argument selon lequel la loi devrait être rédigée non pas d'après ce qui devrait être le comportement normal des personnes impliquées dans le processus, comme les avocats, mais plutôt dans la perspective d'une omission systémique redoutée.

C. Les délais

Les avocats font face à de courts délais dans tout le processus judiciaire, y compris la formulation initiale de l'objection fondée sur le secret

72

73

74

files. This is not the sole instance of a short procedural time limit in civil or criminal procedure. Counsel are aware of such constraints and usually factor them in the organization of their practice. Moreover, the picture of lawyers and staff passively standing by while the police rummage through the firm's files, seizing them and carting them away, appears highly hypothetical, to say the least. Even the most incompetent lawyer or the most absent-minded legal assistant or law clerk would not confuse a squad of R.C.M.P. or Sûreté du Québec officers armed with a search warrant, barging into the reception room, with the pizza man. In any firm, large or small, this kind of event should ring a few bells and trigger some kind of a response. A reasonably competent lawyer should be expected to realize that a question of privilege could arise, that he or she would need to review some or all of the files sought by the police and should make a claim of privilege where necessary.

75

Section 488.1 provides for a procedure to raise immediately the claim of privilege. The section also imposes a duty on the officers carrying out the seizure to make sure that the interested parties have an adequate opportunity to make a claim of privilege. In this respect, s. 488.1(8) states a key principle which should inform the application and interpretation of the provision at issue:

(8) No officer shall examine, make copies of or seize any document without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made under subsection (2).

Once a claim is made, the documents cannot be accessed by the seizing officer. If no adequate opportunity has been given to raise the privilege, the legality of the seizure and of the further use of the documents may be challenged as illegal and unreasonable.

76

Provided a claim is made, either the Attorney General or the lawyer, in the name of the client, may apply to a court to set down a hearing in order to

professionnel à l'égard de certains dossiers. Ce n'est pas le seul cas de court délai en procédure civile ou pénale. Les avocats sont au courant de telles contraintes et en tiennent compte dans l'organisation de l'exercice de leur profession. De plus, l'image des avocats et de leur personnel qui attendent passivement pendant que les policiers fouillent dans les dossiers du cabinet, les saisissant et les emportant, semble pour le moins très hypothétique. Même l'avocat le plus incompetent ou le clerc ou l'assistant d'un avocat le plus distrait ne confondraient pas avec le livreur de pizza une escouade de la G.R.C. ou de la Sûreté du Québec munie d'un mandat de perquisition et faisant irruption à l'accueil. Dans tous les cabinets, petits ou grands, ce genre d'événement devrait mettre en éveil les intéressés et déclencher une certaine réaction. On devrait s'attendre à ce qu'un avocat raisonnablement compétent se rende compte qu'une question de privilège pourrait se poser, qu'il aurait besoin d'examiner une partie ou l'ensemble des dossiers recherchés par les policiers et qu'il devrait invoquer, au besoin, le secret professionnel.

L'article 488.1 prévoit une procédure pour soulever immédiatement l'objection fondée sur le privilège. Il impose également aux agents de police effectuant la saisie l'obligation de s'assurer que les parties intéressées aient une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège. À cet égard, le par. 488.1(8) mentionne un principe clé qui devrait fournir des renseignements sur l'application et l'interprétation de la disposition en cause :

(8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat en vertu du paragraphe (2).

Une fois l'objection formulée, le fonctionnaire qui effectue la saisie ne peut avoir accès aux documents. Si les intéressés n'ont pas une bonne occasion d'invoquer le privilège, la saisie et l'utilisation future des documents peuvent être contestées au motif de leur illégalité et de leur caractère abusif.

Pourvu qu'une objection soit formulée, le procureur général ou l'avocat au nom du client peut s'adresser à une cour pour que soit fixée une

decide whether the documents should be disclosed (s. 488.1(3)). The motion must be made within 14 days from the time the documents are put under custody.

Admittedly, this time limit is short. However, its brevity does not render it unconstitutional. No constitutional right to procrastination exists. Short time limits are common in criminal and civil procedure. They often appear necessary for a timely and efficient disposition of claims, whatever their nature may be. Competent lawyers are fully acquainted with these time limits; part of their work is to monitor them. Thus, lawyers are required to be on the alert and ready to move quickly when time limits loom large. It puts a burden on them, but one for which their training and their ethical standards have prepared them. Moreover, the procedures under s. 488.1 relate to criminal investigations where the interests of the administration of justice and of all parties concerned militate in favour of a quick and efficient resolution of the matter. The *Charter* itself views undue delay as undesirable, as s. 11(b) grants a constitutional right to be tried within a reasonable time. This constitutional principle imposes a significant burden on the Crown in the conduct of criminal prosecutions: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Short as it is, the 14-day time limit does not appear to have been designed as a trap for overworked or careless lawyers, but as a procedural constraint designed to speed things up and move them to a quick disposition. This provision establishes a procedure which allows a reasonably diligent and competent lawyer to bring the concerns about a possible breach of solicitor-client privilege before a court.

In the parties' argument on the validity of s. 488.1, much was made of the asserted rigidity of the time limits and the impossibility of the lawyer or the client obtaining relief if the motion is not brought in the 14-day period. My colleague seems to agree that this concern is overrated. Although s. 488.1 does not grant in so many words the power

audience visant à décider si les documents doivent être communiqués (par. 488.1(3)). La requête doit être présentée dans les 14 jours à compter du moment où les documents sont mis sous garde.

Il faut reconnaître que le délai est court. Cependant, sa brièveté ne le rend pas inconstitutionnel. Il n'existe pas de droit constitutionnel à la procrastination. Les courts délais ne sont pas rares en procédure civile et en procédure pénale. Ils semblent souvent nécessaires pour qu'il soit disposé de façon opportune et efficace des objections, quelle qu'en soit la nature. Les avocats compétents connaissent bien ces délais; cela fait partie de leur travail de veiller à ces délais. Donc, les avocats doivent être vigilants et prêts à agir rapidement lorsque l'expiration des délais paraît imminente. Cela leur impose un fardeau, mais leur formation et leur code de déontologie les y ont préparés. En outre, les procédures prévues à l'art. 488.1 se rapportent aux enquêtes criminelles dans lesquelles les intérêts de l'administration de la justice et de toutes les parties concernées militent en faveur d'un traitement rapide et efficace de l'affaire. La *Charte* elle-même considère le délai indu comme étant déraisonnable, car l'al. 11b) accorde le droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce principe constitutionnel impose un lourd fardeau au ministère public dans la conduite des poursuites pénales : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Même s'il est court, le délai de 14 jours ne semble pas avoir été conçu comme un piège pour les avocats débordés de travail ou négligents, mais comme une contrainte procédurale visant à accélérer les choses et à les faire régler rapidement. Cette disposition établit une procédure qui permet à l'avocat raisonnablement diligent et compétent de faire part au tribunal de ses craintes quant à une atteinte possible au privilège des communications entre client et avocat.

Dans leur argumentation au sujet de la validité de l'art. 488.1, les parties ont beaucoup insisté sur la prétendue rigidité des délais et sur l'impossibilité pour l'avocat ou le client d'obtenir réparation si la requête n'est pas présentée dans les 14 jours. Ma collègue semble être d'accord pour dire que cette préoccupation est surestimée. Bien que l'art.

to extend the time limit, the trend of jurisprudential developments in respect of time limits and limitation periods has been to acknowledge the existence of a broad judicial power to grant relief or extend time limits. Under the most stringent tests, a showing of inability or impossibility to act within the stated time has been found sufficient to grant an extension or other appropriate relief. Considerations of fairness in the process remain determinative (*Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at para. 66, McLachlin J. (as she then was); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 41; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), at p. 867; *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299).

79

The existence of such a power should put to rest the concern about the lack of notice to clients and the difficulties a lawyer may face when tracking down a client in such circumstances. First, it must be observed that the procedure is targeted at a professional who is or was the agent or adviser of a client. Also, the identity and whereabouts of the client are sometimes better known to the lawyers. In such a context, the failure to include a requirement of notice to the client does not amount to a flaw. The impugned law merely provides for a mechanism which will allow the information to reach the client if the lawyer discharges his or her professional obligations with a reasonable degree of diligence and competence. Moreover, the procedure under s. 488.1 is not inflexible. If the lawyer cannot reach the client within the 14-day time limit or is concerned that this may prove difficult, the motion may so state and the court may grant postponements and provide for special forms of service or notice of the proceedings. If all else fails, as discussed above, courts may grant relief from the operation of the time limit itself, in the appropriate circumstances, either to the lawyer or to the client.

488.1 ne confère pas expressément le pouvoir de proroger le délai, la tendance de la jurisprudence à l'égard des délais ordinaires et des délais de prescription a été de reconnaître l'existence d'un vaste pouvoir des tribunaux d'accorder réparation ou de proroger les délais. Selon les critères les plus rigoureux, la preuve de l'incapacité ou de l'impossibilité d'agir dans le délai mentionné a été considérée comme étant suffisante pour que soit accordée une prorogation ou une autre réparation appropriée. Les considérations d'équité dans le processus restent déterminantes (*Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 66, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 41; *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), p. 867; *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299).

L'existence d'un tel pouvoir devrait dissiper toute crainte au sujet de l'absence d'avis aux clients et des difficultés auxquelles un avocat peut faire face lorsqu'il essaie de joindre un client dans ces circonstances. D'abord, on doit remarquer que la procédure cible un professionnel qui est ou était le mandataire ou le conseiller d'un client. De plus, l'identité du client et le lieu où il se trouve sont parfois mieux connus des avocats. Dans un tel contexte, le fait de ne pas avoir prévu l'obligation de donner un avis au client n'équivaut pas à un vice. La loi contestée prévoit simplement un mécanisme qui permettra que l'information se rende jusqu'au client si l'avocat s'acquitte de ses obligations professionnelles avec une diligence et une compétence raisonnables. En outre, la procédure prévue à l'art. 488.1 demeure flexible. Si l'avocat ne peut pas joindre le client dans les 14 jours ou craint pouvoir difficilement le faire, il peut le mentionner dans la requête et la cour peut accorder un report du délai et prévoir une forme spéciale d'avis ou de signification de la procédure. En désespoir de cause, comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux peuvent relever l'avocat ou le client des conséquences de l'écoulement du délai, dans les circonstances appropriées.

D. *Naming the Client*

The parties who challenge the constitutionality of s. 488.1 submit that the procedure established by the impugned provision is also flawed because it requires the lawyer to identify the client by their name, which in itself would breach the privilege. As explained by my colleague, names of clients are not always privileged. Privilege in respect of names of clients appears to be more of an exception than a general rule. But in cases where the identity of the client itself would be considered as privileged, it is necessary to inquire as to whether s. 488.1(2) actually requires that the lawyer identify the client. It is one possible interpretation. Nevertheless, as the Attorney General for Ontario submitted in his factum, naming does not necessarily amount to identifying by name. The name used may not be the true or full name of an individual. The impugned provision seeks to avoid broad claims of privilege. It requires that claims of privilege be raised in respect of specific files and clients, which must be designated in some manner. Nothing would prevent the lawyer from stating that client Z has a right to the protection of privileged information in respect of file X, for given reasons articulated in the motion. At a subsequent stage of the proceedings, the question of the confidentiality of names and the measures necessary to protect it would fall to be decided by the court. Given a proper and reasonable interpretation, the naming requirement does not breach any protected constitutional right or interest.

E. *Judicial Discretion*

In their constitutional arguments, some of the parties have emphasized the lack of judicial discretion to prevent or remedy a breach of professional privilege. When viewed as a whole, the system provides for a substantial degree of judicial discretion and intervention in order to control or prevent the communication of privileged information.

As mentioned above, s. 488.1 lays down a set of procedures for the execution of warrants authorized

D. *L'identification du client*

Les parties qui contestent la constitutionnalité de l'art. 488.1 soutiennent que la procédure établie par la disposition en cause est également viciée parce qu'elle exige que l'avocat identifie le client par son nom, ce qui en soi porterait atteinte au privilège. Comme l'a expliqué ma collègue, les noms des clients ne sont pas toujours protégés par le privilège. Le privilège à l'égard du nom des clients semble constituer beaucoup plus une exception que la règle générale. Dans les cas où l'identité même du client serait considérée comme protégée par le privilège, il faudrait se demander si le par. 488.1(2) exige réellement que l'avocat identifie le client. C'est une interprétation possible. Néanmoins, comme le procureur général de l'Ontario l'a exposé dans son mémoire, l'identification n'équivaut pas nécessairement à identifier par le nom. Le nom utilisé peut ne pas être le véritable nom d'une personne ou son nom en entier. La disposition contestée cherche à annuler les objections générales fondées sur le privilège. Elle exige que les objections fondées sur le privilège soient soulevées à l'égard de dossiers et de clients précis, qui doivent être désignés de quelque façon. Rien n'empêcherait l'avocat de déclarer que le client Z a droit à la protection de renseignements confidentiels en ce qui concerne le dossier X, pour des motifs exposés dans la requête. Plus tard dans la procédure, il incomberait à la cour de statuer sur la question de la confidentialité des noms et celle des mesures nécessaires pour la protéger. En présence d'une interprétation adéquate et raisonnable, l'obligation d'identification ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel protégé.

E. *Le pouvoir discrétionnaire du tribunal*

Dans leurs arguments d'ordre constitutionnel, certaines des parties ont insisté sur l'absence de pouvoir discrétionnaire du tribunal d'empêcher une atteinte au secret professionnel ou d'y apporter réparation. Dans l'ensemble, le système prévoit pour le tribunal un important pouvoir discrétionnaire et d'intervention afin de contrôler ou d'empêcher la communication de renseignements confidentiels.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 488.1 expose un ensemble de procédures pour l'exécution de

by a member of the judicial branch. Before a warrant issues, judicial discretion must be exercised. Then, in the application of s. 488.1 itself, the officer carrying out the seizure must give a reasonable opportunity to the lawyers to raise a claim of privilege. This obligation represents a fundamental requirement which informs the application of the whole section. Its breach might be raised at the stage of a motion under subs. (3). Further, subs. (8) forbids any access to the material unless the opportunity has been given to invoke the privilege. When seized with a motion under subs. (6) to turn over the material to the Crown, a judge retains the power to inquire as to whether an opportunity has been given under subs. (2). Without straining the scope and intent of this section of the *Criminal Code*, such an interpretation acknowledges that the proper execution of the duty imposed on the seizing officer under subs. (2) constitutes a condition precedent to the application of the procedure designed to give the Crown access to the material.

mandats autorisés par un juge. Avant la délivrance d'un mandat, il doit y avoir exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tribunal. Ensuite, dans l'application même de l'art. 488.1, le fonctionnaire effectuant la saisie doit donner aux avocats une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège. Cette obligation représente une exigence fondamentale qui imprègne l'application de l'article dans son ensemble. Elle peut être soulevée à l'étape d'une requête présentée en vertu du par. (3). De plus, le par. (8) interdit tout accès aux documents à moins que les intéressés aient eu l'occasion d'invoquer le privilège. Lorsqu'il est saisi d'une requête sollicitant, en vertu du par. (6), la remise de documents au ministère public, le juge garde le pouvoir d'enquêter pour savoir si cette occasion a été donnée en vertu du par. (2). Sans diminuer la portée et l'objet de cet article du *Code criminel*, une telle interprétation reconnaît que la bonne exécution de l'obligation imposée au fonctionnaire effectuant la saisie en vertu du par. (2) constitue une condition préalable à l'application de la procédure conçue pour donner au ministère public accès aux documents.

83 Better or different procedures could be imagined and designed. As it stands, with the exception of subs. (4), s. 488.1 as a whole conforms with the requirements of s. 8 of the *Charter*. It does not allow for unreasonable searches and seizure. It certainly does not violate the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

On pourrait concevoir des procédures meilleures ou différentes. Au point où en sont les choses, à l'exception du par. (4), l'art. 488.1 pris dans son ensemble est conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Il ne permet pas les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il ne contrevient certainement pas aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

84 Nevertheless, I agree with Arbour J. that subs. (4) is unconstitutional. With perhaps the best of intents, and despite the stated desire to assist the court, it may lead to improper and premature disclosures of confidential information. It should be struck down and excised from the section, without disrupting the general procedural scheme, which remains valid, in my opinion.

Néanmoins, je conviens avec le juge Arbour que le par. (4) est inconstitutionnel. Même s'il a peut-être été adopté avec les meilleures intentions et malgré la déclaration de l'intention d'aider la cour, ce paragraphe peut mener à des communications prématurées et injustifiées de renseignements confidentiels. Il devrait être abrogé et supprimé de l'article, sans que cela désorganise le régime général de la procédure, qui reste valide, à mon avis.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

85 For these reasons, I find s. 488.1 valid, save in respect of subs. (4). I would thus allow the appeals in part in *Lavallee* and *Fink*. In *White*, I would

Pour ces motifs, je conclus à la validité de l'art. 488.1, sauf en ce qui a trait au par. (4). Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois en partie dans les

dismiss the appeal and allow the cross-appeal in part.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No need to answer.

3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, except subs. (4).

4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No, in respect of subs. (4), no need to answer as to the other subsections of s. 488.1.

Appeal (Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)) dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting in part.

Appeal (White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)) allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting in part.

Appeal (R. v. Fink) dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen and for the respondent/appellant on cross-appeal and the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

affaires *Lavallee et Fink*. Dans l'affaire *White*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident en partie.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non, à l'exception du par. (4).

4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Non, pour ce qui est du par. (4); il n'est pas nécessaire de répondre pour ce qui est des autres paragraphes de l'art. 488.1.

Pourvoi (Lavallee, Rackel & Heinz c. Canada (Procureur général)) rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents en partie.

Pourvoi (White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)) accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents. Pourvoi incident rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents en partie.

Pourvoi (R. c. Fink) rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine, de l'intimé/appelant au pourvoi incident et de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondents Lavallee, Rackel & Heintz: Singleton Urquhart, Vancouver.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal White, Ottenheimer & Baker: Benson Myles, St. John's.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Fink: Falconer Charney Macklin, Toronto; Aaron Harnet, 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 Alberta: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Law Society of Alberta: The Law Society of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Beaton, Derrick & Ring, Halifax.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureurs des intimés Lavallee, Rackel & Heintz : Singleton Urquhart, Vancouver.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident White, Ottenheimer & Baker : Benson Myles, St. John's.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine et de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Fink : Falconer Charney Macklin, Toronto; Aaron Harnet, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenante la Law Society of Alberta : La Law Society of Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Beaton, Derrick & Ring, Halifax.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : McCarthy Tétrault, Calgary.

Karlheinz Schreiber *Appellant*

v.

The Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

United States of America and Amnesty International *Interveners*

INDEXED AS: SCHREIBER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 62.

File No.: 28543.

2002: April 16; 2002: September 12.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

International law — Sovereign immunity — Attornment to Canadian court's jurisdiction exception — Germany initiating extradition process against Canadian citizen — Citizen arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether attornment to Canadian court's jurisdiction exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether Germany waived its immunity from lawsuits in Canadian courts when it initiated extradition process — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 4(2)(b).

International law — Sovereign immunity — Personal injury exception — Scope of exception — Germany initiating extradition process against Canadian citizen — Citizen arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether personal

Karlheinz Schreiber *Appellant*

c.

La République fédérale d'Allemagne et le procureur général du Canada *Intimés*

et

Les États-Unis d'Amérique et Amnistie internationale *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SCHREIBER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 62.

N° du greffe : 28543.

2002 : 16 avril; 2002 : 12 septembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit international — Immunité de juridiction — Exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens? — L'exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'Allemagne a-t-elle renoncé à l'immunité devant les tribunaux canadiens lorsqu'elle a engagé les procédures d'extradition? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 4(2)(b).

Droit international — Immunité de juridiction — Exception des dommages corporels — Portée — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les

injury exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether exception distinguishes between jure imperii and jure gestionis acts — Whether exception applies only to claim of physical injury — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a).

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Personal injury exception to state immunity — Meaning of expression “personal injury” — Whether French version best reflects common intention of legislator found in both versions — Whether amendment made by Federal Law-Civil Law Harmonization Act to English version substantively changed the law — Purpose of harmonization legislation — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a) — Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 121.

In 1999, a court in the Federal Republic of Germany issued a warrant for the appellant's arrest. Pursuant to the Extradition Treaty between the two countries, Germany then requested that Canada provisionally arrest the appellant for the purpose of extraditing him in relation to tax evasion and other offences. A provisional arrest warrant was granted and the appellant was arrested. He spent eight days in jail before being released on bail. The appellant commenced an action against Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada. Germany's request that the action be dismissed on the basis of its sovereign immunity under the *State Immunity Act* was granted by the Ontario Superior Court. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed. The exceptions in ss. 4 and 6(a) of the *State Immunity Act* did not deprive Germany of the immunity from actions in Canadian courts to which it is entitled under s. 3(1) of the Act.

States have incorporated the principle of sovereign immunity into their domestic legal order in two ways: domestic courts do not exercise jurisdiction in actions brought against foreign states; and states have allowed foreign states a privilege, as a matter of comity, to appear as plaintiffs in domestic courts, if they so choose. Despite the increasing number of exceptions, the general principle of sovereign immunity remains an important part of the international legal order, except when expressly stated otherwise, and there is no evidence that an international peremptory norm has been established to suggest otherwise. Sovereign immunity has been incorporated into the Canadian domestic legal order through the enactment of the *State Immunity Act* and can be raised by a defendant state in a preliminary motion, on summary judgment, or at trial.

tribunaux canadiens? — L'exception des dommages corporels prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'exception fait-elle une distinction entre actes jure imperii et actes jure gestionis? — L'exception s'applique-t-elle uniquement aux préjudices physiques — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a).

Lois — Interprétation — Lois bilingues — Immunité des États — Exception des dommages corporels — Sens de « dommages corporels » — Le texte français reflète-t-il mieux l'intention commune du législateur dans les deux versions? — La modification de la version anglaise par la Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil en modifiait-elle la substance? — Objet de la loi d'harmonisation — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a) — Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, s. 121.

En 1999, un tribunal de la République fédérale d'Allemagne délivre un mandat d'arrestation contre l'appelant. Se fondant sur le traité d'extradition entre les deux pays, l'Allemagne demande au Canada l'arrestation provisoire de l'appelant en vue de son extradition pour fraude fiscale et autres infractions. Le mandat d'arrestation provisoire est accordé, l'appelant est arrêté et passe huit jours en prison avant d'être libéré sous cautionnement. L'appelant intente contre l'Allemagne une action en dommages-intérêts pour dommages corporels causés par son arrestation et détention au Canada. La Cour supérieure de l'Ontario accorde à l'Allemagne sa demande de rejet de l'action en raison de l'immunité de juridiction que lui confère la *Loi sur l'immunité des États*. La Cour d'appel confirme la décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les exceptions de l'art. 4 et de l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États* ne privent pas l'Allemagne de l'immunité devant les tribunaux canadiens que lui confère le par. 3(1) de la Loi.

Les États ont intégré le principe de l'immunité de juridiction dans leur ordre juridique interne de deux manières : les tribunaux nationaux n'exercent pas compétence sur les actions intentées contre des États étrangers, et les États accordent généralement par courtoisie aux États étrangers le privilège de se présenter comme demandeurs devant les tribunaux nationaux s'ils le désirent. Malgré le nombre croissant d'exceptions, le principe général de l'immunité de juridiction demeure une partie importante de l'ordre juridique international, sauf disposition expressément contraire, et rien n'indique que s'est établie une norme internationale obligatoire différente. Ce principe a été intégré au droit canadien par la *Loi sur l'immunité des États* et peut être invoqué par un État défendeur par requête préliminaire pour jugement sommaire ou pendant le procès.

Under s. 4 of the *State Immunity Act*, a foreign state is not immune from the jurisdiction of a Canadian court if it initiates the proceedings in the court. Here, Germany did not initiate the judicial proceedings. It initiated the extradition process, which led to the Minister of Justice authorizing the Attorney General to apply for an arrest warrant. The appellant's tort action against Germany is separate and distinct from the extradition process, and any step taken in one does not amount to a step taken in the other. It would be contrary to the concepts of comity and mutual respect between nations to hold that a country that calls upon Canada to assist in extradition only does so at the price of losing its sovereign immunity and of submitting to the domestic jurisdiction of Canadian courts in matters connected to the extradition request, and not only in respect of the extradition proceeding itself.

Nor does the "personal injury" exception under s. 6(a) of the *State Immunity Act* apply to limit Germany's immunity. Whatever mental distress, denial of liberty and damage to reputation the appellant claims to have suffered from wrongful arrest and imprisonment, it did not constitute "personal injury" within the meaning of s. 6(a). The term "personal injury" in that provision applies only to claims of physical injury. Section 6(a) extends to mental distress and emotional upset only insofar as they are linked to a physical injury. The "personal injury" exception to immunity does not depend on the nature of the conduct underlying the claim. It is applicable to both *jure imperii* and *jure gestionis* acts. An alternate interpretation would deprive the victims of the worst breaches of basic rights of any possibility of redress in national courts, which would jeopardize potentially important progress in the protection of the rights of the person, at least in Canada. Although some forms of incarceration may conceivably constitute international human rights violations, incarceration is a lawful part of the Canadian justice system. Without evidence of physical harm, lawful incarceration cannot amount to compensable mental injury under s. 6(a). While mental injury may be compensable in some form at international law, the right to the protection of mental integrity and to compensation for its violation has not risen to the level of a peremptory norm of international law which would prevail over the doctrine of sovereign immunity and allow domestic courts to entertain such a claim in the circumstances of this case.

Selon l'article 4 de la *Loi sur l'immunité des États*, l'État étranger qui introduit l'instance devant un tribunal canadien ne bénéficie pas de l'immunité. En l'espèce, l'Allemagne n'a pas introduit les procédures judiciaires. Elle a engagé le processus d'extradition qui a amené le ministre de la Justice à autoriser le procureur général à demander un mandat d'arrestation. L'action de l'appelant en responsabilité civile contre l'Allemagne est distincte de la procédure d'extradition, et un acte de procédure dans l'une ne constitue pas un acte de procédure dans l'autre. Il serait contraire aux principes de courtoisie et de respect mutuel entre les nations de conclure qu'un pays qui demande au Canada de l'aider en matière d'extradition ne peut le faire qu'en perdant son immunité de juridiction et en se soumettant à la juridiction des tribunaux canadiens sur les questions liées à la demande d'extradition, et non pas seulement à l'égard du processus d'extradition lui-même.

L'exception des « dommages corporels » à l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États* ne prive pas non plus de l'Allemagne de son immunité. La souffrance morale, la privation de liberté et l'atteinte à la réputation que l'appelant allègue avoir subi en raison de son arrestation et de sa détention illégales ne constituent pas, au sens de l'al. 6a), des « dommages corporels ». L'expression « dommages corporels » dans cette disposition vise uniquement le préjudice physique. L'alinéa 6a) ne s'applique à la souffrance morale et aux troubles émotifs que lorsqu'ils sont liés à un préjudice physique. L'exception des « dommages corporels » à l'immunité ne dépend pas de la nature de la conduite qui est à l'origine de la réclamation. Elle s'applique aux actes *jure imperii* et aux actes *jure gestionis*. Toute autre interprétation priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux, ce qui mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne. S'il est concevable que certaines formes d'incarcération constituent des violations des droits de la personne reconnus sur le plan international, l'incarcération fait légitimement partie du système judiciaire canadien. Sans preuve de préjudice physique, l'incarcération légale ne peut pas constituer un préjudice moral donnant lieu à indemnisation en vertu de l'al. 6a). Bien que le préjudice moral puisse donner lieu à une certaine forme d'indemnisation en droit international, le droit à la protection de l'intégrité psychologique et à l'indemnisation pour la violation de ce droit ne s'est pas élevé au rang de norme péremptoire de droit international qui l'emporterait sur le principe de l'immunité de juridiction et permettrait aux tribunaux nationaux de statuer dans des circonstances de ce type.

There is no conflict between the principles of international law, at the present stage of their development, and those of the domestic legal order. International law sets out some general principles with respect to the origins and uses of sovereign immunity, but the domestic law sets out very specific exceptions to the general rule of sovereign immunity in the *State Immunity Act*. The questions at stake fall within the purview of the domestic legislation, and the case turns on the interpretation of the bilingual versions of s. 6(a) rather than the interpretation of international law principles.

The proper way to construe s. 6(a) is to read its words in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *State Immunity Act*, its object and the intention of Parliament. Where the meaning of the words in the two official versions differs, the task is to find a meaning common to both versions that is consistent with the context of the legislation and the intent of Parliament. Here, the terms “death” or “personal injury” found in the English version allow the possibility of non-physical injury to be captured within the s. 6(a) exception, while the civil law concept of “*dommages corporels*” found in the French version does not. Since the French version is the clearer and more restrictive version of the two, it best reflects the common intention of the legislator found in both versions. It signals a legislative intent to create an exception to state immunity which would be restricted to a class of claims arising out of a physical breach of personal integrity. This type of breach could conceivably cover an overlapping area between physical harm and mental injury, such as nervous stress; however, the mere deprivation of freedom and the normal consequences of lawful imprisonment would not bring the appellant within s. 6(a). This interpretation of s. 6(a) is consistent with the concept of “*préjudice corporel*” and the classifications of damages in Quebec civil law. The amendment made to s. 6(a) by the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1* did not substantively change the law. This amendment, which adds the expression “or bodily injury” to the phrase “any death or personal injury” in the English version of s. 6(a), was made to clarify the limited scope of the exception for the anglophone civil law audience by using wording that better reflects the civil law tradition.

Cases Cited

Approved: *United States of America v. Friedland* (1999), 182 D.L.R. (4th) 614; **distinguished:** *Walker v. Bank of New York Inc.* (1994), 16 O.R. (3d) 504; **referred to:** *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; *Gouvernement de la*

Aucun conflit n'existe entre les principes du droit international, au stade actuel de leur évolution, et les principes du droit canadien. Le droit international énonce des principes généraux relativement à l'origine et à l'application de l'immunité de juridiction, mais le droit canadien prévoit des exceptions très précises à la règle générale de l'immunité de juridiction dans la *Loi sur l'immunité des États*. Les questions en jeu relèvent de la législation nationale et l'affaire repose sur l'interprétation du texte bilingue de l'al. 6a) plutôt que sur l'interprétation des principes de droit international.

La bonne interprétation de l'al. 6a) consiste à lire ses termes dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la *Loi sur l'immunité des États*, son objet et l'intention du législateur. Lorsque le sens des mots utilisés dans les deux versions officielles diffère, il faut chercher à dégager un sens commun aux deux versions qui soit conforme au contexte de la loi et à l'intention du législateur. Ici, les mots « *death* » et « *personal injury* » de la version anglaise laissent entrevoir la possibilité que l'exception de l'al. 6a) englobe des dommages autres que physiques, alors que la notion de droit civil de « *dommages corporels* » dans la version française exclut cette possibilité. Étant donné que le texte français est le plus clair et le plus restrictif des deux, il reflète mieux l'intention du législateur commune aux deux versions. Il confirme l'intention du législateur de créer une exception à l'immunité des États, exception qui est restreinte à la catégorie des actions découlant d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Il est concevable que ce genre d'atteinte couvre une zone chevauchant le préjudice corporel et le préjudice moral, comme le stress nerveux; toutefois, la simple privation de liberté et les conséquences normales de l'incarcération légale ne permettent pas à l'appelant d'invoquer l'al. 6a). Cette interprétation de l'al. 6a) est compatible avec le concept de « *préjudice corporel* » et la classification des dommages en droit civil québécois. La modification apportée par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, n'a pas modifié la substance du droit. La modification, qui ajoute les mots « *or bodily injury* » à l'expression « *any death or personal injury* » dans le texte anglais de l'al. 6a), visait à préciser la portée limitée de l'exception pour les civilistes anglophones en utilisant des termes mieux adaptés à la tradition de droit civil.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *United States of America c. Friedland* (1999), 182 D.L.R. (4th) 614; **distinction d'avec l'arrêt :** *Walker c. Bank of New York Inc.* (1994), 16 O.R. (3d) 504; **arrêts mentionnés :** *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Re Code canadien du travail*,

République démocratique du Congo v. Venne, [1971] S.C.R. 997; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Lamy*, [2002] 1 S.C.R. 860, 2002 SCC 25; *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; *R. v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *Maurice Pollack Ltée v. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] S.C.R. 343; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295; *Montréal (Ville de) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *Dubé v. Québec (Procureur général)*, [1997] R.R.A. 555; *Michaud v. Québec (Procureur général)*, [1998] R.R.A. 1065; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 2260a, 2262.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3, 1457, 1458, 1614, 2930.
European Convention on State Immunity, 11 I.L.M. 470 (1972), Art. 11.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 13.
Extradition Treaty between Canada and Germany, Can. T.S. 1979 No. 18.
Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 121.
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 3(1), 4, 5, 6 [am. 2001, c. 4, s. 121].
State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95.

Authors Cited

Arbour, J.-Maurice. *Droit international public*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Atiyah's *Accidents, Compensation and the Law*, 5th ed. By Peter Cane. London: Butterworths, 1993.
 Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
 Canada. Department of Justice. *Bijural Terminology Records*. Ottawa: Department of Justice, 2001.

[1992] 2 R.C.S. 50; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Lamy*, [2002] 1 R.C.S. 860, 2002 CSC 25; *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24; *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *Maurice Pollack Ltée c. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] R.C.S. 343; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295; *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *Dubé c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.R.A. 555; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.R.A. 1065; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1.
Code civil du Bas Canada, art. 2260a, 2262.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3, 1457, 1458, 1614, 2930.
Convention européenne sur l'immunité des États (1972), art. 11.
Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, art. 121.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 13.
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1), 4, 5, 6 [mod. 2001, ch. 4, art. 121].
Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95.
Traité d'extradition entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne, R.T. Can. 1979 n° 18.

Doctrine citée

Arbour, J.-Maurice. *Droit international public*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.
 Atiyah's *Accidents, Compensation and the Law*, 5th ed. By Peter Cane. London : Butterworths, 1993.
 Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
 Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford : Clarendon Press, 1998.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 7 mai 2001, p. 3640.

- Canada. Department of Justice. *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism*, booklet 4 (*Bijuralism in Canada: Harmonization Methodology and Terminology*) by Louise Maguire Wellington. Ottawa: Department of Justice, 2001.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st sess., 37th Parl., May 7, 2001, p. 3640.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 139, 1st sess., 37th Parl., February 7, 2001, pp. 83-88, April 4, 2001, pp. 572-76, and April 26, 2001, pp. 684-90.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 12, April 9, 1981, p. 12:9.
- Cooper-Stephenson, Kenneth D. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell, 1981.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Council of Europe. *Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol*. Strasbourg: Council of Europe, 1972.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "personal injury".
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
- Latin for Lawyers*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1937.
- Oppenheim's International Law*, vol. I, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London: Longman, 1996.
- United Nations. International Law Commission. "Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property and Commentaries Thereto" in *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session*, U.N. Doc. A/46/10, in *Yearbook of the International Law Commission 1991*, vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1994, 13.
- United Nations. International Law Commission. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, U.N. Doc. A/CN.4/363 and Add.1, Canada. Ministère de la Justice. *Fiches terminologiques bijuridiques*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2001.
- Canada. Ministère de la Justice. *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, fascicule 4 (*Bijuridisme canadien : Méthodologie et terminologie de l'harmonisation*) par Louise Maguire Wellington. Ottawa : Ministère de la Justice, 2001.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 139, 1^{re} sess., 37^e lég., 7 février 2001, pp. 83-88, 4 avril 2001, pp. 572-576, et 26 avril 2001, pp. 684-690.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n^o 12, 9 avril 1981, p. 12:9.
- Conseil de l'Europe. *Rapports explicatifs concernant la Convention européenne sur l'immunité des États et le protocole additionnel*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1972.
- Cooper-Stephenson, Kenneth D. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto : Carswell, 1981.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Édition Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
- Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, « personal injury ».
- Emanuelli, Claude. *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.
- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
- Latin for Lawyers*, 2nd ed. London : Sweet and Maxwell, 1937.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Cinquième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, Doc. N.U. A/CN.4/363 et Add.1, publié dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1983*, vol. II, première partie. New York : Nations Unies, 1985, 27.
- Nations Unies. Commission du droit international. « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session*, Doc. N.U. A/46/10, publié dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, deuxième partie. New York : Nations Unies, 1994, 13.

in *Yearbook of the International Law Commission 1983*, vol. II, Part One. New York: United Nations, 1985, 25.

Vézina, Nathalie. "Préjudice matériel, corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité" (1993), 24 *R.D.U.S.* 161.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 52 O.R. (3d) 577, 196 D.L.R. (4th) 281, 142 O.A.C. 27, 152 C.C.C. (3d) 205, 4 C.P.C. (5th) 1, [2001] O.J. No. 524 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice (2000), 48 O.R. (3d) 521, 187 D.L.R. (4th) 146, [2000] O.J. No. 1813 (QL). Appeal dismissed.

Edward L. Greenspan, Q.C., and David Stratas, for the appellant.

Ed Morgan, for the respondent the Federal Republic of Germany.

Brian J. Saunders and Michael H. Morris, for the respondent the Attorney General of Canada.

Malcolm N. Ruby, for the intervener the United States of America.

David Matas and Michael Bossin, for the intervener Amnesty International.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal pits the interests of an individual wishing to sue a foreign state in Canadian courts against the state's enjoyment of sovereign immunity to preclude such actions. Originating from international customary law, the principle of sovereign immunity and the exceptions thereto are incorporated into domestic law by the enactment of the federal *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18 (the "Act"). The issues at bar are whether or not the specific exceptions found in ss. 4 and 6(a) of the Act apply such as to limit the general principle of sovereign immunity set out in s. 3 of the Act.

Oppenheim's International Law, vol. I, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London : Longman, 1996.

Vézina, Nathalie. « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993), 24 *R.D.U.S.* 161.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 52 O.R. (3d) 577, 196 D.L.R. (4th) 281, 142 O.A.C. 27, 152 C.C.C. (3d) 205, 4 C.P.C. (5th) 1, [2001] O.J. No. 524 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2000), 48 O.R. (3d) 521, 187 D.L.R. (4th) 146, [2000] O.J. No. 1813 (QL). Pourvoi rejeté.

Edward L. Greenspan, c.r., et David Stratas, pour l'appelant.

Ed Morgan, pour l'intimée la République fédérale d'Allemagne.

Brian J. Saunders et Michael H. Morris, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Malcolm N. Ruby, pour l'intervenant les États-Unis d'Amérique.

David Matas et Michael Bossin, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le pourvoi oppose les intérêts d'une personne souhaitant poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens à l'immunité de juridiction dont jouit cet État contre de telles actions. La *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18 (la « Loi »), a intégré au droit canadien le principe de l'immunité de juridiction, comme ses exceptions, qui découle du droit coutumier international. La question en litige consiste à déterminer si les exceptions particulières de l'art. 4 et de l'al. 6a) de cette loi s'appliquent et restreignent le principe général de l'immunité de juridiction énoncé à son art. 3.

II. Facts

2 The appellant, Karlheinz Schreiber, is a businessman and a Canadian citizen. On May 7, 1999, a court in the Federal Republic of Germany issued a warrant for his arrest. On August 27, 1999, Germany requested that Canada, under the provisions of the *Extradition Treaty between Canada and Germany*, Can. T.S. 1979 No. 18, entered into force September 30, 1979, provisionally arrest the appellant for the purpose of extraditing him in relation to tax evasion and other offences.

3 On August 30, 1999, an official of the Canadian Department of Justice authorized the Attorney General of Canada to apply to a judge under s. 13 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, for a provisional arrest warrant. Such warrant was granted and on August 31, 1999, the appellant was arrested by the Royal Canadian Mounted Police. The appellant then spent the next eight days in jail until he was released on bail.

4 On November 12, 1999, the appellant commenced an action against the respondents, Germany and the Attorney General of Canada, seeking damages in the amount of CAN\$1 000 000 for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada. The action is based on the following causes of action as pleaded in the statement of claim: breaches of duties of care, abuse of public office, bad faith and breach of the plaintiff's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

5 The respondents brought two motions in the proceeding initiated by the appellant. First, Germany requested that the action be dismissed on the basis that it enjoys sovereign immunity by virtue of the *State Immunity Act*. Secondly, the Attorney General of Canada sought a stay of the action pending the determination of proceedings between the appellant and Germany. The Ontario Superior Court of Justice allowed both motions, dismissing the appellant's claim against Germany and staying the action against the Attorney General of Canada.

II. Les faits

L'appelant, Karlheinz Schreiber, est un homme d'affaires et un citoyen canadien. Le 7 mai 1999, un tribunal de la République fédérale d'Allemagne délivre un mandat d'arrestation contre lui. Le 27 août suivant, l'Allemagne, se fondant sur les dispositions du *Traité d'extradition entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne*, R.T. Can. 1979 n° 18, entré en vigueur le 30 septembre 1979, demande au Canada de procéder à l'arrestation provisoire de l'appelant en vue de son extradition pour fraude fiscale et autres infractions.

Le 30 août 1999, un fonctionnaire du ministère de la Justice du Canada autorise le procureur général du Canada à demander à un juge de délivrer un mandat d'arrestation provisoire en vertu de l'art. 13 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18. Le mandat est accordé et, le 31 août 1999, la Gendarmerie royale du Canada arrête l'appelant. L'appelant passe les huit jours suivants en prison avant d'être libéré sous cautionnement.

Le 12 novembre 1999, l'appelant intente contre les intimés, l'Allemagne et le procureur général du Canada, une action dans laquelle il réclame des dommages-intérêts d'un million de dollars canadiens pour dommages corporels subis en raison de son arrestation et de sa détention au Canada. L'action se fonde sur les causes d'action suivantes invoquées dans la déclaration : violations de l'obligation de diligence, abus de pouvoir, mauvaise foi et violation des droits garantis au demandeur par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les intimés présentent deux requêtes dans le cadre de l'action intentée par l'appelant. Premièrement, l'Allemagne demande le rejet de l'action en raison de l'immunité de juridiction que lui confère la *Loi sur l'immunité des États*. Deuxièmement, le procureur général du Canada demande le sursis à l'action le visant jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'instance opposant l'appelant et l'Allemagne. La Cour supérieure de justice de l'Ontario accueille les deux requêtes, rejetant l'action de l'appelant contre l'Allemagne et sursoyant à l'action contre le procureur général du Canada.

The appellant appealed the decision of the Superior Court of Justice, bringing two separate appeals to the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal for Ontario unanimously dismissed the appeal concerning the claim against Germany. The majority allowed the appeal concerning the stay, which is not now before this Court.

III. Relevant Statutory Provisions

State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

4. (1) A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court if the state waives the immunity conferred by subsection 3(1) by submitting to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4).

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

(b) initiates the proceedings in the court; or

(c) intervenes or takes any step in the proceedings before the court.

(3) Paragraph 2(c) does not apply to

(a) any intervention or step taken by a foreign state in proceedings before a court for the purpose of claiming immunity from the jurisdiction of the court;

(4) A foreign state that initiates proceedings in a court or that intervenes or takes any step in proceedings before a court, other than an intervention or step to which paragraph (2)(c) does not apply, submits to the jurisdiction of the court in respect of any third party proceedings that arise, or counter-claim that rises, out of the subject-matter of the proceedings initiated by the state of in which the state has so intervened or taken a step.

(5) Where, in any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4), that submission is deemed to be a submission by the state to the jurisdiction of such one or more courts by which those proceedings may, in whole or in part, subsequently be considered on appeal or in the exercise of supervisory jurisdiction.

L'appelant interjette appel de la décision de la Cour supérieure de justice dans deux appels distincts auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel rejette à l'unanimité son appel relatif au rejet de l'action contre l'Allemagne et accueille à la majorité l'appel du sursis à l'action contre le procureur général du Canada, cette dernière décision n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

III. Les dispositions législatives applicables

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

4. (1) L'État étranger qui se soumet à la juridiction du tribunal selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4), renonce à l'immunité de juridiction visée au paragraphe 3(1).

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui :

b) introduit une instance devant le tribunal;

c) intervient ou fait un acte de procédure dans l'instance.

(3) L'alinéa (2)c) ne s'applique pas dans les cas où :

a) l'intervention ou l'acte de procédure a pour objet d'invoquer l'immunité de juridiction;

(4) La soumission à la juridiction d'un tribunal qui s'opère soit par l'introduction d'une instance soit par l'intervention ou l'acte de procédure qui ne sont pas soustraits à l'application de l'alinéa (2)c), vaut pour les interventions de tiers et les demandes reconventionnelles découlant de l'objet de cette instance.

(5) La soumission à la juridiction d'un tribunal intervenue selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4) vaut également pour les tribunaux supérieurs devant lesquels l'instance pourra être portée en totalité ou en partie par voie d'appel ou d'exercice du pouvoir de contrôle.

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

Section 6 after June 1, 2001, as amended by the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, s. 121

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada. [Emphasis added.]

IV. Judgments Below

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 48 O.R. (3d) 521

8 Nordheimer J. dismissed the appellant's claim against Germany, finding that Germany was entitled to rely upon the immunity it enjoyed from the jurisdiction of Canadian courts, pursuant to s. 3(1) of the *State Immunity Act*, and that the exceptions found in ss. 4 and 6 did not apply. With respect to the waiver of immunity exception set out in s. 4, Nordheimer J. held that none of the conditions for waiver were met. In particular, Germany had not submitted explicitly or implicitly to the jurisdiction of the court whether by written agreement or otherwise (s. 4(2)); Germany did not intervene or take any step in this proceeding, other than by bringing this motion to assert its claim of immunity (s. 4(3)); and the claim did not involve a third party proceeding or counterclaim arising out of the subject-matter (s. 4(4)).

9 Nordheimer J. also rejected the appellant's argument that the arrest itself could amount to a physical

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages matériels survenus au Canada.

Article 6 modifié par la *Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 121 (en vigueur le 1^{er} juin 2001)

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages aux biens ou perte de ceux-ci survenus au Canada. [Je souligne.]

IV. Les jugements antérieurs

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 48 O.R. (3d) 521

Le juge Nordheimer rejette l'action de l'appellant contre l'Allemagne. Selon lui, l'Allemagne a le droit d'invoquer l'immunité de juridiction que le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États* lui confère devant les tribunaux canadiens et les exceptions des art. 4 et 6 ne s'appliquent pas. Sur l'art. 4, le juge Nordheimer conclut que les conditions de la renonciation à l'immunité ne sont pas respectées : en particulier, l'Allemagne ne s'est pas soumise expressément ou implicitement à la juridiction du tribunal, par entente écrite ou autrement (par. 4(2)); l'Allemagne n'est pas intervenue et n'a fait aucun acte de procédure dans l'instance autre que la requête invoquant l'immunité (par. 4(3)); et l'action ne comporte ni intervention par un tiers ni demande reconventionnelle découlant de l'objet de l'instance (par. 4(4)).

Le juge Nordheimer rejette aussi l'argument de l'appellant selon lequel l'arrestation elle-même peut

injury. He thus found that the s. 6(a) exception did not apply.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2001), 52 O.R. (3d) 577

Writing for a unanimous court, Doherty J.A. affirmed the order of Nordheimer J. dismissing the action against Germany. The appellant's counsel argued that Nordheimer J. should not have addressed the ultimate question as to the meaning of the statutory provisions but should only have decided whether it was "plain and obvious" and "beyond doubt" that Germany was entitled to claim sovereign immunity in relation to the allegations made in the statement of claim. Doherty J.A. held that, although the sovereign immunity cases decided by the Court of Appeal for Ontario have not specifically discussed the test to be applied on a motion to dismiss based on sovereign immunity, all have proceeded on the premise that the motion judge had to determine the immunity claim on its merits and all have applied a correctness standard in reviewing the decision of the motion judge.

Doherty J.A. then went on to reject the appellant's arguments based on ss. 4 and 6(a) of the Act. He agreed with Nordheimer J.'s finding that extradition proceedings are separate and distinct from the appellant's private civil suit and as such, the exception in s. 4 did not apply. Doherty J.A. further agreed with Nordheimer J.'s finding that the "personal injury" exception found in s. 6(a) is limited to physical injury. As the appellant did not allege that he suffered any physical injury, the s. 6(a) exception could not apply.

V. Issues

Do the exceptions in either s. 4 or s. 6(a) of the *State Immunity Act* apply so as to deprive Germany of the immunity from actions in Canadian courts to which it is otherwise entitled under s. 3(1) of the Act?

constituer un dommage corporel, décidant donc que l'exception de l'al. 6a) ne s'applique pas.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 52 O.R. (3d) 577

Au nom d'une cour unanime, le juge Doherty confirme l'ordonnance du juge Nordheimer rejetant l'action contre l'Allemagne. L'avocat de l'appelant prétend que le juge Nordheimer n'aurait pas dû traiter la question ultérieure du sens des dispositions législatives, mais devait seulement déterminer s'il était [TRADUCTION] « apparent et manifeste » et « hors de tout doute » que l'Allemagne avait droit à l'immunité de juridiction relativement aux allégations de la déclaration. Le juge Doherty conclut que même si les arrêts précédents de la Cour d'appel de l'Ontario en matière d'immunité de juridiction n'abordaient pas précisément le critère applicable aux requêtes en irrecevabilité fondées sur l'immunité de juridiction, ils reposaient tous sur la prémisse que le juge des requêtes devait se prononcer sur le fond de la revendication d'immunité. Ces jugements appliquaient alors tous la norme de la décision correcte dans le contrôle de la décision du juge des requêtes.

Le juge Doherty rejette ensuite les arguments de l'appelant reposant sur l'art. 4 et l'al. 6a) de la Loi. Il convient avec le juge Nordheimer que la procédure d'extradition est distincte de la poursuite civile de droit privé engagée par l'appelant et que, de ce fait, l'exception de l'art. 4 ne s'applique pas. Le juge Doherty approuve aussi la conclusion du juge Nordheimer selon laquelle l'exception relative aux « dommages corporels » de l'al. 6a) se limite aux préjudices physiques. Comme l'appelant n'allègue pas avoir subi de blessures physiques, l'exception ne s'applique pas.

V. Les questions en litige

Les exceptions de l'art. 4 ou de l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États* s'appliquent-elles et privent-elles l'Allemagne de l'immunité devant les tribunaux canadiens que lui confère le par. 3(1) de la Loi?

10

11

12

VI. Analysis

A. *Origins and Scope of Sovereign Immunity*

13 The principle of sovereign immunity originated somewhat obscurely centuries ago in a period when the sovereign personified the state, and when sovereign interventions were generally limited to matters of public order, the conduct of international affairs and the defence of the state, see: C. Emanuelli, *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (1998), at p. 303. Sovereign immunity developed from the doctrine of the law of nations, which governs the international community of states based on the notions of sovereignty and equality of states; see: I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998), at p. 289, and Sir R. Jennings and Sir A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law* (9th ed. 1996), vol. I, at pp. 341-43. These notions form the basis of an old Latin maxim: "*Par in parem imperium non habet*", which translates as "An equal has no authority over an equal"; see: J.-M. Arbour, *Droit international public* (3rd ed. 1997), at p. 286, and *Latin for Lawyers* (2nd ed. 1937), at p. 217.

14 States have incorporated the principle of sovereign immunity into their domestic legal order in two ways. First, state practice has generally established that domestic courts do not exercise jurisdiction in actions brought against foreign states. Secondly, states have generally allowed foreign states a privilege, as a matter of comity, to appear as plaintiffs in domestic courts, if they so choose, see: Jennings and Watts, *supra*, at pp. 342-43, and Brownlie, *supra*, at pp. 324-26.

15 Over the years, the general principle of sovereign immunity has been attenuated somewhat, and certain exceptions to the general rule have emerged. Some authors have interpreted the emergence of exceptions to sovereign immunity as evidence of a new, restrictive immunity. Brownlie, *supra*, remarks that the ratification of the *European Convention on State Immunity*, 11 I.L.M. 470 (1972), opened for signature on May 16, 1972, and ratified by eight states as of September 8, 2002, "provides further

VI. Analyse

A. *L'origine et la portée de l'immunité de juridiction*

D'origine assez obscure, le principe de l'immunité de juridiction remonte à plusieurs siècles, à une époque où le souverain incarnait l'État et où ses interventions se limitaient généralement aux affaires d'ordre public, à la conduite des affaires internationales et à la défense de l'État : voir C. Emanuelli, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (1998), p. 303. L'immunité de juridiction provient de la doctrine du droit des nations, qui régit la communauté internationale des États en se fondant sur les notions de souveraineté et d'égalité des États : voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5^e éd. 1998), p. 289, et Sir R. Jennings et Sir A. Watts, dir., *Oppenheim's International Law* (9^e éd. 1996), vol. I, p. 341-343. Ces notions sont à l'origine de l'ancienne maxime latine « *Par in parem imperium non habet* », qui se traduit par « Un égal n'a pas d'autorité sur un égal » : voir J.-M. Arbour, *Droit international public* (3^e éd. 1997), p. 286, et *Latin for Lawyers* (2^e éd. 1937), p. 217.

Les États ont intégré le principe de l'immunité de juridiction dans leur ordre juridique interne de deux manières. Premièrement, la pratique des États a généralement établi que les tribunaux nationaux n'ont pas compétence sur les actions intentées contre des États étrangers. Deuxièmement, les États ont généralement accordé par courtoisie aux États étrangers le privilège de se présenter comme demandeurs devant les tribunaux nationaux s'ils le désiraient : voir Jennings et Watts, *op. cit.*, p. 342-343, et Brownlie, *op. cit.*, p. 324-326.

Au fil des années, le principe général de l'immunité de juridiction s'est un peu assoupli et des exceptions à la règle générale ont vu le jour. Certains auteurs ont interprété l'apparition d'exceptions à l'immunité de juridiction comme la preuve de l'émergence d'une immunité nouvelle plus restrictive. Brownlie, *op. cit.*, observe que la ratification de la *Convention européenne sur l'immunité des États* (1972), présentée à la signature le 16 mai 1972 et ratifiée par huit États au 8 septembre 2002,

evidence of the trend toward a restrictive approach to immunity” (p. 339).

Emanuelli, *supra*, makes the same observations at pp. 304-5, noting that various jurisdictions, including the Council of Europe, the United States, the United Kingdom, Australia, as well as Canada, have adopted a restrictive immunity approach in their domestic legislation. The International Law Commission’s “Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property” (reproduced in *Yearbook of the International Law Commission 1991* (1994), vol. II, Part Two, at p. 13), provisionally adopted by the International Law Commission in 1986, also indicates a trend towards the restrictive immunity approach: see Emanuelli, *supra*, at p. 306; and Jennings and Watts, *supra*, at pp. 344-45.

Despite the increasing number of emerging exceptions, the general principle of sovereign immunity remains an important part of the international legal order, except when expressly stated otherwise, and there is no evidence that an international peremptory norm has been established to suggest otherwise. Indeed, Brownlie, *supra*, notes at pp. 332-33 that:

It is far from easy to state the current legal position in terms of customary or general international law. Recent writers emphasize that there is a *trend* in the practice of states towards the restrictive doctrine of immunity but avoid firm and precise prescriptions as to the present state of the law. [Emphasis in original.]

As observed at the outset of these reasons, this principle of international law has been incorporated into the Canadian domestic legal order through the enactment of the federal *State Immunity Act*.

The defence of sovereign immunity can be raised by a defendant state to be determined in a preliminary motion, as a matter for summary judgment or at trial. As noted by Doherty J.A., a number of sovereign immunity cases before the Court of Appeal for Ontario have been determined on a preliminary motion on the premise that the motion judge was obligated to determine the immunity claim on its merits: see *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745

[TRADUCTION] « est une preuve additionnelle de la tendance vers une interprétation plus restreinte de l’immunité » (p. 339).

Emanuelli, *op. cit.*, p. 304-305, fait les mêmes observations notant que certaines instances et pays, dont le Conseil de l’Europe, les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Australie de même que le Canada, ont adopté une interprétation restrictive de l’immunité dans leur législation. Le « Projet d’articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » (reproduit dans l’*Annuaire de la Commission du droit international 1991* (1994), vol. II, deuxième partie, p. 13), que la Commission du droit international a adopté provisoirement en 1986, dénote également une tendance vers l’interprétation restrictive de l’immunité : voir Emanuelli, *op. cit.*, p. 306; et Jennings et Watts, *op. cit.*, p. 344-345.

Malgré le nombre croissant d’exceptions nouvelles, le principe général de l’immunité de juridiction demeure une partie importante de l’ordre juridique international, sauf disposition expressément contraire, et rien n’indique que s’est établie une norme internationale obligatoire différente. D’ailleurs, Brownlie, *op. cit.*, p. 332-333, souligne :

[TRADUCTION] Il est loin d’être facile d’énoncer l’état du droit actuel sur le plan du droit international coutumier ou général. Des écrits récents soulignent que la pratique des États dénote une *tendance* vers la reconnaissance d’une immunité plus restreinte, mais ne se prononcent pas clairement sur l’état actuel du droit. [En italique dans l’original.]

Comme je le signale au début des présents motifs, ce principe de droit international a été intégré au droit canadien par l’adoption d’une loi fédérale, la *Loi sur l’immunité des États*.

Un État défendeur peut invoquer l’immunité de juridiction par voie de requête préliminaire pour jugement sommaire ou pendant le procès. Comme le souligne le juge Doherty, un certain nombre d’affaires d’immunité de juridiction soumises à la Cour d’appel de l’Ontario ont été tranchées dans le cadre de requêtes préliminaires selon la prémisse que le juge des requêtes est tenu de se prononcer au fond sur la revendication d’immunité : voir *Jaffe c. Miller*

16

17

18

(C.A.); *Walker v. Bank of New York Inc.* (1994), 16 O.R. (3d) 504 (C.A.); and *United States of America v. Friedland* (1999), 182 D.L.R. (4th) 614 (Ont. C.A.). However, even if a defendant state fails in its bid to dismiss the action at a preliminary motion, it is not precluded from raising the immunity defence sometime during the trial, as the case develops.

B. *Does the Attornment to the Canadian Court's Jurisdiction Exception under Section 4 Apply to Limit Germany's Immunity?*

19 The appellant submits that s. 4 of the *State Immunity Act* reflects the policy that if a foreign state invokes Canadian processes, it cannot claim immunity from later Canadian processes concerning the same matter. The appellant's argument under the s. 4 exception is two-fold. First, the appellant argues that the exception in s. 4(2)(b) applies because Germany initiated the proceedings in a Canadian court. Although the appellant issued the statement of claim, he submits that the proceedings were in fact initiated by Germany's request that Canadian authorities go before the Ontario Superior Court of Justice on behalf of Germany to arrest and imprison him.

20 Section 4(2)(b) of the Act reads as follows:

4. . . .

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

. . . .

(b) initiates the proceedings in the court;

21 Germany responds that it did not submit to the jurisdiction of Canadian courts. The only step taken by Germany in these proceedings has been to bring the motion challenging the court's jurisdiction that is the subject of the present appeal. In Germany's view, that step may not be construed as a waiver of sovereign immunity under the express wording of s. 4(3)(a), which provides that:

4. . . .

(3) Paragraph (2)(c) does not apply to

(1993), 13 O.R. (3d) 745 (C.A.); *Walker c. Bank of New York Inc.* (1994), 16 O.R. (3d) 504 (C.A.); et *United States of America c. Friedland* (1999), 182 D.L.R. (4th) 614 (C.A. Ont.). Toutefois, si l'État défendeur ne parvient pas à obtenir le rejet de l'action par requête préliminaire, cela ne l'empêche pas d'invoquer l'immunité en défense au cours du procès.

B. *L'exception de la reconnaissance de la juridiction des tribunaux canadiens à l'art. 4 limite-t-elle l'immunité de l'Allemagne?*

L'appellant soutient que l'art. 4 de la *Loi sur l'immunité des États* exprime le principe selon lequel l'État étranger qui recourt au processus judiciaire canadien ne peut pas ensuite invoquer l'immunité contre ce processus concernant la même affaire. Son argument fondé sur l'exception de l'art. 4 comporte deux volets. Il prétend en premier que l'exception de l'al. 4(2)(b) s'applique parce que l'instance a été introduite par l'Allemagne devant un tribunal canadien. L'appelant maintient que, bien qu'il ait lui-même produit la déclaration, l'instance a été engagée en réalité par la demande que l'Allemagne a adressée aux autorités canadiennes d'obtenir en son nom, devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, l'arrestation et l'emprisonnement de l'appellant.

Selon l'alinéa 4(2)(b) de la Loi :

4. . . .

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui :

. . . .

b) introduit une instance devant le tribunal;

L'Allemagne répond qu'elle ne s'est pas soumise à la juridiction des tribunaux canadiens. Le seul acte de procédure qu'elle a produit en l'espèce est la requête contestant la compétence du tribunal et visée par le présent pourvoi. Selon l'Allemagne, on ne saurait interpréter cet acte de procédure comme une renonciation à l'immunité de juridiction, étant donné le libellé explicite de l'al. 4(3)(a) :

4. . . .

(3) L'alinéa (2)(c) ne s'applique pas dans les cas où :

(a) any intervention or step taken by a foreign state in proceedings before a court for the purpose of claiming immunity from the jurisdiction of the court;

Germany submits that the extradition proceedings initiated pursuant to the Extradition Treaty and the present civil action for damages are separate legal actions and any step taken in one does not amount to a step taken in the other.

The respondent Attorney General of Canada notes that the waiver exception at issue in s. 4(2)(b) applies only where a foreign state initiates proceedings in a Canadian court and, in this manner, submits to the court's jurisdiction in respect of those proceedings. No ambiguity arises on the face of s. 4(2)(b). It argues that the short answer to the appellant's argument is that Germany did not initiate the proceedings at issue.

The respondents further submit that waiver does not extend to fresh or distinct actions even if they are on the same or a related subject matter as the proceeding initiated by the foreign state. Had Parliament intended to waive the immunity for all proceedings prompted by or in any way related to the foreign state's proceeding, it would not have referred to specific types of proceedings in s. 4(4), which provides that:

4. . . .

(4) A foreign state that initiates proceedings in a court or that intervenes or takes any step in proceedings before a court, other than an intervention or step to which paragraph (2)(c) does not apply, submits to the jurisdiction of the court in respect of any third party proceedings that arise, or counter-claim that arises, out of the subject-matter of the proceedings initiated by the state or in which the state has so intervened or taken a step.

I agree with the submissions of both respondents with respect to the interpretation of s. 4(2)(b). In particular, it is my view that Germany did not initiate the judicial proceedings as its request to arrest and imprison the appellant was made to the executive branch of government pursuant to the Extradition Treaty. It was the Minister of Justice who authorized the Attorney General to apply for

(a) l'intervention ou l'acte de procédure a pour objet d'invoquer l'immunité de juridiction;

L'Allemagne soutient que les procédures d'extradition introduites en vertu du Traité d'extradition et la présente action civile en dommages-intérêts sont des actions distinctes et qu'un acte de procédure dans l'une ne constitue pas un acte de procédure dans l'autre.

L'intimé le procureur général du Canada souligne que l'exception visée par l'al. 4(2)(b) quant à la renonciation s'applique uniquement lorsqu'un État étranger introduit une instance devant un tribunal canadien et, de cette façon, se soumet à la juridiction du tribunal à l'égard de cette instance. Cet alinéa ne comporte aucune ambiguïté apparente. Il soutient que la simple réponse à l'argument de l'appelant est que l'Allemagne n'a pas introduit l'instance en cause.

Les intimés font aussi valoir que la renonciation ne s'étend pas aux actions nouvelles ou distinctes même si elles ont le même objet que l'instance introduite par l'État étranger ou un objet connexe. Si le Parlement avait voulu lever l'immunité pour toute procédure découlant de l'instance introduite par l'État étranger ou s'y rapportant de quelque manière, il n'aurait pas mentionné des catégories spécifiques de procédures au par. 4(4) :

4. . . .

(4) La soumission à la juridiction d'un tribunal qui s'opère soit par l'introduction d'une instance soit par l'intervention ou l'acte de procédure qui ne sont pas soustraits à l'application de l'alinéa (2)(c) vaut pour les interventions de tiers et les demandes reconventionnelles découlant de l'objet de cette instance.

Je suis d'accord avec les arguments des deux intimés sur l'interprétation de l'al. 4(2)(b). En particulier, je suis d'avis que l'Allemagne n'a pas introduit les procédures judiciaires, car la demande d'arrestation et d'emprisonnement de l'appelant était adressée au pouvoir exécutif en vertu du Traité d'extradition. C'est le ministre de la Justice qui a autorisé le procureur général à demander un mandat

22

23

24

an arrest warrant. The appellant's tort liability action against the government of Germany is an action that is separate and distinct from the extradition process initiated by Germany. There is nothing in the wording of the legislation or in the Extradition Treaty, to suggest that Germany would impliedly waive its sovereign immunity from law suits in the Canadian courts every time it exercised its treaty-based right to request extradition.

25 As an alternative argument, the appellant submits that s. 4(5) applies because the Superior Court of Justice is only exercising a "supervisory jurisdiction" over the arrest warrant proceedings initiated by Germany, the legality of which is now challenged by the appellant. Section 4(5) reads as follows:

4. . . .

(5) Where, in any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4), that submission is deemed to be a submission by the state to the jurisdiction of such one or more courts by which those proceedings may, in whole or in part, subsequently be considered on appeal or in the exercise of supervisory jurisdiction.

26 I agree with the Attorney General's submission that s. 4(5) simply extends the waiver of immunity arising from proceedings that fall within s. 4(2) or s. 4(4) to include appeals from, or judicial review of, those proceedings. As the appellant's lawsuit does not fall within either s. 4(2) or s. 4(4), it is outside the scope of s. 4(5).

27 As noted by Doherty J.A., it would be contrary to the concepts of comity and mutual respect between nations to hold that a country that calls upon Canada to assist in extradition only does so at the price of losing its sovereign immunity and of submitting to the domestic jurisdiction of Canadian courts in matters connected to the extradition request, and not only in respect of the extradition proceeding itself.

C. *Does the Personal Injury Exception under Section 6(a) Apply to Limit Germany's Immunity?*

28 The appellant submits that the mental distress, denial of liberty and damage to reputation he

d'arrestation. L'action en responsabilité civile que l'appelant a intentée contre le gouvernement de l'Allemagne demeure distincte du processus d'extradition amorcé par ce pays. Rien dans le libellé de la loi ou du Traité d'extradition n'autorise à penser que l'Allemagne renoncerait implicitement à son immunité de juridiction contre des poursuites devant les tribunaux canadiens chaque fois qu'elle exercerait le droit que lui confère le traité de demander une extradition.

L'appelant soutient subsidiairement que le par. 4(5) s'applique parce que la Cour supérieure de justice exerce seulement un « pouvoir de contrôle » sur la procédure introduite par l'Allemagne pour obtenir un mandat d'arrestation, dont l'appelant conteste maintenant la légalité. Le paragraphe 4(5) dit :

4. . . .

(5) La soumission à la juridiction d'un tribunal intervenue selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4) vaut également pour les tribunaux supérieurs devant lesquels l'instance pourra être portée en totalité ou en partie par voie d'appel ou d'exercice du pouvoir de contrôle.

Je souscris à l'argument du procureur général que le par. 4(5) étend simplement la renonciation à l'immunité dans les instances visées par les par. 4(2) ou 4(4) aux appels ou aux contrôles judiciaires de ces instances. L'action de l'appelant ne relevant pas de ces paragraphes, le par. 4(5) ne s'y applique pas.

Le juge Doherty souligne qu'il serait contraire aux principes de courtoisie et de respect mutuel entre les nations de conclure qu'un pays qui demande au Canada de l'aider en matière d'extradition ne peut le faire qu'en perdant son immunité de juridiction et en se soumettant à la juridiction des tribunaux canadiens sur les questions liées à la demande d'extradition, et non pas seulement à l'égard du processus d'extradition lui-même.

C. *L'exception relative aux dommages corporels à l'al. 6a) limite-t-elle l'immunité de l'Allemagne?*

L'appelant soutient que la souffrance morale, la privation de liberté et l'atteinte à la réputation

suffered due to his wrongful arrest and imprisonment was a “personal injury” under the exception in s. 6(a) of the *State Immunity Act*, and that it therefore limits Germany’s immunity. The argument in relation to the s. 6(a) exception can be divided into four parts: (1) development of common law, statutory, and international law principle of sovereign immunity; (2) whether wrongful arrest and imprisonment constitute “personal injury”; (3) application of international human rights law; and (4) interpretation of bilingual provisions, the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4 (“*Harmonization Act*”) and Quebec civil law.

(1) Development of Common Law, Statutory, and International Law Principle of Sovereign Immunity

The appellant observes that initially at common law, foreign states were immune from any suit and that this was consistent with the common law with respect to Crown immunity. Around the middle of the 20th century, exceptions to foreign state immunity developed. By 1975, foreign states could be sued in Canadian courts in proceedings concerning lands in Canada, debts arising from services performed for the foreign state’s lands in Canada, trust funds for the payment of creditors and matters arising from commercial transactions. The appellant submits that although a distinction between acts of government (*acta jure imperii*) and acts of a commercial nature (*acta jure gestionis*) began to emerge in common law, with the latter not being subject to immunity, this distinction does not seem to have been accepted in Canada: see *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, and *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997.

The intervener, the United States of America, brought up an argument that neither of the respondents raised which would severely restrict the scope of application of the exception. The United States

résultant de son arrestation et de sa détention illégales constituent, au sens de l’exception de l’al. 6a) de la *Loi sur l’immunité des États*, des « dommages corporels » et limitent en conséquence l’immunité de l’Allemagne. On peut diviser en quatre parties l’argumentation de l’appelant relative à l’exception de l’al. 6a) : (1) l’évolution du principe de l’immunité de juridiction en common law, dans les lois et en droit international; (2) la question de savoir si l’arrestation et la détention illégales constituent des « dommages corporels »; (3) l’application du droit international des droits de la personne; (4) l’interprétation des dispositions bilingues, la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4 (« *Loi d’harmonisation* ») et le droit civil du Québec.

(1) L’évolution du principe de l’immunité de juridiction en common law, dans les lois et en droit international

L’appelant fait remarquer qu’initialement, en common law, les États étrangers étaient à l’abri de toutes poursuites et que cela était compatible avec la common law relative à l’immunité de la Couronne. Vers le milieu du XX^e siècle, des exceptions à l’immunité des États étrangers sont apparues. En 1975, les États étrangers pouvaient être poursuivis devant les tribunaux canadiens dans les instances concernant des terres situées au Canada, des dettes contractées pour les services rendus quant aux terres des États étrangers au Canada, des fonds détenus en fiducie pour le paiement de créanciers et des affaires découlant d’opérations commerciales. L’appelant soutient que même si la common law a commencé à distinguer entre les actes de gouvernement (*acta jure imperii*) et les actes de nature commerciale (*acta jure gestionis*), ces derniers n’étant pas couverts par l’immunité, cette distinction ne semble pas avoir été acceptée au Canada : voir *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, et *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997.

Dans leur intervention, les États-Unis d’Amérique ont présenté un argument qu’aucun des intimés n’a soulevé et dont la réception restreindrait considérablement la portée de l’exception. Les États-Unis

asserts that a distinction must be made between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* in determining whether any of the exceptions to immunity under the *State Immunity Act* are applicable. Each of the exceptions to immunity depends, it is submitted, on the nature of commercial or other private law conduct underlying the claim. The intervener relied on the reference before this Court in *Re Canada Labour Code*, *supra*, where La Forest J. writing for the majority, stated that the common law developed a new theory of restrictive immunity under which courts extended immunity “only to acts *jure imperii* and not to acts *jure gestionis*” (p. 71). He went on to observe that the *State Immunity Act* was a “codification that is intended to clarify and continue the theory of restrictive immunity, rather than to alter its substance” (p. 73). According to the intervener, this comment implies that the *jure imperii/jure gestionis* distinction which underlies the theory of restrictive immunity applies to the entire Act.

31 In reply to this submission, the appellant argued that when Parliament enacted the *State Immunity Act* in 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, it codified that distinction in s. 5 of the Act. It also created a new exception, the death or personal injury exception at s. 6(a), that did not exist at common law. Had Parliament intended to limit the exception in s. 6 by the *jure imperii* and *jure gestionis* distinction, it would have incorporated the distinction into the statutory exception.

32 I accept the appellant’s argument on the irrelevance of the *jure imperii/jure gestionis* distinction for a number of reasons. First, the wording of s. 6(a) clearly states that this exception applies to all torts committed by a foreign state which cause death or personal injury. This express wording seems consistent with the evidence presented before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, by M. L. Jewett, Constitutional and International Law Section, Department of Justice, on April 9, 1981, where he explained that:

... dealing with the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, these terms, which are really only the functional equivalent of sovereign acts and

affirment qu’il faut faire une distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* lorsqu’on détermine l’applicabilité des exceptions prévues par la *Loi sur l’immunité des États*. Ils soutiennent que les exceptions à l’immunité découlent de la nature commerciale ou de droit privé de la conduite qui donne lieu à l’action. L’intervenant invoque le renvoi devant notre Cour *Re Code canadien du travail*, précité, où le juge La Forest, pour la majorité, déclare que la common law a élaboré une nouvelle théorie de l’immunité restreinte en vertu de laquelle les tribunaux n’accordent l’immunité « que pour les actes *jure imperii* et non pour les actes *jure gestionis* » (p. 71), et ajoute que la *Loi sur l’immunité des États* est une « codification [. . .] vis[ant] à clarifier et à maintenir la théorie de l’immunité restreinte, plutôt qu’à en modifier la substance » (p. 73). Selon l’intervenant, cette observation implique que la distinction *jure imperii/jure gestionis*, sur laquelle repose la théorie de l’immunité restreinte, s’applique à l’ensemble de la Loi.

En réponse à cet argument, l’appelant prétend que lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur l’immunité des États* en 1982 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 95), il a codifié cette distinction dans son art. 5. Il a aussi créé une nouvelle exception, l’exception du décès et des dommages corporels à l’al. 6a), qui n’existait pas en common law. Si le Parlement avait voulu limiter l’exception de l’art. 6 par une distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, il aurait intégré la distinction dans l’exception légale.

J’accepte l’argument de l’appelant sur la non-pertinence de la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* pour diverses raisons. Premièrement, le libellé de l’al. 6a) énonce clairement que l’exception s’applique à tout acte délictuel de l’État étranger causant un décès ou des dommages corporels. Ce libellé explicite paraît compatible avec le témoignage de M. L. Jewett, Section du droit constitutionnel et international, Ministère de la Justice, devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, le 9 avril 1981, où il explique que :

[TRADUCTION] . . . [concernant] la distinction entre les actes *jure imperii* et *jure gestionis*[.] [c]es termes, qui ne sont en réalité que des équivalents fonctionnels des actes

commercial acts, in themselves are not free from difficulty. We felt that rather than relying on perhaps outdated Latin terminology, focusing on commercial activity and talking about the nature of the activity would make it much easier for the courts to adapt this kind of test and bring it within the role which they perform to a day-to-day basis.

One of the problems inherent in the purpose test, and carried through in the concept of acts *jure imperii* is the whole notion that a state always acts, in one sense at least, in a sovereign capacity. It cannot act in any other capacity.

(*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 12, at p. 12:9)

Secondly, in my view, *Re Canada Labour Code*, *supra*, is inconclusive on this issue. In that reference, the Court considered only s. 5 of the Act (the commercial activity section), which does indeed codify the restrictive theory of immunity but does not deal directly with any other of the exceptions under the Act.

Furthermore, most of the international law authorities cited by the parties appear to accept that the personal injury exception does not distinguish between *jure imperii* and *jure gestionis* acts. See for example, Art. 11 of the *European Convention on State Immunity*, which states that:

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, or if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.

Article 12 of the “Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, provides a number of exceptions to sovereign immunity, including, “death or injury to the person”, with no reference to the *jure imperii/jure gestionis* distinction:

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise

souverains et des actes commerciaux, ne sont pas eux-mêmes exempts de difficultés. Nous avons pensé qu’au lieu de se fier à une terminologie latine peut-être périmée, on pourrait se concentrer sur l’activité commerciale et la nature de cette activité. Il serait ainsi beaucoup plus facile pour les tribunaux d’adapter ce genre de critère et de délimiter le rôle qu’il joue de jour en jour.

Un des problèmes inhérents au critère de l’objectif et qu’on retrouve dans le concept des actes *jure imperii* est que la notion générale qu’un État agit toujours, en un sens du moins, en qualité de souverain. Il ne peut agir à aucun autre titre.

(*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 12, p. 12:9)

Deuxièmement, le renvoi *Re Code canadien du travail*, précité, ne règle pas cette question, à mon avis. Dans ce renvoi, la Cour examine uniquement l’art. 5 de la Loi (l’article portant sur l’activité commerciale), qui codifie effectivement la théorie restrictive de l’immunité, mais ne traite pas directement des autres exceptions prévues par la Loi.

En outre, la plupart des textes de droit international que les parties ont cités paraissent accepter le fait que l’exception relative aux dommages corporels ne fait aucune distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Voir, par exemple, l’article 11 de la *Convention européenne sur l’immunité des États* :

Un État Contractant ne peut invoquer l’immunité de juridiction devant un tribunal d’un autre État Contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d’un préjudice corporel ou matériel résultant d’un fait survenu sur le territoire de l’État du for et que l’auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.

L’article 12 du « Projet d’articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » prévoit plusieurs exceptions à l’immunité de juridiction, dont le cas « de décès ou d’atteinte à l’intégrité physique d’une personne », sans mentionner la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* :

À moins que les États concernés n’en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l’immunité de juridiction devant un tribunal d’un autre État, compétent en

33

34

35

competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission. [Emphasis added.]

(*Yearbook of the International Law Commission 1991, supra*, at p. 44)

36

Also, that the “death or personal injury” restriction to immunity is applicable to both *jure imperii* and *jure gestionis* acts is confirmed in the *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, U.N. Doc. A/CN.4/366 and Add. 1, in the *Yearbook of the International Law Commission 1983 (1985)*, vol. II, Part One, at p. 25: see in particular paras. 63, 67, 77 and 99. In that Report, Special Rapporteur S. Sucharitkul explains at para. 69:

Whatever the activities of a State giving rise to personal injuries or damage to property within the territory of another State, whether in connection with *acta jure imperii* or *acta jure gestionis*, the fact remains that injuries have been inflicted upon and suffered by innocent persons, whether the act or omission was deliberate or unintentional or, indeed, negligent or accidental.

37

In addition, the interpretation advanced by the United States would deprive the victims of the worst breaches of basic rights of any possibility of redress in national courts. Given the recent trends in the development of international humanitarian law enlarging this possibility in cases of international crime, as evidenced in the case before the House of Lords, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827, such a result would jeopardize at least in Canada a potentially important progress in the protection of the rights of the person.

(2) Whether Wrongful Arrest and Imprisonment Constitute “Personal Injury”

38

The main issue raised by the appellant is whether the Court of Appeal for Ontario erred in holding

l’espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d’atteinte à l’intégrité physique d’une personne, ou en cas de dommage ou de perte d’un bien corporel, dû à un acte ou à une omission prétendument attribuable à l’État, si cet acte ou cette omission s’est produit, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l’auteur de l’acte ou de l’omission était présent sur ce territoire au moment de l’acte ou de l’omission. [Je souligne.]

(*Annuaire de la Commission du droit international 1991, op. cit.*, p. 46)

De plus, le fait que la restriction à l’immunité en cas de « décès ou dommages corporels » s’applique tant aux actes *jure imperii* qu’aux actes *jure gestionis* est confirmé dans le *Cinquième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, Doc. N.U. A/CN.4/366 et Add. 1, dans l’*Annuaire de la Commission du droit international 1983 (1985)*, vol. II, première partie, p. 27, et en particulier ses par. 63, 67, 77 et 99. Dans ce rapport, le rapporteur spécial, S. Sucharitkul, donne l’explication suivante (au par. 69) :

Que les activités de l’État étranger ayant entraîné un préjudice corporel ou matériel relèvent des *acta jure imperii* ou des *acta jure gestionis*, il reste que des victimes innocentes ont subi ce préjudice; la réalité du préjudice demeure, qu’il résulte d’un acte délibéré ou involontaire, d’une carence ou d’une omission, d’une négligence ou d’un accident.

En outre, l’interprétation avancée par les États-Unis priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux. Vu l’évolution récente du droit humanitaire international qui étend la possibilité de redressement dans les cas de crimes internationaux, comme le montre l’arrêt de la Chambre de lords *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827, un tel résultat mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne.

(2) L’arrestation et la détention illégales sont-elles des « dommages corporels »?

La principale question soulevée par l’appellant est de savoir si la Cour d’appel de l’Ontario

that the term “personal injury” in s. 6(a) of the *State Immunity Act* applies only to claims of physical injury, and does not apply to wrongful arrest and imprisonment. The decision from the Court of Appeal followed its earlier decision in *Friedland*, *supra*, which was under appeal in this Court at the time *Schreiber* was being heard in the Court of Appeal. It should be noted that the appeal in *Friedland* was subsequently discontinued: [2001] 2 S.C.R. ix. Doherty J.A. found that the *Friedland* case was dispositive of the appellant’s submission that his claim fell within the s. 6(a) exemption to state immunity and found no basis for departing from this earlier decision.

The appellant argues that the Court of Appeal for Ontario has rendered conflicting judgments on the meaning of “personal injury” in s. 6(a) of the *State Immunity Act*. In *Walker*, *supra*, McKinlay J.A. of the Court of Appeal for Ontario wrote at p. 510 that:

We agree with the position of counsel for the respondent that the scope of personal injury covered by s. 6 is not merely physical, but could include mental distress, emotional upset, and restriction of liberty. However, we do not accept his position that the alleged injuries in this case occurred in Canada, as required by s. 6.

On the other hand, in *Friedland*, *supra*, the same court stated at para. 25 that:

In our view, s. 6(a) does not assist *Friedland*. The *obiter* statement of McKinlay J.A. in *Walker*, at p. 510, that “the scope of personal injury covered by s. 6 . . . could include mental distress, emotional upset, and restriction of liberty” does not mean that s. 6 extends to mental distress or emotional upset in all cases. Otherwise, a party could invoke s. 6(a) merely by claiming damages for alleged mental distress or emotional upset, an interpretation that would expand the exception far beyond its intended scope and render the doctrine of sovereign immunity ineffective. We agree with counsel for the appellants that the “personal injury” exception refers primarily to physical injury that s. 6(a) extends to mental distress and emotional upset only insofar as such harm arises from or is linked to a physical injury. This interpretation is consistent with the generally accepted international understanding of the “personal

s’est trompée lorsqu’elle a décidé que l’expression « dommages corporels » à l’al. 6a) de la *Loi sur l’immunité des États* s’applique uniquement aux cas de préjudice physique, et ne s’applique pas à l’arrestation et à la détention illégales. La Cour d’appel suivait un de ses arrêts antérieurs, *Friedland*, précité, qui était lui-même en appel devant notre Cour au moment de l’audition de l’affaire *Schreiber* en Cour d’appel, mais qui a ultérieurement fait l’objet d’un désistement : [2001] 2 R.C.S. ix. Le juge Doherty conclut que l’arrêt *Friedland* répond à l’argument de l’appelant selon lequel son action relève de l’exception de l’al. 6a) à l’immunité des États et il ne voit aucune raison de s’écarter de cet arrêt antérieur.

L’appelant soutient que la Cour d’appel de l’Ontario a rendu des arrêts contradictoires sur le sens de l’expression « dommages corporels » à l’al. 6a) de la *Loi sur l’immunité des États*. Dans *Walker*, précité, le juge McKinlay de la Cour d’appel de l’Ontario fait ce commentaire (à la p. 510) :

[TRADUCTION] Nous convenons avec l’avocat de l’intimée que la portée des dommages corporels à l’art. 6 ne se limite pas à l’aspect physique, mais peut aussi couvrir la souffrance morale, les troubles émotifs et la privation de liberté. Nous n’acceptons toutefois pas son argument selon lequel les dommages allégués se sont produits au Canada, comme l’exige l’art. 6.

En revanche, dans *Friedland*, précité, la même cour déclare au par. 25 que :

[TRADUCTION] À notre avis, l’al. 6a) n’aide pas *Friedland*. Les remarques incidentes du juge McKinlay dans *Walker*, p. 510, selon lesquelles « la portée de dommages corporels à l’art. 6 [. . .] peut [. . .] couvrir la souffrance morale, les troubles émotifs et la privation de liberté », ne signifient pas que l’art. 6 couvre la souffrance morale ou les troubles émotifs dans tous les cas. Autrement, une partie pourrait invoquer l’al. 6a) simplement en réclamant des dommages-intérêts pour souffrance morale ou troubles émotifs, interprétation qui élargirait l’exception bien au-delà de sa portée envisagée et rendrait sans effet le principe de l’immunité de juridiction. Nous sommes d’accord avec l’avocat des appelants que l’exception relative aux « dommages corporels » vise principalement les blessures physiques et que l’al. 6a) ne couvre la souffrance morale et les troubles émotifs que dans la mesure où ils découlent d’une blessure

injury” exception to sovereign immunity. [Emphasis added.]

40 According to the appellant, Canadian law recognizes that imprisonment is an injury to the person. In criminal law, wrongful imprisonment is regarded as a serious offence. In tort law, false imprisonment is actionable. In constitutional law, imprisonment is recognized as a deprivation of a person’s s. 7 *Charter* right to liberty. While imprisoned, a person’s freedom of movement is restricted and his or her privacy violated. The appellant submits that Canadian law also recognizes that the suffering of mental distress and damage to his reputation are injuries to a person. As such, he concludes that clear wording in s. 6(a) would be required to offset the recognition that the causing of mental distress and injury to reputation through wrongful imprisonment are injuries to the person. Since s. 6(a) has no such clear wording, mental distress and injury to reputation through wrongful imprisonment must be included in the exception to foreign state immunity in s. 6(a).

41 The respondents counter that the appellant did not suffer personal injury within the meaning of s. 6(a). They submit that the only “injury” suffered by the appellant was a lawful, peaceful arrest, which, they assert, was made pursuant to a purported error of law. In their view, such an error of law cannot be “personal injury” for the purposes of s. 6(a).

42 I agree with the submission of the respondent Germany that *Friedland* established that the scope of the exception in s. 6(a) is limited to instances where mental distress and emotional upset were linked to a physical injury. For example, psychological distress may fall within the exception where such distress is manifested physically, such as in the case of nervous shock. It seems clear that McKinlay J.A.’s statement in *Walker* was made in *obiter* and that such finding had no bearing on the case before that court. I further agree that Doherty J.A. was correct when he

physique ou y sont liés. Cette interprétation est conforme à l’interprétation, généralement acceptée sur le plan international, de l’exception des « dommages corporels » à l’immunité de juridiction. [Je souligne.]

D’après l’appelant, le droit canadien reconnaît que la détention constitue un dommage à la personne. En droit criminel, la détention illégale est considérée comme une infraction grave. En droit de la responsabilité civile, la séquestration de personne donne lieu à poursuite. En droit constitutionnel, la détention est reconnue comme la violation du droit de la personne à la liberté que garantit l’art. 7 de la *Charte*. La détention d’une personne restreint sa liberté de mouvement et porte atteinte à son droit à la vie privée. L’appelant soutient que le droit canadien reconnaît aussi que la souffrance morale et l’atteinte à la réputation sont des dommages à la personne. En conséquence il maintient que l’al. 6a) doit contenir une disposition expresse pour permettre d’écarter la reconnaissance du fait que la souffrance morale et l’atteinte à la réputation causées par la détention illégale constituent des dommages à la personne. L’alinéa 6a) ne contenant aucune disposition de ce genre, l’exception à l’immunité des États étrangers prévue par cet alinéa doit couvrir la souffrance morale et l’atteinte à la réputation causées par la détention illégale.

Les intimés répliquent que l’appelant n’a subi aucun dommage corporel au sens de l’al. 6a). Ils soutiennent que le seul « dommage » subi par l’appelant était une arrestation légale et pacifique qui résulterait selon eux d’une erreur de droit. À leur avis, une telle erreur de droit ne peut constituer un « dommage corporel » pour l’application de l’al. 6a).

Je suis d’accord avec l’argument de l’intimée l’Allemagne que l’arrêt *Friedland* établit que la portée de l’exception de l’al. 6a) se limite aux cas où la souffrance morale et les troubles émotifs sont liés à un préjudice physique. Par exemple, la détresse psychologique peut être visée par cette exception lorsqu’elle se manifeste physiquement, comme dans le cas d’un choc nerveux. Il semble clair que l’affirmation du juge McKinlay dans *Walker* était une remarque incidente et que son observation n’avait aucun effet dans l’affaire dont la cour était saisie.

chose to rely on *Friedland* in reaching his decision to dismiss the appellant's appeal as it seems consistent with the position taken in academic writings and international law sources.

(a) *Academic Writings*

The applicable case law and academic writings seem to indicate that the term "personal injury" generally denotes "physical" injury. According to D. A. Dukelow and B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995), "personal injury" does not include "mental injury" and is defined at p. 891 as:

Bodily or physical injury. K. D. Cooper-Stephenson & I. B. Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (Toronto: Carswell, 1981) at 5.

In the first edition of their book, Cooper-Stephenson and Saunders explain further:

"Personal injury" is not a term of legal definition. Though "death" may sometimes require legal specification as to the moment of its occurrence, for purposes of damages assessment it merely denotes a tragic and most extreme consequence of injury. Personal injury involves physical or bodily injury to someone. Its most common form is wounding or disfigurement, whether internal or external, but included also are sickness or disease and psychological or emotional injury physically manifested. The sequence of events leading to personal injury in this sense may involve external bodily impact or it may not (as in some cases of emotional injury physically manifested). So the term "personal injury" refers to a resulting difference in someone's physical condition, rather than to its cause.

As regards damages for personal injury and death, focus is placed on the consequences of the injury rather than on the injury itself. Both consequential economic loss and resulting emotional distress or anguish are included as part of the assessment. However, if these types of loss are suffered independently of physical injury, they fall outside the scope of personal injury claims. [Emphasis added.]

(*Personal Injury Damages in Canada* (1981), at p. 5)

J'estime également que le juge Doherty a eu raison de s'appuyer sur l'arrêt *Friedland* pour rejeter l'appel de l'appelant puisque cet arrêt semble compatible avec la position adoptée dans la doctrine et les sources de droit international.

a) *La doctrine*

La jurisprudence et la doctrine paraissent indiquer que l'expression « *personal injury* » connote généralement l'existence d'un dommage « physique ». Selon D. A. Dukelow et B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995), « *personal injury* » ne comprend pas le « dommage moral » et est défini à la p. 891 comme :

[TRADUCTION] Préjudice causé au corps humain ou physique. K. D. Cooper-Stephenson & I. B. Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (Toronto : Carswell, 1981), p. 5.

Dans la première édition de leur livre, Cooper-Stephenson et Saunders expliquent aussi que :

[TRADUCTION] « *Personal injury* » n'est pas un terme de définition juridique. Même si « *death* » peut parfois exiger une précision en droit quant au moment où le décès survient, ce mot ne fait que connoter, aux fins de l'évaluation des dommages, la conséquence tragique et la plus extrême de ces dommages. *Personal injury* implique un dommage causé au corps humain, un dommage physique. Sa forme la plus commune est la blessure ou le défigurement, interne ou externe, mais ce mot comprend également la maladie ainsi que les troubles psychologiques et émotifs qui se manifestent physiquement. La séquence des événements conduisant aux dommages corporels dans ce sens peut comprendre un impact corporel externe ou non (comme dans certains cas de troubles émotifs qui se manifestent physiquement). « *Personal injury* » vise donc la différence qui se produit dans l'état physique plutôt que la cause de cette différence.

Quant aux dommages-intérêts pour les dommages corporels et le décès, l'accent est mis sur les conséquences du dommage plutôt que sur le dommage lui-même. L'évaluation tient compte des pertes indirectes et financières ainsi que de la détresse émotive ou de l'angoisse qui en résultent. Toutefois, si ces pertes sont subies indépendamment des dommages corporels, elles ne relèvent pas des actions pour dommages corporels. [Je souligne.]

(*Personal Injury Damages in Canada* (1981), p. 5)

43

44

45 Interestingly, in the most recent edition of that text (K. D. Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2nd ed. 1996)), the author sets out the modern context of personal injury damages (including the civil action and no-fault compensation schemes) and does not provide a definition of “personal injury”. However, he seems to premise his book on the notion of “personal injury” as having a physical origin and does not seem to contradict his earlier definition.

46 A similar approach is found in comments dealing with workplace accidents and compensation. For example, in P. Cane, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law* (5th ed. 1993), although the book does not define “personal injury”, it does only address the legal framework surrounding the compensation of physical injury. (See for example, the discussion on the compensation for bodily harm at p. 5 and positive acts causing physical injury under the scope of the tort of negligence at pp. 61-63.)

(b) *International Law Reports and Conventions*

47 A few secondary sources of international law have also limited the term “personal injury” to “physical injury” in the context of the personal injury exception to immunity. For example, the International Law Commission’s commentaries on its “Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property” state that art. 12, which deals with injury to the person, “does not cover cases where there is no physical damage. Damage to reputation or defamation is not personal injury in the physical sense” (*Yearbook of the International Law Commission 1991, supra*, at p. 45). Furthermore, the *Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol* (1972) explains the purview of the exception for injury to the person found at art. 11 (at para. 48):

Where there has been injury to the person or damage to property, the rule of non-immunity applies equally to any concomitant claims for non-material damage resulting

Il est intéressant de noter que, dans l’édition la plus récente de cet ouvrage, K. D. Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2^e éd. 1996), l’auteur expose le contexte moderne des dommages-intérêts en matière de dommages corporels (dont l’action civile et les régimes d’indemnisation sans égard à la responsabilité) et ne fournit pas de définition de « *personal injury* ». Cependant, il paraît fonder son livre sur la prémisse que cette notion a une origine physique et il ne semble pas contredire sa définition antérieure.

On trouve une approche analogue dans des textes portant sur les accidents du travail et leur indemnisation. Par exemple, même si le livre de P. Cane, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law* (5^e éd. 1993), ne définit pas « *personal injury* », il traite uniquement du cadre juridique entourant l’indemnisation des dommages physiques. (Voir par exemple, l’analyse de l’indemnisation des préjudices corporels, à la p. 5, et les actes positifs causant des blessures physiques, dans le cadre du délit de négligence, aux p. 61-63.)

b) *Les rapports et les conventions de droit international*

Quelques sources secondaires de droit international limitent également les « dommages corporels » aux « dommages physiques » dans le contexte de l’exception applicable en matière d’immunité. Par exemple, les commentaires de la Commission du droit international sur son « Projet d’articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » précisent que « [l]’article 12 ne s’applique pas aux cas dans lesquels il n’y a pas de dommage corporel ou matériel. Ni la diffamation ni l’atteinte à la réputation ne sont une atteinte à la personne au sens physique du terme » (*Annuaire de la Commission du droit international 1991, op. cit.*, p. 47). En outre, les *Rapports explicatifs concernant la Convention européenne sur l’immunité des États et le protocole additionnel* (1972) traite de la portée de l’exception de l’article 11 relative aux dommages corporels (au par. 48) :

En cas de dommage corporel ou matériel, la règle de la non-immunité s’applique également aux demandes en réparation du préjudice moral résultant du même

from the same acts, provided of course that a claim for such damage lies under the applicable law. . . . Where there has been no physical injury and no damage to tangible property, the article does not apply.

(c) *Application of International Human Rights Law*

In support of a broad interpretation of the personal injury exception, the intervener Amnesty International advanced the proposition that the right to the protection of mental integrity and to compensation for its violation has risen to the level of a peremptory norm of international law which prevails over the doctrine of sovereign immunity.

I agree with the intervener that some forms of incarceration may conceivably constitute international human rights violations, such as an inordinately long sentence, or abusive conditions. However, incarceration is a lawful part of the Canadian justice system. Without evidence of physical harm, to find that lawful incarceration amounts to compensable mental injury would be to find that every prisoner who is incarcerated by the Canadian penal system is entitled to receive damages from the state. Although I agree with some of the submissions of the intervener with respect to the fact that mental injury may be compensable in some form at international law, neither the intervener nor any other party has established that a peremptory norm of international law has now come into existence which would completely oust the doctrine of state immunity and allow domestic courts to entertain claims in the circumstances of this case.

In the case at bar, there is no conflict between the principles of international law, at the present stage of their development, and those of the domestic legal order. International law sets out some general principles with respect to the origins and uses of sovereign immunity, but the domestic law sets out very specific exceptions to the general rule of sovereign immunity. A judgment of this Court, *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, sets out when

fait, pour autant, bien entendu, qu'une telle réparation puisse être réclamée selon le droit applicable [. . .] Lorsqu'aucune lésion corporelle ou autre atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ni aucun dégât à une chose n'ont été causés, l'article est inapplicable.

c) *L'application du droit international des droits de la personne*

À l'appui d'une interprétation large de l'exception relative aux dommages corporels, l'intervenante Amnistie internationale avance la thèse que le droit à la protection de l'intégrité psychologique et à l'indemnisation pour la violation de ce droit s'est élevé au rang de norme péremptoire de droit international qui l'emporte sur le principe de l'immunité de juridiction.

Je conviens avec l'intervenante qu'il est concevable que certaines formes d'incarcération constituent des violations des droits de la personne reconnus sur le plan international, comme les peines exagérément longues ou les conditions abusives. Cependant l'incarcération fait légitimement partie du système judiciaire canadien. Sans preuve de préjudice physique, conclure que l'incarcération légale constitue un préjudice moral donnant lieu à indemnisation reviendrait à admettre que chaque détenu du système pénal canadien a droit à des dommages-intérêts de la part de l'État. Bien que je sois d'accord avec certains arguments de l'intervenante voulant que le préjudice moral puisse donner lieu à une certaine forme d'indemnisation en droit international, ni l'intervenante ni les autres parties n'ont établi qu'il existe aujourd'hui une norme péremptoire de droit international qui écarte entièrement le principe de l'immunité de juridiction et permette aux tribunaux nationaux de statuer dans des circonstances de ce type.

En l'espèce, aucun conflit n'existe entre les principes du droit international, au stade actuel de leur évolution, et les principes du droit canadien. Le droit international énonce des principes généraux relativement à l'origine et à l'application de l'immunité de juridiction, mais le droit canadien prévoit des exceptions très précises à la règle générale de l'immunité de juridiction. Un arrêt de notre Cour, *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, précise quand

48

49

50

international law is appropriately used to interpret domestic legislation. In that case, Pigeon J. held at p. 541 that:

... this is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. It is a rule that is not often applied, because if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law. . . . [Emphasis added.]

51

The questions at stake fall within the purview of the domestic legislation. Indeed, it can be argued that the domestic legislation is more specific than the rules set out by the international legal principles and as such, there would be little utility in examining international legal principles in detail. In other cases, international law principles might have a more direct impact and the disposition of the matter might turn on their interpretation and application. In this appeal, the case turns on the interpretation of the bilingual versions of s. 6(a) of *State Immunity Act*, discussed below, rather than the interpretation of international law principles.

(d) *Meaning of “Personal Injury” Set out in Bilingual Provisions, the Québec Civil Law and the Harmonization Act*

(i) Interpretation of Bilingual Provisions

52

As mentioned earlier, the appellant submits that Canadian law recognizes that mental distress and damage to reputation are injuries to the person and that only clear wording in s. 6(a) would negate that recognition. The respondents rely on the rules governing the interpretation of bilingual legislation in Canada. They represent that while the words used in the English version of s. 6(a), both before and after the recent amendments under the *Harmonization Act* might be understood as including more than physical injury, the words used in the French version are straightforward and indicate that the s. 6(a) exception requires bodily injury.

53

The impugned provision reads as follows:

il convient d'utiliser le droit international pour interpréter la législation nationale. Dans cet arrêt, le juge Pigeon conclut à la p. 541 que :

[TRANSLATION] . . . il s'agit d'un cas d'application de la règle d'interprétation selon laquelle le législateur est réputé ne pas légiférer en violation d'un traité ou à l'encontre de la courtoisie internationale ou des règles établies de droit international. C'est une règle qui n'est pas souvent appliquée car si une loi est dénuée d'ambiguïté, ses dispositions doivent être observées même si elles s'opposent au droit international . . . [Je souligne.]

Les questions en jeu relèvent de la législation nationale. En réalité, on peut soutenir que la législation nationale est plus précise que les règles établies par les principes de droit international et qu'il est inutile de ce fait d'examiner ces principes en détail. Il se pourrait que, dans d'autres affaires, les principes de droit international aient un effet plus direct et que l'issue de ces affaires dépende de l'interprétation et de l'application de ces principes. Dans le présent pourvoi, l'affaire repose sur l'interprétation du texte bilingue de l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États*, analysé ci-dessous, plutôt que sur l'interprétation des principes de droit international.

d) *Le sens de l'expression « dommages corporels » dans les dispositions bilingues, le droit civil du Québec et la Loi d'harmonisation*

(i) L'interprétation des dispositions bilingues

Nous avons vu que l'appellant soutient que le droit canadien reconnaît que la souffrance morale et l'atteinte à la réputation constituent des dommages à la personne et qu'il faudrait que l'al. 6a) contienne une disposition expresse pour écarter cette reconnaissance. Les intimés invoquent les règles d'interprétation des lois bilingues au Canada. Ils avancent que, même si les mots utilisés dans le texte anglais de l'al. 6a), avant et après les récentes modifications de la *Loi d'harmonisation*, pouvaient être interprétés comme visant davantage que le dommage physique, le texte français est clair et précis et indique que l'exception exige l'atteinte à l'intégrité physique.

Les textes contestés sont les suivants :

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

- (a) any death or personal injury, or
- (b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

- a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;
- b) des dommages matériels survenus au Canada.

I agree with the submission of the Attorney General of Canada that the proper way to construe s. 6(a) of the Act is to read its words in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament: see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. Both language versions of federal statutes are equally authoritative. Where the meaning of the words in the two official versions differs, the task is to find a meaning common to both versions that is consistent with the context of the legislation and the intent of Parliament: see *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Lamy*, [2002] 1 S.C.R. 860, 2002 SCC 25; and *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24.

As the Attorney General of Canada observes, the term “*dommages corporels*” is not defined in the Act. I agree with the respondent’s submission that to interpret s. 6(a) to include injury not related to bodily injury would be to ignore the words used by Parliament in the French version. The interpretation of the Court of Appeal for Ontario reflects the common meaning available to the French and English versions of the provisions and is consistent with the key principles concerning the interpretation of bilingual statutes; see: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at pp. 165-81; and R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 215-35.

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

- a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;
- b) des dommages matériels survenus au Canada.

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

- (a) any death or personal injury, or
- (b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

Je suis d'accord avec l'argument du procureur général du Canada que la bonne interprétation de l'al. 6a) de la Loi consiste à lire ses termes dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Les versions française et anglaise des lois fédérales font pareillement autorité. Lorsque le sens des mots utilisés dans les deux versions officielles diffère, il faut chercher à dégager un sens commun aux deux versions qui soit conforme au contexte de la loi et à l'intention du législateur : voir *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Lamy*, [2002] 1 R.C.S. 860, 2002 CSC 25; et *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24.

Le procureur général du Canada fait remarquer que la loi en cause ne définit pas l'expression « *dommages corporels* ». Je conviens avec l'intimé qu'interpréter l'al. 6a) comme couvrant des dommages non liés à un dommage physique reviendrait à écarter les mots utilisés par le législateur dans la version française. L'interprétation de la Cour d'appel de l'Ontario reflète le sens commun qu'il est possible de donner aux versions française et anglaise des dispositions et est conforme aux principes fondamentaux d'interprétation des lois bilingues : voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 165-181; et R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 215-235.

56

A principle of bilingual statutory interpretation holds that where one version is ambiguous and the other is clear and unequivocal, the common meaning of the two versions would *a priori* be preferred; see: Côté, *supra*, at p. 327; and *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589. Furthermore, where one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning: see Côté, *supra*, at p. 327; *R. v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *Maurice Pollack Ltée v. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] S.C.R. 343; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456, at pp. 464-65; and *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 669.

57

In the case at bar, the French version, which states that the exception to state immunity is “*décès*” or “*dommages corporels*”, is, as we shall see, the clearer and more restrictive version compared to the English “death” or “personal injury”. According to the principles of bilingual statutory interpretation, the French version best reflects the common intention of the legislator found in both versions.

(ii) Quebec Civil Law

58

Determining the scope of application of s. 6(a) requires an examination of what is meant by “*dommage corporel*” or “*préjudice corporel*” in the law of civil delicts in Quebec. In order to understand the nature and effect of the problem of legislative interpretation that arises, it is necessary to review the classification of heads of damages in the Quebec law of civil delicts and of the meaning that it ascribes to the notion of “*préjudice corporel*”. This notion is well known and widely applied in Quebec law and has even become one of central components of the tripartite classification of damages in the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which came into force in 1994. Whenever fault and causation are established, art. 1457 *C.C.Q.* provides that all categories of damages must be compensated, whether they be “bodily, moral or material in nature”, or, as the French version puts it, “*corporel, moral ou matériel*”. Other provisions of the *C.C.Q.* refer to this basic classification of damages: with respect

Selon un principe d’interprétation des lois bilingues, lorsqu’une version est ambiguë tandis que l’autre est claire et sans équivoque, il faut privilégier *a priori* le sens commun aux deux versions : voir Côté, *op. cit.*, p. 413-414; et *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589. De plus, lorsqu’une des deux versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité : voir Côté, *op. cit.*, p. 414; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *Maurice Pollack Ltée c. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] R.C.S. 343; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l’accise*, [1977] 1 R.C.S. 456, p. 464-465; et *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, p. 669.

En l’espèce, le texte français, qui établit que l’exception à l’immunité des États est le « *décès* » ou les « *dommages corporels* », s’avère, comme on le constatera, plus clair et plus restrictif que le texte anglais qui utilise les termes « *death* » et « *personal injury* ». Suivant les principes d’interprétation des lois bilingues, le texte français reflète le mieux l’intention commune que le législateur a voulu exprimer dans les deux versions.

(ii) Le droit civil du Québec

Pour déterminer la portée de l’application de l’al. 6a), il faut examiner ce qu’on entend par « *dommage corporel* » ou « *préjudice corporel* » en droit de la responsabilité civile délictuelle au Québec. Afin de comprendre la nature et l’effet du problème d’interprétation des lois qui se pose, il faut considérer la classification des chefs de dommages en droit de la responsabilité civile délictuelle du Québec ainsi que le sens que ce droit attribue à la notion de « *préjudice corporel* ». Cette notion bien connue et appliquée largement en droit québécois est même devenue une des principales composantes de la classification tripartite des dommages dans le nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, entré en vigueur en 1994. L’article 1457 *C.c.Q.* prévoit que, lorsque la faute et le lien de causalité sont établis, toutes les catégories de dommages doivent faire l’objet d’une indemnisation, qu’il s’agisse d’un dommage « *corporel, moral ou matériel* ». D’autres dispositions du *C.c.Q.* font référence à cette

to bodily injury, see for example arts. 1458, 1614 and 2930.

The previous code, the *Civil Code of Lower Canada*, had not formally provided for such a classification. The classification then favoured by much academic comment in Quebec and often applied by the jurisprudence was bipartite, based on a distinction between what was variously designated as “*préjudice patrimonial et extrapatrimonial*” or “*pécuniaire ou non pecuniaire*” or “*économique et non économique*”. Although the vocabulary changed from time to time, the classification reflected the basic distinction in the *Civil Code* between patrimonial and non patrimonial rights: see N. Vézina, “Préjudice matériel, corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité” (1993), 24 *R.D.U.S.* 161, at pp. 165-66.

Nevertheless, the notion or classification of “*dommage corporel*” or “bodily injury” was well known and often used in the law of Quebec long before the coming into force of the new code. The *Civil Code of Lower Canada* made use of it in the provisions concerning prescription or limitations; for example, art. 2262 provided for a one-year prescription in the case of claims for “*lésions ou blessures corporelles*” or “bodily injuries”: see *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295 (P.C.), per Lord Russell of Killowen, at pp. 302-3; and also D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (2nd ed. 2002), at pp. 9-10. Article 2260a, added in 1974 to the *Civil Code of Lower Canada* in order to modify the prescription period applicable to claims for damages in matters of hospital and medical liability, used the expressions “*préjudice corporel ou mental*” and “bodily or mental prejudice”.

The inclusion of the category of “*préjudice corporel - bodily injury*” as a part of the organizing classification of damages in the Quebec law of civil responsibility signalled a shift in the analysis of damages. In the opinion of an author, the emphasis

classification de base des dommages : en matière de préjudice corporel, voir par exemple les art. 1458, 1614 et 2930.

Le code antérieur, le *Code civil du Bas Canada*, n'établissait pas de classification formelle. La classification que favorisaient alors beaucoup d'auteurs québécois et qu'appliquait souvent la jurisprudence était bipartite et se fondait sur une distinction, diversement exprimée, entre « préjudice patrimonial et extrapatrimonial », « pécuniaire et non pécuniaire » ou « économique et non économique ». Même si la terminologie a parfois changé, la classification reflétait la distinction fondamentale que faisait le *Code civil* entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux : voir N. Vézina, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993), 24 *R.D.U.S.* 161, p. 165-166.

Néanmoins, la notion ou la catégorie du « dommage corporel » ou « *bodily injury* » était bien connue et souvent utilisée en droit québécois bien avant l'entrée en vigueur du nouveau code. Le *Code civil du Bas Canada* l'utilisait dans les dispositions concernant la prescription; par exemple, l'art. 2262 fixait un délai de prescription d'un an dans le cas d'actions pour « lésions ou blessures corporelles » ou « *bodily injuries* » : *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295 (C.P.), p. 302-303, lord Russell of Killowen; et aussi D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (2^e éd. 2002), p. 9-10. L'article 2260a, ajouté en 1974 au *Code civil du Bas Canada* pour modifier le délai de prescription applicable aux actions pour dommages en matière de responsabilité hospitalière et médicale, utilisait les expressions « préjudice corporel ou mental » et « *bodily or mental prejudice* ».

L'inclusion de la catégorie « préjudice corporel - *bodily injury* » dans la structure de classification des dommages en droit de la responsabilité civile du Québec signale un changement dans l'analyse des dommages. Selon un auteur, l'accent est passé

59

60

61

shifted from the considerations of the damage arising out of the injury to that of the nature of the injury itself: see Gardner, *supra*, at pp. 12-13. The structure of the classification has drawn some criticism. As underlined by Professor Vézina, *supra*, at pp. 168-69, it tends to overlap and, at least in part, to subsume other categories, like moral and material damages: see also *Montréal (Ville de) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), *per* Pelletier J.A., at paras. 96-100. The new classification may have a significant impact on the assessment and recoverability of damages and the prescription of claims for personal injury; however, these issues need not be discussed here, as the only question relevant to this appeal is the definition of “*préjudice corporel*” itself.

62

This class of damages appears limited but flexible in its application. A common feature of claims falling within this class is that some form of a breach of physical integrity must be made out. A “*préjudice corporel*” is not only an invasion of the integrity of the person which enjoys broad protection in all its aspects under s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and art. 3 *C.C.Q.* It must be more specifically defined than that; otherwise, every form of harm to the person and of interference to the rights of the person would fall within the category of “*préjudice corporel*”. It seems that definitions of this notion require at least an element of breach of the physical integrity: see for example, Gardner, *supra*, at pp. 14-15, and also *Tarquini*, *supra*, *per* Pelletier J.A., at paras. 88 and 89 and the paragraphs that follow.

63

The notion of physical integrity remains at the same time flexible and capable of catching a broad range of interferences with the integrity of the person and the consequences flowing from them. It is not restricted to narrow situations where blood was drawn or bruises appeared on the body. As nervous shock caused by a very rough police operation was held to be a case of “*préjudice corporel*” as well as the physical pain and suffering caused by a physical interference with the person, torture leaving no marks on the body would be covered by the

de l'examen des dommages découlant du préjudice à celui de la nature du préjudice lui-même : Gardner, *op. cit.*, p. 12-13. La structure de la classification a provoqué des critiques. Comme le souligne le professeur Vézina, *loc. cit.*, p. 168-169, elle tend à déborder sur d'autres et, au moins en partie, à subsumer d'autres catégories, comme les dommages moraux et matériels : voir aussi le juge Pelletier dans *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), par. 96-100. La nouvelle classification peut avoir une incidence importante sur l'évaluation et le caractère indemnisable des dommages ainsi que sur la prescription des actions pour dommages corporels. Cependant il n'y a pas lieu d'analyser ces questions ici, la seule question pertinente dans le présent pourvoi étant la définition de l'expression « *préjudice corporel* » elle-même.

Cette catégorie de dommages paraît limitée mais souple dans son application. Les actions relevant de cette catégorie ont en commun la nécessité d'établir la présence d'une atteinte à l'intégrité physique. Un « *préjudice corporel* » n'est pas seulement une atteinte à l'intégrité de la personne, qui jouit d'une large protection sous tous ses aspects en vertu de l'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et de l'art. 3 *C.c.Q.* Il doit être plus précisément défini sinon toute forme de tort causé à une personne et d'entrave aux droits d'une personne relèverait de la catégorie du « *préjudice corporel* ». Il semble que les diverses définitions de cette notion requièrent au moins une forme d'atteinte à l'intégrité physique : voir par exemple, Gardner, *op. cit.*, p. 14-15, et le juge Pelletier dans *Tarquini*, précité, par. 88 et 89 ainsi que les paragraphes qui suivent.

La notion d'intégrité physique demeure à la fois souple et susceptible d'englober une vaste gamme d'atteintes à l'intégrité de la personne ainsi que les conséquences en découlant. Cette notion ne se limite pas aux cas précis où du sang a coulé ou des ecchymoses sont apparues sur le corps. Le choc nerveux causé par une intervention policière brutale a été jugé constituer un cas de « *préjudice corporel* » au même titre que la douleur et la souffrance physiques causées par une contrainte physique de la personne; de même, la

definition; see Gardner, *supra*, at p. 15, and *Dubé v. Québec (Procureur général)*, [1997] R.R.A. 555 (Sup. Ct.).

On the other hand, the requirement to show an actual breach of physical integrity means that interferences with rights properly characterized as being of a moral nature will not be included within this class of claims. Interferences with fundamental rights such as freedom, privacy or reputation interests may give rise to claims characterized as moral or material, depending in the personal interests affected. The shock caused by an unjustified arrest was thus held to give rise to a claim for moral damages, but not to an action for “*préjudice corporel*”: see *Michaud v. Québec (Procureur général)*, [1998] R.R.A. 1065 (Sup. Ct.); and Gardner, *supra*, at p. 22. Absent other forms of damage involving the physical integrity of the person, the loss of personal freedom caused by illegal police or state action with the attendant sense of humiliation, the loss of the ability to act independently, and the psychological stresses that flow from such situations, is assimilated into a form of moral damage and must be compensated as such. See: J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at p. 288.

Based on the provisions of the *C.C.Q.* and the relevant case law and doctrine set out above, I believe that the civil law concepts of “*préjudice corporel - bodily injury*”, despite their flexibility, incorporate an inner limitation to the potential ambit of s. 6(a) of the Act, requiring some form of interference with physical integrity. Although the terms “death” or “personal injury” found in the English version allow the possibility of non-physical injury to be captured within the s. 6(a) exception, the civil law concept of “*dommages corporels*” found in the French version of s. 6(a) does not. As the French version is the clearer and more restrictive version of the two, it best reflects the common intention of the legislator found in both versions. In order to negate the conclusion drawn from the bilingual interpretation of s. 6(a), the appellant makes a final argument based

torture ne laissant aucune trace sur le corps serait visée par la définition : Gardner, *op. cit.*, p. 15, et *Dubé c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.R.A. 555 (C.S.).

En revanche, l'exigence de la preuve d'une atteinte réelle à l'intégrité physique signifie que l'atteinte à des droits dûment qualifiés de droits d'ordre moral n'est pas incluse dans cette catégorie d'actions. Les atteintes à des droits fondamentaux comme le droit à la liberté, à la vie privée et à la réputation peuvent donner lieu à des actions qui sont considérées comme d'ordre moral ou matériel, selon les droits personnels touchés. Ainsi le choc causé par une arrestation injustifiée peut donner lieu à une action pour dommages moraux, mais non à une action pour « *préjudice corporel* » : *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.R.A. 1065 (C.S.); et Gardner, *op. cit.*, p. 22. En l'absence d'autres formes de préjudice comportant une atteinte à l'intégrité physique de la personne, la perte de la liberté personnelle résultant de l'acte illégal de la police ou de l'État, accompagnée du sentiment d'humiliation, de la perte de la capacité d'agir de façon indépendante ainsi que du stress psychologique qui découle de pareilles situations, demeure assimilée à une forme de dommage moral et doit être indemnisée comme telle : J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5^e éd. 1998), p. 288.

À la lumière des dispositions du *C.c.Q.* ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes, j'estime que, malgré leur souplesse, les concepts de droit civil de « *préjudice corporel - bodily injury* » intègrent une limite interne à la portée potentielle de l'al. 6a) de la Loi et exigent une certaine forme d'atteinte à l'intégrité physique. Bien que les mots « *death* » et « *personal injury* » de la version anglaise laissent entrevoir la possibilité que l'exception de l'al. 6a) englobe des dommages autres que physiques, la notion de droit civil de « *dommages corporels* » dans la version française de cet alinéa exclut cette possibilité. Étant donné que le texte français est le plus clair et le plus restrictif des deux, il reflète mieux l'intention du législateur commune aux deux versions. Pour contester la conclusion tirée de l'interprétation bilingue de l'al. 6a), l'appellant

on the amendments set out in the *Harmonization Act*.

(iii) *Harmonization Act*

66

The appellant submits that in the case at bar, the Court of Appeal for Ontario did not have the benefit of a clarifying amendment to s. 6(a) of the Act by the *Harmonization Act*, which came into force on June 1, 2001, a few months after the decision of the Court of Appeal for Ontario was rendered. The appellant argues that the purpose of the *Harmonization Act* was to clarify what those provisions have always meant and that had the Court of Appeal had the benefit of this statutory clarification, it would have recognized that “personal injury” should be given a broader interpretation and that the scope of the exception extends well beyond the restricted concept of a physical injury.

67

The amendment to s. 6(a) made by the *Harmonization Act* reads as follows:

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages aux biens ou perte de ceux-ci survenus au Canada. [Emphasis added.]

68

The appellant submits that “personal injury” must mean something more than just “bodily injury”, otherwise its inclusion in the English version of the *Harmonization Act* would be redundant. In particular, it must mean injury to such interests as mental integrity, dignity and reputation. The appellant points out that the Canadian drafters did not choose to incorporate any of the limitations and qualifications found in the United States and the United Kingdom legislation. In his opinion, the decisions in the courts below in the case at bar stand alone in

invoque un dernier argument, fondé sur les modifications apportées par la *Loi d'harmonisation*.

(iii) *La Loi d'harmonisation*

L'appelant fait valoir qu'en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario ne bénéficiait pas de la clarification apportée quelques mois plus tard à l'al. 6a) de la Loi par la *Loi d'harmonisation* entré en vigueur le 1^{er} juin 2001. L'appelant soutient que la *Loi d'harmonisation* avait pour objet de clarifier ce que ces dispositions ont toujours voulu dire et que si la Cour d'appel avait bénéficié de cette clarification législative, elle aurait reconnu que l'expression « dommages corporels » doit recevoir une interprétation plus large et que la portée de l'exception s'étend bien au-delà du concept restreint du préjudice physique.

Les modifications apportées à l'al. 6a) par la *Loi d'harmonisation* sont les suivantes :

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages aux biens ou perte de ceux-ci survenus au Canada.

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada. [Je souligne.]

D'après l'appelant, « *personal injury* » doit signifier davantage que simplement « *bodily injury* », sinon son inclusion aurait introduit une redondance dans le texte anglais de la *Loi d'harmonisation*. En particulier, cette expression doit inclure une atteinte à des droits comme l'intégrité morale, la dignité et la réputation. L'appelant souligne que les rédacteurs canadiens n'ont pas jugé bon d'intégrer les limites et les restrictions légales qu'on trouve dans la législation des États-Unis et du Royaume-Uni. À son avis, seules les décisions antérieures en

holding that personal injury in s. 6(a) includes only physical injury and have erred in doing so.

I am of the view that the *Harmonization Act* amendment does not help the appellant's position. Instead, I agree with the proposition advanced by the respondent (Attorney General of Canada) that the amendments made by the *Harmonization Act* ensure that the wording used in legislation which relies upon complementary provincial law reflect Canada's bijural and bilingual nature. The Attorney General of Canada submits that the term "bodily injury" was added to s. 6(a) to clarify the limited scope of the exception for the anglophone civil law audience by using wording that better reflects the civil law tradition. I agree with this interpretation and note that when the Minister of Justice and Attorney General of Canada, Anne McLellan, moved that the Harmonization Bill S-4 be read the second time and referred to a committee on May 7, 2001, she explained that:

The objectives of harmonization of federal legislation with the civil law of Quebec are to ensure that federal legislation is fully consistent with the new civil law concepts and institutions, that federal legislation employs correct and precise terminology, and that amendments to federal legislation take into account French common law terminology.

Let me be clear that Bill S-4 does not create substantive rights or enshrine any new individual or collective rights. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st sess., 37th Parl., at p. 3640)

This statement on the limited purpose of the *Harmonization Act* seems entirely consistent with the purpose set out in its preamble as well as the numerous parliamentary and senate debates explaining its purview and *raison d'être*: see Second Reading, *Debates of the Senate*, vol. 139, No. 5, 1st sess., 37th Parl., February 7, 2001, at pp. 83-88; Third Reading, *Debates of the Senate*, vol. 139, No. 25, 1st sess., 37th Parl., April 4, 2001, at pp. 572-76; and Third Reading, *Debates of the Senate*, vol. 139, No. 29, 1st sess., 37th Parl., April 26, 2001, at pp. 684-90.

l'espèce concluent que les dommages corporels de l'al. 6a) ne comprennent que les dommages physiques et sont erronées sur ce point.

Je suis d'avis que la modification apportée par la *Loi d'harmonisation* n'aide pas l'appelant. Au contraire, je suis d'accord avec la thèse avancée par l'intimée, le procureur général du Canada, selon laquelle les modifications apportées par cette loi garantissent que le libellé des lois qui renvoient à des concepts de droit provincial complémentaires reflète la nature bijuridique et bilingue du Canada. Le procureur général du Canada soutient que « *bodily injury* » a été ajouté à l'al. 6a) pour préciser la portée limitée de l'exception pour les civilistes anglophones en utilisant des termes mieux adaptés à la tradition de droit civil. Je suis d'accord avec cette interprétation, et je note l'explication suivante de la ministre de la Justice et procureure générale du Canada, Anne McLellan, quand elle a proposé de soumettre le projet de loi S-4 à la deuxième lecture et de le renvoyer à un comité, le 7 mai 2001 :

[TRADUCTION] L'harmonisation du droit fédéral et du droit civil du Québec vise à faire en sorte que les lois fédérales soient pleinement compatibles avec les nouveaux concepts et institutions du droit civil; qu'elles utilisent une terminologie correcte et précise et que les amendements apportés aux lois fédérales tiennent compte de la terminologie française du droit coutumier.

Je précise que le projet de loi S-4 ne crée aucun droit fondamental, ni ne reconnaît aucun droit individuel ou collectif. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., p. 3640)

Cet énoncé de l'objet limité de la *Loi d'harmonisation* semble entièrement compatible avec l'objet exposé dans son préambule de même qu'avec les nombreuses notes parlementaires et sénatoriales expliquant sa portée et sa raison d'être : Deuxième lecture, *Débats du Sénat*, vol. 139, n^o 5, 1^{re} sess., 37^e lég., 7 février 2001, p. 83-88; Troisième lecture, *Débats du Sénat*, vol. 139, n^o 25, 1^{re} sess., 37 lég., 4 avril 2001, p. 572-576; et Troisième lecture, *Débats du Sénat*, vol. 139, n^o 29, 1^{re} sess., 37 lég., 26 avril 2001, p. 684-690.

71

Furthermore, federal documents that explain the purposes and methodology of harmonization statutes confirm the redundant nature of the harmonizing terms. In the federal document, *Bijuralism in Canada: Harmonization Methodology and Terminology*, being booklet 4 of *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (2001), L. Maguire Wellington explains that the objective of harmonization “is not to merge the common law and the civil law into one legislative norm, but rather to reflect the specificity of each system in federal law” (p. 1). Among the numerous techniques employed to achieve harmonization is the “simple double” at pp. 9-10:

The simple double is a drafting technique that consists in presenting the terms or concepts specific to each legal system, one after the other

. . . .

It is worth noting that, similar to the approach followed in the context of bilingualism where priority is given to the language of the majority of the targeted population in bilingual texts, the common law term (real property) comes first, followed by the civil law term (immovable) in the English version. Conversely, the civil law term (*immeuble*) comes first followed by the common law term (*bien réel*) in the French version.

The amendment to s. 6(a) found in the *Harmonization Act* seems to use the “simple double” technique to ensure that the civil law term (“*dommages corporels*”) was added to the English version by inserting the words, “or bodily injury” to the list of “any death or personal injury”.

72

The publication of the Civil Law and Comparative Law Section of the federal Department of Justice, *Bijural Terminology Records* (2001), published around the time the *Harmonization Act* was assented to in 2001, further emphasizes the redundancy inherent in the harmonization of the common law and civil law terminology in both official languages. In particular, it makes specific reference to the problem that the expression “personal injury” has a potentially broader meaning in common law than in the civil law meaning. The harmonization solution it

En outre, les documents fédéraux qui expliquent les objets et la méthodologie des lois d’harmonisation confirment la redondance des termes d’harmonisation. Dans le document fédéral, *Bijuridisme canadien : Méthodologie et terminologie de l’harmonisation*, fascicule 4, *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (2001), L. Maguire Wellington explique que l’objectif de l’harmonisation « est non pas de fusionner deux systèmes de droit en une même législation, mais bien d’y refléter la spécificité de chaque système » (p. 1). Parmi les nombreuses techniques employées pour réaliser l’harmonisation, il y a celle du « doublet simple » (à la p. 10) :

Le doublet simple consiste à présenter les termes ou notions propres à chaque système de droit, les uns à la suite des autres.

. . . .

Il y a lieu de noter que, par analogie à l’approche suivie en matière de bilinguisme, où la préséance est accordée à la langue de la majorité de la population à laquelle se destine un texte bilingue, le terme de droit civil (*immeuble*) apparaît en premier suivi du terme de common law (*bien réel*) dans la version française. À contrario, le terme de common law (*real property*) apparaît en premier et est suivi par le terme de droit civil (*immovable*) dans la version anglaise.

La modification de l’al. 6a) par la *Loi d’harmonisation* semble utiliser la technique du « doublet simple » pour ajouter au texte anglais l’expression de droit civil « *bodily injury* » en l’insérant dans l’énumération « *any death or personal injury* ».

Les *Fiches terminologiques bijuridiques* (2001) de la Section du droit civil et du droit comparé du ministère fédéral de la Justice, publiées à peu près en même temps que la sanction de la *Loi d’harmonisation* en 2001, soulignent encore davantage la redondance inhérente à l’harmonisation de la terminologie de la common law et du droit civil dans les deux langues officielles. En particulier, on y note expressément le problème que crée la portée potentiellement plus large de l’expression « *personal injury* » en common law, que celle de son équivalent

identifies to avoid this potential problem (at p. 95) is, in fact, adopted by the s. 6(a) amendment set out in the *Harmonization Act*:

Solution: The words “or bodily” are added to the English version to better reflect the scope of this provision for civil law. No change is required to the French version as the concept of *dommages corporels* has a similar meaning in common law and civil law.

The appellant attacks the decisions of the two lower courts by relying on statutory interpretation principles militating against redundant drafting. In particular, the presumption against tautology stands for the proposition that words found in legislation are not generally considered redundant. As Côté, *supra*, writes (at pp. 275 and 277):

Assuming a statute to be well drafted, an interpretation which adds to the terms of its provisions or deprives them of meaning is not recommended.

It must also be assumed that each term, each sentence and each paragraph have been deliberately drafted with a specific result in mind. Parliament chooses its words carefully: it does not speak gratuitously.

See *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596, at p. 603.

However, as Côté, *supra*, points out, the rule against tautology is simply a presumption; there are cases which allow for redundancies. He writes at p. 278:

Even if the contrary is presumed, a statute may certainly be redundant. Sometimes the drafter has good reasons for saying the same thing in more than one way, for example to dispel doubts or avoid controversy. [Emphasis added.]

A closer analysis of s. 6(a) demonstrates that the addition set out in the *Harmonization Act* does not appear to be a case of poor or tautological drafting. Gardner, *supra*, writes of the difficulty of transplanting the notion of “*préjudice corporel*” into federal legislation (at p. 12):

en droit civil. De fait, la solution d’harmonisation proposée (p. 94) pour éviter ce problème potentiel a été adoptée dans la modification de l’al. 6a) par la *Loi d’harmonisation* :

Solution : Les mots *or bodily* sont ajoutés dans la version anglaise pour refléter plus adéquatement le droit civil. Aucune modification n’est nécessaire à la version française, puisque le concept de « dommages corporels » est similaire en droit civil et en common law.

L’appelant conteste les deux jugements antérieurs en se fondant sur les principes d’interprétation législative qui militent contre la redondance. En particulier, la présomption d’absence de tautologie étaye l’assertion selon laquelle les termes d’une loi ne sont généralement pas considérés redondants. Côté, *op. cit.*, p. 349-350, dit ceci :

Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait soit à ajouter des termes ou des dispositions, soit à priver d’utilité ou de sens des termes ou des dispositions.

En lisant un texte de loi, on doit en outre présumer que chaque terme, chaque phrase, chaque alinéa, chaque paragraphe ont été rédigés délibérément en vue de produire quelque effet. Le législateur est économe de ses paroles : il ne « parle pas pour ne rien dire ».

Voir *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596, p. 603.

Toutefois, Côté souligne que la règle excluant la tautologie est une simple présomption et que certains cas se prêtent aux redondances (à la p. 351) :

Une loi peut en effet comporter des redondances, même si on doit présumer qu’elle n’en contient pas. Il y a parfois de bonnes raisons de désigner la même chose par plusieurs termes différents, par exemple pour écarter des doutes ou éviter des controverses. [Je souligne.]

Une analyse plus approfondie de l’al. 6a) montre que l’ajout fait par la *Loi d’harmonisation* n’est pas un cas de mauvaise rédaction ou de rédaction tautologique. Gardner, *op. cit.*, p. 12, traite de la difficulté à transposer la notion de « préjudice corporel » dans la législation fédérale :

73

74

75

[TRANSLATION] Analyzing federal laws does not serve any useful purpose in this case, for two reasons. First, there are no federal statutes that define personal injury in a general way. Second, any attempt to systematize will be stymied by the wide variation in the terms used to convey the concept of personal injury. The expression “bodily harm” [*lésions corporelles*] is the one used most often (generally in the plural in French). However, Parliament sometimes uses the term “bodily injury” [*blesures corporelles*], not to mention the situations where two different expressions are used in the same statute. [Emphasis added.]

76

Furthermore, the very wording of the provision negates the appellant’s submission that the inclusion of the term “bodily injury” in s. 6(a) cannot be interpreted as a redundancy. The listing of “death” and “personal injury” in the original section is redundant in itself as death is ultimately the most serious of all personal injuries. Gardner, *supra*, observes that such redundancies are often inherent in the treatment of “*préjudice corporel*” in federal legislation (at p. 12):

[TRANSLATION] The word “death” is sometimes included expressly, while at other times it is included by implication in the concept that is being used.

77

Taking into consideration the interpretation given in Quebec civil law to the concept of “*préjudice corporel*” and its classifications of damages, one understands better the difficulties and constraints faced by the drafters of the *Harmonization Act* which require that the federal statute reflect the vocabulary and the methods of the two Canadian legal systems. Given that the purpose of the *Harmonization Act* is to highlight bijural terminology used by common law and civil law systems, and does not substantively change the law as set out in the statute, we are left interpreting s. 6(a) of the *State Immunity Act* using the usual techniques of interpretation.

78

The *State Immunity Act* creates exceptions to the classical and broad ranging principles of state immunity. Section 6(a) lifts the immunity in respect of proceedings for “death or personal or bodily injury” or, in the French version of the Act, “*les actions découlant . . . des décès ou dommages*

L’analyse des textes fédéraux ne se révèle d’aucune utilité en l’espèce, pour deux raisons. Premièrement, aucune loi fédérale ne définit de façon générale les notions de préjudice corporel ou dommage corporel. Deuxièmement, toute tentative de systématisation se heurte à la grande variété des termes employés pour traduire la notion de préjudice corporel. L’expression « lésions corporelles » est la plus souvent utilisée, généralement au pluriel. Cependant, le législateur emploie parfois les termes « blessures corporelles », sans compter les cas où deux expressions différentes sont employées dans le même texte de loi. [Je souligne.]

En outre, le libellé même de la disposition réfute l’argument de l’appelant selon lequel l’inclusion de l’expression « *bodily injury* » à l’al. 6a) ne peut pas être interprétée comme une redondance. Les mentions de « *death* » et « *personal injury* » dans l’article original sont en soi redondantes puisque le décès est en fin de compte le plus grave des dommages corporels. Gardner, *op. cit.*, p. 12, fait remarquer que de telles redondances sont souvent inhérentes à la façon dont la législation fédérale traite du « *préjudice corporel* » :

Les mots « décès » ou « mort » sont parfois ajoutés en complément alors qu’ils sont en d’autres occasions inclus implicitement dans la notion utilisée.

Si on tient compte de la façon dont le droit civil québécois interprète le concept de « *préjudice corporel* » et de sa classification des dommages, on comprend mieux les difficultés et les contraintes auxquelles faisaient face les rédacteurs de la *Loi d’harmonisation* qui exige que les lois fédérales reflètent la terminologie et les méthodes des deux systèmes juridiques canadiens. Comme la *Loi d’harmonisation* a pour objet de faire ressortir les termes bijuridiques utilisés en common law et en droit civil sans modifier la substance du droit exprimé par les dispositions des lois, nous n’avons d’autre option que d’interpréter l’al. 6a) de la *Loi sur l’immunité des États* selon les techniques d’interprétation habituelles.

La *Loi sur l’immunité des États* crée des exceptions aux grands principes traditionnels de l’immunité des États. L’alinéa 6a) lève l’immunité relativement aux « actions découlant [. . .] des décès ou dommages corporels survenus au Canada », ou selon le texte anglais relativement

corporels survenus au Canada". Under the principles governing the interpretation of bilingual and bijural legislation, where there is a difference between the English and French versions, the Court must search for the common legislative intent which seeks to reconcile them. The gist of this intellectual operation is the discovery of the essential concepts which appear to underlie the provision being interpreted and which will best reflect its purpose, when viewed in its proper context.

In this case, the French version is the clearer and more restrictive of the two versions. A failure to consider the key ideas underpinning the French version might lead to a serious misapprehension as to the scope of s. 6(a). It would broaden its scope of application to such an extent that the doctrine of state immunity could be said to have been largely abrogated, whenever a claim for personal injury is made.

Therefore, the guiding principle in the interpretation of the s. 6(a) exception, more consonant with the principles of international law and with the still important principle of state immunity in international relations, is found in the French version of the provision. It signals the presence of a legislative intent to create an exception to state immunity which would be restricted to a class of claims arising out of a physical breach of personal integrity, consistent with the Quebec civil law term "*préjudice corporel*". This type of breach could conceivably cover an overlapping area between physical harm and mental injury, such as nervous stress; however, the mere deprivation of freedom and the normal consequences of lawful imprisonment, as framed by the claim, do not allow the appellant to claim an exception to the *State Immunity Act*. This claim seems to be more in line with a Canadian *Charter* claim of deprivation of rights and is properly dismissed against the respondent, Germany.

aux actions pour « *death or personal or bodily injury* ». En vertu des principes régissant l'interprétation des lois bilingues de conception bijuridique, lorsqu'il y a une différence entre le texte français et le texte anglais, la Cour doit chercher à déterminer l'intention du législateur compatible avec les deux versions et tendant à les concilier. Cette opération intellectuelle est essentiellement la découverte des concepts essentiels qui paraissent sous-tendre la disposition à interpréter et qui en reflètent le mieux l'objet, au vu de son contexte propre.

En l'espèce, le texte français est le plus clair et le plus restrictif des deux. Le défaut de tenir compte des notions clés sur lesquelles repose la version française pourrait mener à une grave erreur d'interprétation de la portée de l'al. 6a) et élargirait son champ d'application à tel point que le principe de l'immunité des États pourrait être considéré avoir été aboli en grande partie dans les cas de poursuites pour dommages corporels.

Par conséquent, c'est dans la version française de la disposition qu'on trouve le principe directeur applicable à l'interprétation de l'exception de l'al. 6a), principe qui est plus compatible avec les principes de droit international et avec le principe de l'immunité des États, toujours important dans les relations internationales. Elle confirme l'intention du législateur de créer une exception à l'immunité des États, exception qui est restreinte à la catégorie des actions découlant d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne, conformément à l'expression de droit civil québécois « *préjudice corporel* ». Il est concevable que ce genre d'atteinte couvre une zone chevauchant le *préjudice corporel* et le *préjudice moral*, comme le *stress nerveux*; toutefois, la simple privation de liberté et les conséquences normales de l'incarcération légale décrites dans la déclaration ne permettent pas à l'appellant d'invoquer une exception à la *Loi sur l'immunité des États*. Son action s'apparente plutôt à une action intentée en vertu de la *Charte canadienne* pour la privation de droits garantis, et doit donc être rejetée à l'égard de l'intimée l'Allemagne.

79

80

VII. Conclusion and Disposition

81

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs, confirming the decisions of the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal for Ontario.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Henein and White, and Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitor for the respondent the Federal Republic of Germany: Ed Morgan, Toronto.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the United States of America: Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto.

Solicitor for the intervener Amnesty International: David Matas, Winnipeg.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer les jugements de la Cour supérieure de justice et de la Cour d'appel de l'Ontario.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant : Greenspan, Henein and White, and Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intimée la République fédérale d'Allemagne : Ed Morgan, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant les États-Unis d'Amérique : Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto.

Procureur de l'intervenante Amnistie Internationale : David Matas, Winnipeg.

Alan H. Coles *Appellant*

v.

Canam Enterprises Inc. *Respondent*

and

**CB Commercial Real Estate Group
Canada Inc., Kevin W. Leon and Peter D.
Senst** *Respondents (Third Parties)*

INDEXED AS: CANAM ENTERPRISES INC. v. COLES

Neutral citation: 2002 SCC 63.

File No.: 28264.

2002: October 8.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Binnie,
Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Courts — Abuse of process — Third party claim —
Third party claim not constituting abuse of process.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 481, 194 D.L.R. (4th) 648, 139 O.A.C. 1, 5 C.P.C. (5th) 218, [2000] O.J. No. 4607 (QL), upholding an order of the Superior Court of Justice (2000), 47 O.R. (3d) 446, [2000] O.J. No. 651 (QL), dismissing a third party claim. Appeal allowed.

Valerie A. Edwards and Duncan Embury, for the appellant.

Jeffrey S. Klein and Allen Wassermuhl, for the respondents (third parties).

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We agree with Goudge J.A. that it is not an abuse of process to allow Coles to bring the claim or require the realtors to defend it. The motion for summary judgment is dismissed and costs throughout are payable by the third parties.

Alan H. Coles *Appellant*

c.

Canam Enterprises Inc. *Intimée*

et

**CB Commercial Real Estate Group
Canada Inc., Kevin W. Leon et Peter D.
Senst** *Intimés (Mis en cause)*

RÉPERTORIÉ : CANAM ENTERPRISES INC. c. COLES

Référence neutre : 2002 CSC 63.

N^o du greffe : 28264.

2002 : 8 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Tribunaux — Abus de procédure — Mise en cause —
La demande de mise en cause ne constitue pas un abus de
procédure.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 481, 194 D.L.R. (4th) 648, 139 O.A.C. 1, 5 C.P.C. (5th) 218, [2000] O.J. No. 4607 (QL), qui a confirmé une ordonnance de la Cour supérieure de justice (2000), 47 O.R. (3d) 446, [2000] O.J. No. 651 (QL), rejetant une demande de mise en cause. Pourvoi accueilli.

Valerie A. Edwards et Duncan Embury, pour l'appellant.

Jeffrey S. Klein et Allen Wassermuhl, pour les intimés (mis en cause).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous souscrivons à l'opinion du juge Goudge selon laquelle ne constitue pas un abus de procédure le fait d'autoriser M. Coles à présenter la demande de mise en cause ou de requérir les courtiers en immeubles de la contester. La motion sollicitant un jugement sommaire est rejetée et les mis en cause sont condamnés au paiement des dépens devant toutes les cours.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Torkin Manes Cohen
Arbus, Toronto.*

*Solicitors for the respondents (third parties):
Klein & Schonblum, Toronto.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant : Torkin Manes Cohen
Arbus, Toronto.*

*Procureurs des intimés (mis en cause) : Klein &
Schonblum, Toronto.*

David Scott Hall *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Criminal Lawyers' Association (Ontario) and the Association des avocats de la défense de Montréal *Intervenants*

INDEXED AS: **R. v. HALL**

Neutral citation: **2002 SCC 64.**

File No.: 28223.

2002: April 23; 2002: October 10.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Presumption of innocence — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” infringing presumption of innocence and right “not to be denied reasonable bail without just cause” — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice” infringing right “not to be denied reasonable bail without just cause” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

David Scott Hall *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association des avocats de la défense de Montréal *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. HALL**

Référence neutre : **2002 CSC 64.**

N° du greffe : 28223.

2002 : 23 avril; 2002 : 10 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Présomption d'innocence — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « [s']il est démontré une autre juste cause » viole-t-elle la présomption d'innocence et le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » viole-t-elle le droit constitutionnel « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — First part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” inconsistent with Charter rights — Second part of s. 515(10)(c) authorizing denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” constitutional — Appropriate remedy — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Judicial interim release — Justification for detention in custody — Accused denied bail under s. 515(10)(c) of Criminal Code in order “to maintain confidence in the administration of justice” — Whether bail judge erred in denying bail on that basis — Whether s. 515(10)(c) of Criminal Code unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

In 1999, a woman’s body was found with 37 wounds to her hands, forearms, shoulder, neck and face. Her assailant had tried to cut off her head. The murder caused significant public concern and a general fear that a killer was at large. Based on compelling evidence linking the accused to the crime, he was charged with first degree murder. He applied for bail. The bail judge held that pre-trial detention was not necessary “to ensure . . . attendance in court” nor for the “safety of the public” (s. 515(10)(a) and (b) of the *Criminal Code*). He denied bail, however, under s. 515(10)(c) in order “to maintain confidence in the administration of justice” in view of the highly charged aftermath of the murder, the strong evidence implicating the accused, and the other factors referred to in para. (c). A superior court judge dismissed the accused’s *habeas corpus* application challenging the constitutionality of s. 515(10)(c). The Court of Appeal affirmed the decision.

Held (Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Binnie JJ.: Determining the constitutionality of denying bail in order to maintain confidence in the administration of justice requires considering

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — La première partie de l’art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il est démontré une autre juste cause » est incompatible avec les droits garantis par la Charte — La deuxième partie de l’art. 515(10)(c) qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » est constitutionnelle — Réparation convenable — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Motifs justifiant la détention — Mise en liberté sous caution de l’accusé refusée en vertu de l’art. 515(10)(c) du Code criminel « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » — Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a-t-il eu tort de la rejeter pour ce motif? — L’article 515(10)(c) du Code criminel est-il inconstitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).

En 1999, une femme a été trouvée morte. Son corps portait les marques de 37 entailles infligées aux mains, aux avant-bras, à l’épaule, au cou et au visage. Son agresseur avait essayé de la décapiter. Le meurtre a suscité beaucoup d’inquiétude dans la population et une crainte générale qu’un assassin soit en liberté. Sur la foi d’une preuve convaincante le liant au crime, l’accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. Il a présenté une demande de mise en liberté sous caution. Le juge appelé à se prononcer sur cette demande a décidé que la détention de l’accusé avant son procès n’était pas nécessaire « pour assurer sa présence au tribunal » ou pour la « sécurité du public » (al. 515(10)(a) et b) du *Code criminel*). Cependant, il s’est fondé sur l’al. 515(10)(c) pour lui refuser la mise en liberté sous caution afin de « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », compte tenu des lourdes conséquences du meurtre, de la preuve convaincante impliquant l’accusé et des autres facteurs mentionnés à l’al. c). Un juge de cour supérieure a rejeté la demande d’*habeas corpus* dans laquelle l’accusé contestait la constitutionnalité de l’al. 515(10)(c). La Cour d’appel a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Binnie : Il est nécessaire d’examiner l’ensemble de l’al. 515(10)(c) pour se prononcer sur la constitutionnalité du refus d’accorder la mise

s. 515(10)(c) as a whole. The portion of s. 515(10)(c) permitting detention “on any other just cause being shown” is unconstitutional. Because the impugned phrase confers an open-ended judicial discretion to refuse bail, it is inconsistent with both s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees a right “not to be denied reasonable bail without just cause”, and the presumption of innocence. It is a fundamental principle of justice that an individual cannot be detained by virtue of a vague legal provision. Parliament must lay out narrow and precise circumstances in which bail can be denied. The impugned phrase is not justified under s. 1 of the *Charter*. Its generality impels its failure of the proportionality branch of the *Oakes* test. To the extent the phrase is inconsistent with the *Charter*, it is void. The next phrase in s. 515(10)(c) (“without limiting the generality of the foregoing”) is also void since it only confirms the generality of the preceding phrase.

The balance of s. 515(10)(c), which authorizes the denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice”, is valid. It provides a basis for denying bail not covered by s. 515(10)(a) and (b). Although the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available because public confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole.

Denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” having regard to the factors set out in s. 515(10)(c) complies with s. 11(e) of the *Charter*. This ground is narrower and more precise than the old public interest ground which was struck down as vague in 1992 and provides an intelligible standard for debate and for the exercise of discretion. The means chosen do not go further than necessary to achieve Parliament’s purpose of maintaining public confidence in the bail system and the justice system as whole. Parliament has hedged the provision with important safeguards: a judge can only deny bail if satisfied that, in view of the four specified factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial of bail is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The provision is not overbroad but strikes an appropriate balance between the rights of

en liberté sous caution afin de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. La partie de l’al. 515(10)(c) qui permet la détention « [s’]il est démontré une autre juste cause » est inconstitutionnelle. Parce qu’ils confèrent aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, les mots contestés sont incompatibles avec l’al. 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable », et avec la présomption d’innocence. Selon un principe de justice fondamental, un individu ne peut pas être détenu en vertu d’une disposition législative imprécise. Le législateur doit exposer les circonstances bien précises dans lesquelles la mise en liberté sous caution peut être refusée. Les mots contestés ne sont pas justifiés au regard de l’article premier de la *Charte*. Ces mots ne satisfont pas au volet « proportionnalité » du critère de l’arrêt *Oakes* en raison de leur caractère général. Ils sont inopérants dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Charte*. Les mots suivants (« sans préjudice de ce qui précède ») que l’on trouve à l’al. 515(10)(c) sont également inopérants vu qu’ils ne font que confirmer la généralité de ceux qui précèdent.

Le reste de l’al. 515(10)(c), qui permet de refuser la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », est valide. Il énonce un motif de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, qui n’est pas visé par les al. 515(10)(a) et (b). Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d’invoquer ce motif de refus d’accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu’elles se présentent, il est essentiel de disposer d’un moyen de refuser cette mise en liberté étant donné que la confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l’ensemble du système de justice.

Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », eu égard aux facteurs énoncés à l’al. 515(10)(c), est conforme à l’al. 11(e) de la *Charte*. Ce motif est plus limité et précis que l’ancien motif de l’intérêt public qui a été invalidé pour cause d’imprécision en 1992. De plus, il énonce une norme intelligible permettant un débat et guidant l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Les moyens choisis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif du législateur de maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et dans l’ensemble du système de justice. Le législateur a assorti la disposition d’importantes garanties : le juge peut refuser d’accorder la mise en liberté sous caution uniquement s’il est persuadé, à la lumière des quatre facteurs énoncés et des circonstances connexes, qu’un membre raisonnable de la collectivité

the accused and the need to maintain justice in the community.

The appropriate remedy in this case is to sever the phrase “on any other just cause being shown, and without limiting the generality of the foregoing;”. The balance of s. 515(10)(c) can stand alone as a functioning whole without doing damage to Parliament’s intention.

The bail judge in this case considered the relevant factors and held that it was necessary to deny bail in order to maintain public confidence in the justice system. There is no error in his reasoning.

Per Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. (dissenting): At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects and our justice system must minimize unwarranted denials of liberty. In the criminal law context, this freedom is embodied generally in the right to be presumed innocent until proven guilty and specifically in the right to bail. Under s. 11(e) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. The reference to “just cause” requires that bail is to be denied only in a narrow set of circumstances and where necessary to promote the proper functioning of the bail system. It cannot be denied for a purpose extraneous to the bail system. Section 515(10)(c) must thus be scrutinized in light of these constitutional requirements.

Fear that a bail judge will be unable to protect the public without s. 515(10)(c) is without reasonable foundation. There is no evidence that the bail system was lacking in any way before the introduction of the provision in 1997, five years after the “public interest” ground for denying bail had been struck down as unconstitutionally vague. The Crown could not raise even a convincing hypothetical scenario that would require pre-trial detention for reasons not contemplated by s. 515(10)(a) or (b). The wording of s. 515(10)(b) is broad enough to encompass threats to “the protection or safety of the public” other than from an accused and including public unrest and vigilantism.

serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. La disposition n’a pas une portée excessive. Elle établit plutôt un juste équilibre entre les droits de l’accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité.

La réparation convenable en l’espèce consiste à dissocier de l’alinéa les mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, ». Le reste de l’al. 515(10)(c) demeure un ensemble fonctionnel et ne compromet pas l’intention du législateur.

Après avoir tenu compte des facteurs pertinents, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a conclu qu’il était nécessaire de la rejeter pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Son raisonnement n’est entaché d’aucune erreur.

Les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel (dissidents) : La liberté du citoyen est au cœur d’une société libre et démocratique, et notre système de justice doit réduire au minimum les privations injustifiées de liberté. En droit criminel, cette liberté se traduit de manière générale par le droit d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire et, plus précisément, par le droit à la mise en liberté sous caution. Aux termes de l’al. 11e) de la *Charte*, « [t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ». La mention d’une « juste cause » fait en sorte que la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis et lorsque cela s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. La mise en liberté ne peut être refusée à des fins extérieures au système de mise en liberté sous caution. Il faut donc examiner attentivement l’al. 515(10)(c) à la lumière de ces conditions constitutionnelles.

Est dépourvue de fondement raisonnable la crainte que le juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution soit incapable de protéger le public sans recourir à l’al. 515(10)(c). Rien ne prouve que le système de mise en liberté sous caution comportait quelque lacune avant l’introduction de la disposition en 1997, cinq ans après que le motif de l’« intérêt public » eut été invalidé pour cause d’imprécision inconstitutionnelle. Le ministère public a été incapable d’énoncer ne serait-ce qu’un scénario hypothétique convaincant où la détention avant le procès s’imposerait pour des motifs non prévus à l’al. 515(10)(a) ou (b). Le libellé de l’al. 515(10)(b) est assez général pour viser les menaces à « la protection ou [à] la sécurité du public » autres que celles que présente l’accusé, et notamment les désordres et les actes de justicier au sein de la population.

Section 515(10)(c) must be assessed as a whole. Its structure belies piecemeal analysis. To ignore the words at the heart of the provision and to focus only on the single listed example disregards the required analysis. For the purposes of argument, however, the two components of s. 515(10)(c) are assessed separately. Even if these components are considered independently, neither can withstand constitutional scrutiny.

It is impossible to hold that the phrase “any other just cause” provides for the denial of bail under a narrow set of circumstances. The phrase is deliberately open-ended and is more vague than the old “public interest” ground for denying bail because it fails to specify even a particular basis upon which bail may be denied. This open-ended judicial discretion to deny bail does not promote the proper functioning of the bail system. The broader the terms under which bail may be denied, the more the presumption of innocence — the *raison d’être* of the bail system — is compromised.

Nor does the “confidence in the administration of justice” component of s. 515(10)(c) provide a sufficiently precise standard. The specific factors listed in s. 515(10)(c) provide little more than a facade of precision. Whether the phrase “maintain confidence in the administration of justice” has been given a workable standard by courts and/or Parliament in other contexts, in the context of s. 515(10)(c) it is impermissibly vague because of the failure to establish a plausible and valid ground for denying bail that would serve the proper administration of the bail system and that is not already covered under the more specific grounds in s. 515(10)(a) and (b). Without such an independent ground, the listed factors, by themselves, point to a denial of bail on the mere two-fold basis of a serious crime and a strong *prima facie* case; however, it does not promote the proper functioning of the bail system to detain an accused on this basis alone, when the accused is not a flight risk and does not pose a threat to public safety. Section 515(10)(c) essentially revives the old “public interest” ground and invokes similarly vague notions of the public image of the criminal justice system. It is ripe for misuse and allows irrational public fears to be elevated above an accused’s *Charter* rights. In this case, the bail judge erred in considering the subjective fears of the public after determining there was no risk of flight nor any threat to the public. The reaction of the public may assist in determining the threat posed by the accused’s released under the public safety ground, but that is not what was decided in this case. The problem with s. 515(10)(c) is that it allows the subjective

L’alinéa 515(10)(c) doit être apprécié dans son ensemble. De par sa structure, il ne se prête pas à une analyse fragmentaire. C’est faire fi de l’analyse qui s’impose que de ne pas tenir compte des mots qui sont au cœur de cette disposition et de ne mettre l’accent que sur le seul exemple donné. Cependant, pour les besoins du débat, les deux volets de l’al. 515(10)(c) sont analysés séparément. Même lorsque ces volets sont considérés indépendamment l’un de l’autre, aucun ne résiste à l’examen constitutionnel.

Il est impossible de conclure que l’expression « une autre juste cause » permet de refuser la mise en liberté sous caution dans certains cas bien précis. Cette expression a une portée délibérément illimitée et est plus imprécise que l’ancien motif de l’« intérêt public », du fait qu’elle ne précise même pas un motif justifiant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution. Ce pouvoir discrétionnaire illimité de refuser la mise en liberté sous caution ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. Plus les conditions auxquelles la mise en liberté peut être refusée sont générales, plus la présomption d’innocence — qui est la *raison d’être* du système de mise en liberté sous caution — est compromise.

Le volet « confiance du public envers l’administration de la justice » de l’al. 515(10)(c) n’établit pas non plus une norme suffisamment précise. Les facteurs particuliers énumérés à l’al. 515(10)(c) contribuent tout au plus à donner une fausse apparence de précision. Peu importe que les tribunaux ou le législateur, ou les deux à la fois, aient considéré, dans d’autres contextes, que l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » établissait une norme pratique, cette expression est, dans le contexte de l’al. 515(10)(c), d’une imprécision inacceptable du fait qu’elle n’établit pas un motif de refus plausible et valide qui favoriserait la bonne administration du système de mise en liberté sous caution et qui n’est pas déjà visé par les motifs plus précis énumérés aux al. 515(10)(a) et (b). En l’absence d’un tel motif indépendant, les facteurs énumérés indiquent en soi que la mise en liberté sous caution sera refusée simplement en raison du double motif de la gravité de l’infraction et de l’existence d’une preuve convaincante à première vue. Toutefois, la détention, pour ce seul motif, d’un accusé qui ne risque pas de s’esquiver ou qui ne constitue pas une menace pour la sécurité du public ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. L’alinéa 515(10)(c) fait essentiellement renaître l’ancien motif de l’« intérêt public » et s’appuie sur des notions tout aussi imprécises de l’image du système de justice criminelle auprès du public. Il se prête aux abus et permet que les craintes irrationnelles du public l’emportent sur les droits que la *Charte* garantit à l’accusé. En l’espèce, le juge appelé

fears of the public and ill-informed emotional impulses extraneous to the bail system to form a sole basis for denying bail.

Section 515(10)(c) cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. First, the respondent did not identify a pressing and substantial objective furthered by the provision. Section 515(10)(c) is difficult to justify as “pressing and substantial”, especially given the respondent’s failure to identify particular circumstances where s. 515(10)(c) would validly operate. In enacting s. 515(10)(c), Parliament did not appear motivated by evidence of deficiencies in the bail system. No provision similar to s. 515(10)(c) exists in comparable legal systems. Second, s. 515(10)(c) fails the proportionality stage of the *Oakes* test. It authorizes detention for reasons not in furtherance of, and with no rational connection to, the proper functioning of the bail system. The broad discretion granted in s. 515(10)(c) cannot be viewed as minimally impairing the accused’s s. 11(e) right and permits detentions in a much broader array of circumstances than necessary. There is no proportionality between the deleterious and the salutary effects of s. 515(10)(c). Pre-trial detention has concrete and profound deleterious effects on the accused that outweigh any potential salutary effects that might exist.

The only available remedy is to strike down s. 515(10)(c) in its entirety. Although the section may encompass instances where bail could be denied without offending s. 11(e), this Court cannot sufficiently narrow the scope of that section without seriously intruding into the legislative sphere. In this regard, even if the administration of justice portion of the provision were constitutional, s. 515(10)(c) could not be read down to include only this portion. The second component of s. 515(10)(c) is but an example of denying bail “on any other just cause”. To convert a single example of an explicitly open-ended rule into the rule itself substantially

à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a eu tort de prendre en considération les craintes subjectives du public, après avoir conclu qu’il n’y avait aucune raison de craindre que l’accusé s’esquive ni aucune menace pour le public. La réaction du public peut entrer en ligne de compte dans l’évaluation de la menace que l’accusé pourra présenter pour la sécurité du public s’il est mis en liberté, mais ce n’est pas ce qui a été pris en considération en l’espèce. Le problème que pose l’al. 515(10)(c) est qu’il permet que les craintes subjectives du public et les réactions émotives de gens mal informés qui sont extérieures à notre système de mise en liberté sous caution justifient à elles seules le refus d’accorder la mise en liberté sous caution.

L’alinéa 515(10)(c) ne peut pas être sauvegardé au regard de l’article premier de la *Charte*. Premièrement, l’intimée n’a énoncé aucun objectif urgent et réel dont cet alinéa favoriserait la réalisation. Il est difficile d’affirmer que l’al. 515(10)(c) est justifié pour le motif qu’il se rapporte à une préoccupation « urgente et réelle », en raison particulièrement du défaut de l’intimée d’énoncer des circonstances particulières où l’application de cet alinéa serait valide. L’adoption de l’al. 515(10)(c) par le législateur ne paraît pas avoir été motivée par une preuve que le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes. Il n’existe aucune disposition semblable à l’al. 515(10)(c) dans des systèmes juridiques comparables. Deuxièmement, l’al. 515(10)(c) ne satisfait pas au critère de proportionnalité dégagé dans l’arrêt *Oakes*. Il permet la détention pour des motifs qui ne favorisent pas le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qui n’ont aucun lien rationnel avec celui-ci. On ne peut pas considérer que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l’al. 515(10)(c) porte une atteinte minimale aux droits garantis à l’accusé par l’al. 11(e). De plus, il autorise la détention dans beaucoup plus de cas que ce qui est nécessaire. Il n’y a aucune proportionnalité entre les effets pernicieux et les effets bénéfiques de l’al. 515(10)(c). La détention avant le procès a sur l’accusé des effets pernicieux tangibles et profonds qui l’emportent sur tout effet bénéfique éventuel.

La seule réparation possible est l’invalidation de l’al. 515(10)(c) au complet. Bien que cet alinéa puisse s’appliquer à des cas où la mise en liberté sous caution pourrait être refusée sans qu’il en résulte une violation de l’al. 11(e), notre Cour n’est pas en mesure d’en limiter suffisamment la portée sans empiéter gravement sur le domaine législatif. À cet égard, même si la partie relative à l’administration de la justice était constitutionnelle, l’al. 515(10)(c) ne saurait être considéré comme n’incluant que cette partie. Le second volet de l’alinéa n’est qu’un exemple de cas où la mise en liberté sous caution peut être refusée pour « une autre juste cause ». Prendre ce

changes the significance of the provision and contravenes Parliament's clear intention not to limit the generality of "any other just cause".

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239; *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377; *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76; *R. v. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Rose (1898), 18 Cox C.C. 717; *R. v. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155; *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *S v. Dlamini*, 1999 (4) SA 623; *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences, S.C. 1869, c. 30.
Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(e).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 457(7)(a), (b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486(1), 515(10) [am. 1997, c. 18, s. 59], 522.

seul exemple de l'application d'une règle dont la portée est explicitement illimitée et en faire la règle elle-même revient à modifier grandement le sens de la disposition et va à l'encontre de l'intention manifeste du législateur de ne pas restreindre le caractère général de l'expression « une autre juste cause ».

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239; *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377; *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76; *R. c. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

R. c. Rose (1898), 18 Cox C.C. 717; *R. c. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *S c. Dlamini*, 1999 (4) SA 623; *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

Lois et règlements cités

Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation, S.C. 1869, ch. 30.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(e).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1), 515(10) [mod. 1997, ch. 18, art. 59], 522.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 463(1) [mod. 1960-61, ch. 43, art. 16], (3).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 457(7)(a), (b).

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 463(1) [am. 1960-61, c. 43, s. 16], (3).
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 59.

Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
 Canada. National Council of Welfare. *Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication*. Ottawa: The Council, 2000.
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, 2nd Sess., 35th Parl., April 21, 1997, p. 60:30.
 Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
 Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.
 Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.
 Stuart, Don. "Hall: The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision" (2000), 35 C.R. (5th) 219.
 Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 136 O.A.C. 20, 147 C.C.C. (3d) 279, 35 C.R. (5th) 201, 77 C.R.R. (2d) 1, 50 O.R. (3d) 257, [2000] O.J. No. 3188 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice, [1999] O.J. No. 4565 (QL), dismissing the accused's application for *habeas corpus* and relief and upholding the constitutionality of s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. dissenting.

John Norris, for the appellant.

Eric H. Siebenmorgen, for the respondent.

Peter DeFreitas and *Robert W. Hubbard*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18, art. 59.
Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, ch. 37, art. 5.

Doctrine citée

Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.
 Canada. Conseil national du bien-être social. *La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social*. Ottawa : Le Conseil, 2000.
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 60, 2^e sess., 35^e lég., 21 avril 1997, p. 60:30.
 Friedland, Martin L. *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto : University of Toronto Press, 1965.
 Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.
 Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford : Stanford University Press, 1968.
 Stuart, Don. « Hall : The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision » (2000), 35 C.R. (5th) 219.
 Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 136 O.A.C. 20, 147 C.C.C. (3d) 279, 35 C.R. (5th) 201, 77 C.R.R. (2d) 1, 50 O.R. (3d) 257, [2000] O.J. No. 3188 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice, [1999] O.J. No. 4565 (QL), rejetant une demande d'*habeas corpus* et de réparation présentée par l'accusé et confirmant la constitutionnalité de l'al. 515(10)(c) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel sont dissidents.

John Norris, pour l'appelant.

Eric H. Siebenmorgen, pour l'intimée.

Peter DeFreitas et *Robert W. Hubbard*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Blais and Juli Drolet, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Louis P. Strezos, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christian Desrosiers and Martin Vaclair, for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

On May 3, 1999, Peggy Jo Barkley-Dube's body was found on the kitchen floor of her home in the city of Sault Ste. Marie. The cause of death was massive hemorrhage from approximately 37 separate slash wounds to her hands, forearms, shoulder, neck and face. Her neck had been cut to the vertebrae and medical evidence indicated that the assailant intended to cut her head off.

On June 4, 1999, the appellant, the victim's husband's second cousin, was charged with first degree murder. Compelling evidence linked him to the crime. Areas in the victim's home contained traces of the appellant's blood. Footprint impressions containing the victim's blood and matching the type of running shoes worn by the appellant were found in her dining room and kitchen. The same footprint impressions had been left by the appellant in his parents' home. A surveillance video from a convenience store showed the appellant on the night of the homicide wearing shoes matching those seized from his parents' home. The appellant admitted to police that he had been in the convenience store that night but denied that he had been wearing the shoes.

The murder received much media attention and caused significant public concern. A police officer testified that there was a general sense of fear that there was a killer at large, and the victim's father

Jacques Blais et Juli Drolet, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Louis P. Strezos, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christian Desrosiers et Martin Vaclair, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le 3 mai 1999, Peggy Jo Barkley-Dube a été trouvée morte, sur le plancher de la cuisine, dans sa maison de Sault Ste. Marie. Elle était décédée des suites d'une hémorragie massive provoquée par environ 37 entailles infligées aux mains, aux avant-bras, à l'épaule, au cou et au visage. Le cou de la victime était entaillé jusqu'aux vertèbres et, d'après la preuve médicale, l'agresseur avait essayé de la décapiter.

L'appellant, cousin germain du mari de la victime, a été accusé de meurtre au premier degré le 4 juin 1999. Une preuve convaincante le liait au crime. Il y avait des traces de sang de l'appelant dans des pièces de la maison de la victime. Des traces de pas, faites avec le sang de la victime et correspondant au type de chaussures de sport portées par l'appelant, ont été découvertes dans la salle à manger et la cuisine de la victime. L'appelant avait laissé les mêmes traces de pas au domicile de ses parents. L'enregistrement vidéo effectué par une caméra de surveillance dans un dépanneur a permis de constater que l'appelant portait, la nuit du meurtre, des chaussures correspondant à celles saisies au domicile de ses parents. L'appelant a avoué à la police être allé au dépanneur ce soir-là, mais a nié avoir porté ces chaussures.

Le meurtre a fait la manchette des médias et a suscité beaucoup d'inquiétude dans la population. Selon un policier, il régnait au sein de la population un sentiment général de crainte qu'un

testified that his wife and three other daughters were very fearful.

4

The appellant applied for bail. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10) provides that bail may be denied in three situations:

(a) where the detention is necessary to ensure [the accused's] attendance in court in order to be dealt with according to law;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public . . . including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment. [Emphasis added.]

5

Bolan J. held that the evidence did not support denying bail on the first two grounds. He was satisfied that the accused's community and family ties, plus the ample security proposed, would ensure that the accused would appear for his trial should he be released on bail. He was also satisfied that there was no reason to think the accused would commit an offence while on release and that bail conditions could be imposed which would eliminate this risk. He found, however, that the accused's detention was necessary to maintain confidence in the administration of justice in view of the highly charged aftermath of the murder, the strong evidence implicating the accused, and the other factors referred to in s. 515(10)(c).

6

Fear prevailed in the community. As Bolan J. put it:

assassin soit en liberté, et le père de la victime a déclaré que sa femme et ses trois autres filles étaient très effrayées.

L'appelant a présenté une demande de mise en liberté sous caution. Le paragraphe 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que la mise en liberté sous caution peut être refusée dans trois cas :

a) [l]a détention [de l'accusé] est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public [. . .] y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement. [Je souligne.]

Le juge Bolan a conclu que la preuve n'était pas le refus d'accorder la mise en liberté sous caution pour les deux premiers motifs. Il était convaincu qu'outre le cautionnement élevé proposé, les liens qu'entretenait l'accusé avec sa famille et la collectivité assureraient sa comparution au procès s'il était mis en liberté sous caution. Il était également persuadé que rien ne permettait de croire que l'accusé commettrait une infraction s'il était mis en liberté sous caution, et qu'il était possible d'assujettir sa mise en liberté à des conditions qui élimineraient ce risque. Il a cependant conclu que la détention de l'accusé était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu des lourdes conséquences du meurtre, de la preuve convaincante impliquant l'accusé et des autres facteurs mentionnés à l'al. 515(10)(c).

Un sentiment de crainte régnait dans la collectivité. Comme le juge Bolan l'a affirmé :

This City, like any other small cities, looks to its courts for protection. The feelings of the community have been expressed by certain witnesses. Some people are afraid, and some people have voiced their concerns. This is a factor which I will accordingly take into consideration when I assess the third ground.

Moreover, the offence was grievous:

There is no higher or worse crime in this country than first degree murder. It is the pinnacle of evil in our society. It is so evil that a conviction carries a life sentence with no parole eligibility for 25 years, subject to judicial review after 15 years. Insofar as the circumstances of the case are concerned, they can only be described as horrific.

Finally, the Crown's case was strong. Bolan J. stated:

This . . . forensic evidence makes the Crown's case very compelling. We have the evidence of an expert, someone who made a scientific study, who says that the print in the victim's blood came from a pair of shoes owned by the accused and found in the accused's father's residence. Putting it another way, the shoe fits the print.

Taking all these factors into account, Bolan J. concluded:

I am satisfied that the accused has showed good cause for release under grounds one and two, however, under the third ground his detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice.

The denial of bail was upheld on superior court review (Caputo J.) and in the Ontario Court of Appeal (*per* Osborne A.C.J.). Both courts upheld s. 515(10)(c) as constitutional and supported Bolan J.'s order. The appellant was convicted and was sentenced for second degree murder on November 10, 2000. However, the issue raised by his bail application continues to be important, if not for him, for others charged with offences and for the Canadian public.

[TRADUCTION] Cette ville, à l'instar de toute autre petite ville, compte sur les tribunaux pour sa protection. Certains témoins ont fait part des sentiments de la collectivité. Certaines personnes ont peur et d'autres ont exprimé leurs inquiétudes. Par conséquent, c'est un facteur dont je vais tenir compte dans mon examen du troisième motif.

De plus, l'infraction était grave :

[TRADUCTION] Il n'y a pas pire crime dans notre pays que le meurtre au premier degré. C'est l'acte le plus répréhensible dans notre société. Cet acte est si abominable qu'une déclaration de culpabilité entraîne un emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans, sous réserve d'un examen judiciaire après 15 ans. Tout ce que l'on peut dire des circonstances de l'affaire dont nous sommes saisis est qu'elles sont horribles.

Enfin, la preuve du ministère public était convaincante. D'affirmer le juge Bolan :

[TRADUCTION] Cet[te] [. . .] preuve médico-légale rend très convaincante la preuve du ministère public. Nous avons le témoignage d'un expert, qui a procédé à une analyse scientifique et qui affirme que l'empreinte faite avec le sang de la victime provenait de chaussures appartenant à l'accusé et découvertes à la résidence du père de l'accusé. Autrement dit, la chaussure correspond à l'empreinte.

À la lumière de tous ces facteurs, le juge Bolan a conclu :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que l'accusé a fourni de bons arguments pour justifier sa mise en liberté en ce qui concerne les deux premiers motifs; toutefois, en ce qui concerne le troisième motif, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

Le refus d'accorder la mise en liberté sous caution a été confirmé par une cour supérieure (le juge Caputo) et par la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint Osborne). Les deux cours ont jugé que l'al. 515(10)c) était constitutionnel et qu'il étayait l'ordonnance du juge Bolan. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et s'est vu infliger une peine à cet égard le 10 novembre 2000. Toutefois, la question soulevée par sa demande de mise en liberté sous caution demeure importante, si ce n'est pour lui, du moins pour les autres personnes accusées d'une infraction et pour la population canadienne.

7

8

9

10

11 The issue in this case is whether Bolan J. erred in denying bail on the basis that this was necessary “to maintain confidence in the administration of justice”. The appellant argues that the provision of the *Criminal Code* on which the order was based is unconstitutional on the ground that it violates the presumption of innocence and the right not to be denied reasonable bail except for “just cause” guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Emphasizing the opening reference to “other just cause”, the appellant asserts that the third ground is unnecessary and represents an attempt to revive the old public interest ground for denying bail which was held unconstitutional on the ground that it constituted a “standardless sweep”: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

12 Any bail provision that confers an open-ended judicial discretion to refuse bail is unconstitutional, and it is a fundamental principle of justice that an individual cannot be detained by virtue of a vague legal provision. For these reasons, I agree that the opening phrase of s. 515(10)(c), read as conferring a broad discretion to deny bail for “just cause”, is unconstitutional. However, the balance of s. 515(10)(c), which permits denial of bail where necessary to maintain confidence in the administration of justice, plays a vital role in preserving the bail system and the good administration of justice, and is neither unduly vague nor overbroad.

II. Analysis

1. *Legislative Background*

13 Section 11(e) of the *Charter* provides that “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. The right conferred is “a basic entitlement to be granted

Il s’agit, en l’espèce, de savoir si le juge Bolan a commis une erreur en refusant la mise en liberté sous caution pour le motif que cela était nécessaire « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». L’appelant plaide l’inconstitutionnalité de la disposition du *Code criminel* sur laquelle l’ordonnance est fondée pour le motif qu’elle va à l’encontre de la présomption d’innocence et du droit, garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, de ne pas être privé sans « juste cause » d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. Soulignant les premiers mots « autre juste cause », l’appelant prétend que le troisième motif est inutile et représente une tentative de rétablir l’ancien motif consistant à justifier par l’intérêt public le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, qui a été jugé inconstitutionnel parce qu’il laissait une « large place à l’arbitraire » : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

Toute disposition en matière de liberté sous caution qui confère aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution est inconstitutionnelle et, selon un principe de justice fondamental, un individu ne peut pas être détenu en vertu d’une disposition législative imprécise. Voilà pourquoi je conviens que les premiers mots de l’al. 515(10)c), interprétés comme conférant un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour une « juste cause », sont inconstitutionnels. Cependant, le reste de l’al. 515(10)c), qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, joue un rôle vital pour ce qui est de préserver le système de mise en liberté sous caution et d’assurer la bonne administration de la justice, et n’est ni trop imprécis ni trop général.

II. Analyse

1. *Le contexte législatif*

L’alinéa 11e) de la *Charte* prévoit que « [t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ». Le droit conféré est « un droit

reasonable bail unless there is just cause to do otherwise”: *Pearson, supra*, at p. 691. This entitlement rests on the presumption that an accused person is innocent until found guilty at trial. However, s. 11(e) also recognizes that, notwithstanding the presumption of innocence, “just cause” may exist for denying liberty to an accused person pending trial.

What is “just cause” for denying bail? To understand this, we must go back to the history of bail in Canada. In 1869, the Federal Government enacted legislation making bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30. Bail was therefore left to the discretion of the judge. Although the primary determinant for denying bail was the need to compel the accused’s attendance, courts also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused: see, for example, *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (B.C. Co. Ct.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (P.E.I.S.C.).

In 1972 the law of bail was recodified: *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act identified two branches for refusing bail: (1) where the accused’s detention was necessary to ensure his attendance in Court; or (2) where detention was “necessary in the public interest or for the protection or safety of the public” against the accused re-offending or interfering with the administration of justice. The use of “or” in the second branch led to the view that there were in effect three grounds for denying bail: (1) ensuring appearance at trial; (2) protection against criminal offences pending trial; and (3) the “public interest”. These grounds were originally enacted as s. 457(7)(a) and (b) of the *Criminal Code*, and later became s. 515(10)(a) and (b).

fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable saufs’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder » : *Pearson*, précité, p. 691. Ce droit repose sur la présomption qu’un accusé est innocent jusqu’à ce que la preuve du contraire soit faite au procès. Toutefois, l’al. 11e) reconnaît aussi qu’il peut exister, malgré la présomption d’innocence, une « juste cause » qui justifie le refus de mettre en liberté un accusé en attente de procès.

Qu’entend-on par « juste cause » justifiant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution? Pour comprendre cette notion, il faut faire l’historique de la mise en liberté sous caution au Canada. En 1869, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions : voir l’*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d’accusation*, S.C. 1869, ch. 30. La mise en liberté sous caution était donc laissée à la discrétion du juge. Même si la principale cause de refus invoquée était la nécessité de contraindre l’accusé à se présenter à son procès, les tribunaux ont également tenu compte d’autres facteurs tels la nature de l’infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l’accusé et la moralité de ce dernier : voir, par exemple, *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (C. cté C.-B.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (C.S.Î.-P.-É.).

En 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution a fait l’objet d’une nouvelle codification : *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. La Loi prévoyait deux motifs de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : (1) la détention de l’accusé était nécessaire pour assurer sa présence au tribunal, ou (2) sa détention était « nécessaire dans l’intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public » afin de l’empêcher de récidiver ou de nuire à l’administration de la justice. L’emploi du mot « ou » dans le second motif a amené à croire qu’il existait en réalité trois motifs de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : (1) assurer la comparution au procès, (2) la protection contre les infractions criminelles avant le procès, et (3) l’« intérêt public ». Édictés à l’origine aux al. 457(7)a) et b) du *Code criminel*, ces motifs ce sont retrouvés par la suite aux al. 515(10)a) et b).

14

15

16

In 1992, this Court first considered the application of s. 11(e) of the *Charter* to the law of bail in the cases of *Pearson* and *Morales*, *supra*. In *Pearson*, Lamer C.J., for the majority, held that s. 11(e) contained two distinct elements: (1) the right to “reasonable bail” in terms of quantum of any monetary component and other applicable restrictions; and (2) the right not to be denied bail without “just cause”. He interpreted the term “just cause” as meaning that bail could only be denied (1) in a narrow set of circumstances, where (2) denial was necessary to promote the proper functioning of the bail system.

17

In *Morales*, *supra*, the Court considered the constitutionality of the reverse onus provisions in s. 515(6)(a) and (d), narcotics provisions of the *Criminal Code*, as well as the validity of s. 515(10)(b). The Court unanimously upheld the reverse onus provisions, as well as the portion of s. 515(10)(b) related to an accused further offending while on bail. However, the majority struck down the portion of s. 515(10)(b) that authorized pre-trial detention if it was in the “public interest”, on the ground that it was vague, imprecise, and authorized a “standardless sweep” that would permit a “court [to] order imprisonment whenever it sees fit” (p. 732).

18

Five years after the “public interest” provision for denying bail was struck down, Parliament replaced it with s. 515(10)(c) which, after citing that bail could be denied “on any other just cause being shown”, permits a judge to deny bail where this is necessary to maintain confidence in the justice system, having regard to all the circumstances of the case, and in particular to four criteria. Parliament took to heart the Court’s criticism in *Morales* that the “public interest” ground was too vague and wanted to replace it with a

En 1992, notre Cour a examiné pour la première fois l’application de l’al. 11e) de la *Charte* au droit en matière de mise en liberté sous caution dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, précités. Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a conclu, au nom des juges majoritaires, que l’al. 11e) comporte deux éléments distincts : premièrement, le droit à un « cautionnement raisonnable » sur le plan du montant fixé et des autres restrictions applicables, et deuxièmement, le droit de ne pas être privé sans « juste cause » de la mise en liberté sous caution. Selon lui, l’expression « juste cause » signifie que la mise en liberté sous caution ne peut être refusée que — premièrement — dans certains cas bien précis lorsque — deuxièmement — cela est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

Dans l’arrêt *Morales*, précité, la Cour a examiné la constitutionnalité des dispositions portant inversion de la charge de preuve, contenues à l’al. 515(6)a) et à l’al. 515(6)d), dispositions du *Code criminel* relatives aux stupéfiants, ainsi que la validité de l’al. 515(10)b). La Cour a confirmé, à l’unanimité, la validité des dispositions portant inversion de la charge de preuve, ainsi que celle de la partie de l’al. 515(10)b) concernant le cas de l’accusé qui commet une autre infraction pendant qu’il est en liberté sous caution. Les juges majoritaires ont cependant invalidé la partie de l’al. 515(10)b) qui autorisait la détention avant le procès, si elle était nécessaire dans l’« intérêt public », pour le motif qu’elle était vague et imprecise et laissait une « large place à l’arbitraire » qui permettait au « tribunal [d’]ordonner l’emprisonnement quand il juge[ait] bon de le faire » (p. 732).

Cinq ans après l’invalidation de la disposition justifiant par l’« intérêt public » le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, le législateur l’a remplacée par l’al. 515(10)c) qui, après avoir précisé que la mise en liberté sous caution peut être refusée « [s’il] est démontré une autre juste cause », permet au juge de refuser de l’accorder si cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice, compte tenu des circonstances de l’affaire et, en particulier, de quatre critères. Le législateur a pris à cœur la critique formulée par la

provision giving more specific guidance. The record states:

As a result of representations made by a number of jurisdictions, we have attempted to substitute the public interest heading with a more precise set of criteria which would permit a judge to consider detention on more specific criteria. We think that we have accomplished that task and that judges will be able to make informed decisions. What we are proposing is neither too vague nor too imprecise. [Emphasis added.]

(F. Bobiasz, testifying for the Department of Justice before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 60, 2nd Sess., 35th Parl., April 21, 1997, at p. 60:30)

2. *The Scope of the Analysis*

Before considering the arguments, it is necessary to determine whether the constitutionality of the entirety of s. 515(10)(c) should be determined, or whether the analysis can be confined to the portion of para. (c) dealing with denial of bail to maintain confidence in the administration of justice. The Court of Appeal took the view that the bail judge proceeded under the latter portion, making it unnecessary to decide whether the broad opening phrase “on any other just cause being shown” was unconstitutional.

Read grammatically in its ordinary sense, s. 515(10)(c) suggests that Parliament intended two things. First, to grant a broad discretion to deny bail for “any other just cause”. Second, to single out a particular case in which Parliament felt denial of bail might be appropriate — where detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice.

In my view, we should not decide the constitutionality of the second part of para. (c) and leave the

Cour dans l’arrêt *Morales*, selon laquelle le motif de l’« intérêt public » était trop imprécis, et il a voulu le remplacer par une disposition fournissant des indications plus nettes. Le dossier indique ce qui suit :

Pour donner suite aux démarches d’un certain nombre de provinces ou territoires, nous avons tenté de substituer à cette disposition le motif de l’intérêt public défini selon un ensemble plus précis de critères, de sorte que le juge puisse envisager la détention pour des motifs plus nets. Nous estimons que nous avons réussi et que les juges pourront prendre des décisions plus éclairées. Ce que nous proposons n’est ni trop vague ni trop imprécis. [Je souligne.]

(Propos tenus par F. Bobiasz lorsqu’il a témoigné pour le compte du ministère de la Justice devant le comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 60, 2^e sess., 35^e lég., 21 avril 1997, p. 60:30)

2. *La portée de l’analyse*

Avant d’examiner l’argumentation, il est nécessaire de décider s’il y a lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de tout l’al. 515(10)c) ou si l’analyse peut être limitée à la partie de l’al. c) traitant du refus d’accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. La Cour d’appel s’est dite d’avis que le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution s’était fondé sur cette dernière partie, de sorte qu’il n’était pas nécessaire de décider si les premiers mots généraux « il est démontré une autre juste cause » étaient inconstitutionnels.

Selon son sens grammatical ordinaire, l’al. 515(10)c) indique que le législateur poursuivait deux objectifs. Premièrement, il a voulu conférer un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause ». Deuxièmement, il a voulu désigner un cas particulier où le législateur considérait qu’il pourrait être indiqué de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution — celui où la détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice.

À mon avis, il n’y a pas lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de la deuxième partie de l’al. c)

19

20

21

first unconsidered. First, although Bolan J. focused on maintaining confidence in the administration of justice, he arguably based his decision on the whole of s. 515(10)(c). Second, it is difficult to see how the first part could constitutionally stand if severed from the remainder, since on its face it would constitute the open-ended discretion and standardless sweep ruled unconstitutional in *Pearson and Morales*, *supra*. There is therefore no reason to separate the two portions and leave the opening phrase for another day. Finally, appeals on this provision are rare given the transitory nature of bail and the constitutional questions place the ambit of the entire provision before us; these factors suggest that we should consider the constitutionality of s. 515(10)(c) as a whole. I therefore propose to consider the constitutionality of s. 515(10)(c) as a whole.

3. *Constitutionality of Bail Denial for “Any Other Just Cause”*

22

The first phrase of s. 515(10)(c) which permits denial of bail “on any other just cause being shown” is unconstitutional. Parliament cannot confer a broad discretion on judges to deny bail, but must lay out narrow and precise circumstances in which bail can be denied: *Pearson and Morales*, *supra*. This phrase does not specify any particular basis upon which bail could be denied. The denial of bail “on any other just cause” violates the requirements enunciated in *Morales*, *supra*, and therefore is inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(e) of the *Charter*. Even assuming a pressing and substantial legislative objective for the phrase “on any other just cause being shown”, the generality of the phrase impels its failure on the proportionality branch of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, provides that a law is void to the extent it is inconsistent with the *Charter*. It follows that this phrase fails. The next phrase in the provision, “without limiting the generality of the foregoing”, is also void, since it serves

sans examiner la première partie. En premier lieu, bien que le juge Bolan ait mis l’accent sur le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice, on peut soutenir que sa décision repose sur l’ensemble de l’al. 515(10)c). En deuxième lieu, on voit difficilement comment la première partie pourrait demeurer constitutionnelle si elle était dissociée du reste de l’alinéa, étant donné qu’à première vue elle conférerait un pouvoir discrétionnaire illimité et laisserait une large place à l’arbitraire, ce qui a été jugé inconstitutionnel dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, précités. Il n’y a donc aucune raison de dissocier les deux parties et de reporter à une autre occasion l’examen des premiers mots de l’alinéa. Enfin, les appels portant sur cette disposition sont rares en raison de la nature transitoire de la mise en liberté sous caution, et les questions constitutionnelles soumises à notre examen concernent la portée de toute la disposition. Ces faits nous incitent à nous prononcer sur la constitutionnalité de l’ensemble de l’al. 515(10)c), et c’est ce que je compte faire.

3. *La constitutionnalité du refus de la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause »*

Les premiers mots de l’al. 515(10)c) qui permettent de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » sont inconstitutionnels. Le législateur ne peut pas conférer aux juges un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution, mais il doit plutôt exposer les circonstances bien précises dans lesquelles la mise en liberté sous caution peut être refusée : *Pearson* et *Morales*, précités. Ces mots ne décrivent aucun motif particulier pouvant justifier le refus d’accorder la mise en liberté sous caution. Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » ne respecte pas les exigences énoncées dans l’arrêt *Morales*, précité, et est donc incompatible avec la présomption d’innocence et l’al. 11e) de la *Charte*. Même en supposant qu’un objectif législatif urgent et réel sous-tend l’expression « il est démontré une autre juste cause », cette expression ne satisfait pas au volet « proportionnalité » du critère de l’arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) en

only to confirm the generality of the phrase permitting a judge to deny bail “on any other just cause”.

However, this does not mean that all of s. 515(10)(c) is unconstitutional. The loss of the above phrases leaves intact the balance of s. 515(10)(c), which is capable of standing alone grammatically and in terms of Parliament’s intention. Whatever the fate of the broad initial discretion para. (c) seems to convey, Parliament clearly intended to permit bail to be denied where necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to the four specified factors. This leaves the question of whether this latter part of s. 515(10)(c), considered on its own, is unconstitutional.

4. *Constitutionality of the Provision for Denying Bail Where Necessary to Maintain Confidence in the Administration of Justice*

(a) The Function of this Provision

Underlying much of the accused’s argument is the suggestion that the first two grounds for denying bail suffice and that a third ground serves only to permit the denial of bail for vague and unspecified reasons. Accepting this argument, Iacobucci J. concludes, at para. 86, that “the fear that a situation may arise where the bail judge is unable to provide for the protection of the public without relying on the residual ground is without reasonable foundation”.

Yet it seems to me that the facts of this case, as well as the facts in such cases as *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38 (B.C.C.A.), and the

raison de son caractère général. L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit qu’une règle de droit incompatible avec la *Charte* est inopérante. Ces mots sont donc inopérants. Les mots suivants, « sans préjudice de ce qui précède », sont également inopérants vu qu’ils ne font que confirmer la généralité de ceux qui autorisent un juge à refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’]il est démontré une autre juste cause ».

Toutefois, cela ne signifie pas que l’ensemble de l’al. 515(10)c est inconstitutionnel. La disparition des mots susmentionnés n’affecte pas le reste de l’al. 515(10)c qui est valide en soi sur le plan grammatical et sur celui de l’intention du législateur. Quel que soit le sort du large pouvoir discrétionnaire que l’al. c) semble conférer au départ, le législateur a nettement voulu permettre le refus d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, compte tenu des quatre facteurs mentionnés. Il reste à décider si cette dernière partie de l’al. 515(10)c est elle-même inconstitutionnelle.

4. *La constitutionnalité de la disposition autorisant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice*

a) Le rôle de cette disposition

Une bonne partie de l’argumentation de l’accusé repose sur l’idée que les deux premiers motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution sont suffisants et qu’un troisième motif a seulement pour effet d’autoriser le refus de la mise en liberté sous caution pour des raisons vagues et imprécises. Acceptant cet argument, le juge Iacobucci conclut, au par. 86, qu’est « dépourvue de fondement raisonnable la crainte qu’il puisse se présenter un cas où le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne sera en mesure d’assurer la protection du public que s’il s’appuie sur ce motif résiduel ».

Il me semble pourtant que les faits de la présente affaire, de même que ceux d’affaires telles que *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38 (C.A.C.-B.),

23

24

25

pre-*Morales* case of *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.), offer convincing proof that in some circumstances it may be necessary to the proper functioning of the bail system and, more broadly of the justice system, to deny bail even where there is no risk the accused will not attend trial or may re-offend or interfere with the administration of justice. Bolan J., on strong and cogent evidence, concluded that bail could not be denied on either of these grounds. But he also found that detention was necessary to maintain confidence in the administration of justice. The crime was heinous and unexplained. The evidence tying the accused to the crime was very strong. People in the community were afraid. As Proulx J.A., speaking of a similarly inexplicable and brutal murder stated in *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), at p. 480 C.C.C., [TRANSLATION] “[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society”. The provision at issue serves an important purpose — to maintain confidence in the administration of justice in circumstances such as these.

26

Therefore, Parliament provided for denial of bail where paras. (a) and (b) of s. 515(10) are not met but the judge, viewing the situation objectively through the lens of the four factors stipulated by Parliament, has decided that there is “just cause” for refusing bail. To allow an accused to be released into the community on bail in the face of a heinous crime and overwhelming evidence may erode the public’s confidence in the administration of justice. Where justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter. When the public’s confidence has reasonably been called into question, dangers such as public unrest and vigilantism may emerge.

et *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.) (antérieur à l’arrêt *Morales*), prouvent de façon convaincante que, dans certains cas, pour assurer le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et, de façon plus générale, celui du système de justice, il peut se révéler nécessaire de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution même s’il n’y a aucun risque que l’accusé ne se présente pas à son procès, qu’il récidive ou qu’il nuise à l’administration de la justice. Le juge Bolan a conclu, sur la foi d’une preuve solide et convaincante, qu’il ne pouvait pas refuser d’accorder la mise en liberté sous caution pour l’un ou l’autre de ces motifs. Toutefois, il est également arrivé à la conclusion que la détention était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Le crime commis était haineux et inexplicable. La preuve liant l’accusé au crime était très convaincante. La population était effrayée. Dans l’arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, p. 1159, le juge Proulx de la Cour d’appel du Québec a affirmé ceci au sujet d’un meurtre aussi inexplicable et sauvage : « Plus un crime comme celui-là est inexplicable et inexplicable, plus inquiétante pour la société s’avère la mise en liberté provisoire ». La disposition en cause vise un objectif important, à savoir le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice dans des circonstances comme celles de la présente affaire.

Le législateur a donc prévu que la mise en liberté sous caution pourrait être refusée dans le cas où les conditions des al. a) et b) du par. 515(10) ne sont pas respectées. Cependant, après avoir examiné objectivement les faits à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur, le juge a décidé qu’il existait une « juste cause » justifiant le refus de l’accorder. Permettre qu’une personne accusée d’avoir commis un crime haineux soit remise en liberté dans la collectivité, lorsque la preuve qui pèse contre elle est accablante, peut avoir pour effet de miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Lorsque le public n’a pas l’impression que justice est rendue, il risque d’avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice. Dans le cas où il est raisonnable de croire que la confiance du public est compromise, il peut notamment en résulter des désordres et des actes de justicier au sein de la population.

Public confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole: see *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689. Indeed, public confidence and the integrity of the rule of law are inextricably intertwined. As Hall J.A. stated in *MacDougal*, *supra*, at p. 48:

To sustain the rule of law, a core value of our society, it is necessary to maintain public respect for the law and the courts. A law that is not broadly acceptable to most members of society will usually fall into desuetude: witness the unhappy prohibition experiment in the United States. Courts must be careful not to pander to public opinion or to take account of only the overly excitable, but I believe that to fail to have regard to the provisions of s. 515(10)(c) in the relatively rare cases where it can properly be invoked would tend to work against maintaining broad public confidence in the way justice is administered in this country. [Emphasis added.]

My colleague Iacobucci J. acknowledges these arguments, but dismisses them for two reasons. First, he suggests at para. 83 that s. 515(10)(b) — the second ground — “is broad enough to encompass any type of threat to ‘the protection or safety of the public’”. Although the initial part of para. (b) speaks generally of “detention . . . necessary for the protection or safety of the public”, the remainder of the paragraph and the jurisprudence on the second ground see it as directed to whether the accused is likely to commit crimes while on bail or is otherwise likely to interfere with the proper administration of justice: see for example *Morales*, *supra*; *Rondeau*, *supra*; *R. v. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76, and *R. v. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL) (Prov. Ct.). To extend the second ground to general public protection is in effect to concede the ground the Crown contends for, but without the qualifying language and factors Parliament has set out in s. 515(10)(c). Second, my colleague states at para. 85 that “[e]ven if it were possible to imagine rare and isolated situations where it would be justifiable to deny bail for reasons other than those set out in paras. (a) and (b), we are not here dealing with such narrow specific grounds, but instead

La confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l’ensemble du système de justice : voir *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689. En effet, la confiance du public et le maintien de la primauté du droit sont intimement liés. Comme le juge Hall l’a affirmé dans l’arrêt *MacDougal*, précité, p. 48 :

[TRADUCTION] Pour maintenir la primauté du droit, une valeur fondamentale de notre société, il est essentiel de préserver le respect du public à l’égard des lois et des tribunaux. Habituellement, une loi qui n’est pas généralement acceptable pour la majorité des membres de la société tombe en désuétude, à preuve l’expérience regrettable vécue aux États-Unis en matière de prohibition. Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas céder à l’opinion publique ou de ne tenir compte que de l’avis de personnes trop promptes à s’énerver, mais je crois que le fait de ne pas tenir compte des dispositions de l’al. 515(10)c dans les cas relativement rares où cet alinéa peut être invoqué à bon droit aurait tendance à miner la confiance générale du public dans la manière dont la justice est administrée dans notre pays. [Je souligne.]

Mon collègue le juge Iacobucci prête attention à ces arguments, mais il les rejette pour deux raisons. Premièrement, il affirme, au par. 83, que le libellé de l’al. 515(10)(b) — le deuxième motif — « est assez général pour viser tout type de menace à “la protection ou [à] la sécurité du public” ». La première partie de l’al. b) parle, de manière générale, de « détention [. . .] nécessaire pour la protection ou la sécurité du public », mais, selon le reste de l’alinéa et la jurisprudence relative au deuxième motif, elle vise la question de savoir s’il est probable que l’accusé commettra des crimes ou qu’il nuira par ailleurs au bon fonctionnement de la justice s’il est mis en liberté sous caution : voir, par exemple, *Morales* et *Rondeau*, précités, ainsi que *R. c. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76, et *R. c. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL) (C. prov.). Étendre le deuxième motif à la protection du grand public revient, en fait, à admettre le motif avancé par le ministère public, mais sans les mots et les facteurs restrictifs énoncés par le législateur à l’al. 515(10)(c). Deuxièmement, mon collègue précise, au par. 85, que « [m]ême si on pouvait imaginer des cas rares et isolés où il pourrait être justifié de refuser la mise en liberté sous caution pour d’autres motifs que ceux

with a broad, open-ended provision”. With respect, it seems to me that we are indeed dealing with such narrow and specific grounds — the narrow facts of this appeal and the specific words of para. (c) that permit bail to be denied where denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice having regard to the four factors specified by Parliament.

29 The appellant argues that this Court in *Morales* and *Pearson* emphasized the first two grounds for bail denial, suggesting that other grounds must be seen as suspect. However, *Morales, supra*, made clear that the grounds for bail denial are not frozen. Indeed, such a suggestion runs counter to common sense and law. Parliament may make any law for bail denial it wishes, provided the law meets the constitutional requirements of the *Charter*.

30 Bail denial to maintain confidence in the administration of justice is not a mere “catch-all” for cases where the first two grounds have failed. It represents a separate and distinct basis for bail denial not covered by the other two categories. The same facts may be relevant to all three heads. For example, an accused’s implication in a terrorist ring or organized drug trafficking might be relevant to whether he is likely to appear at trial, whether he is likely to commit further offences or interfere with the administration of justice, and whether his detention is necessary to maintain confidence in the justice system. But that does not negate the distinctiveness of the three grounds.

31 I conclude that a provision that allows bail to be denied on the basis that the accused’s detention is

énumérés aux al. a) et b), nous avons affaire en l’espèce non pas à de tels motifs bien précis, mais plutôt à une disposition de portée large et illimitée. » En toute déférence, il me semble que nous avons effectivement affaire à de tels motifs bien précis, à savoir les faits particuliers du présent pourvoi et les mots précis de l’al. c) qui permettent de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, compte tenu des quatre facteurs mentionnés par le législateur.

L’appelant soutient que, dans les arrêts *Morales* et *Pearson*, notre Cour a insisté sur les deux premiers motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution, laissant entendre que tout autre motif doit être considéré comme discutable. Or, l’arrêt *Morales*, précité, indique clairement que les motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution ne sont pas figés. En fait, une telle hypothèse défie le bon sens et le droit. Le législateur peut édicter n’importe quelle règle de droit pour justifier le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, pourvu que cette règle de droit respecte les exigences constitutionnelles de la *Charte*.

Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice n’est pas simplement une solution générale applicable dans les cas où les deux premiers motifs n’ont pas pu être invoqués avec succès. Elle représente un motif séparé et distinct de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, qui n’est pas visé par les deux autres catégories. Les mêmes faits peuvent être pertinents à l’égard des trois motifs. Par exemple, l’implication d’un accusé dans un groupe terroriste ou une organisation se livrant au trafic de stupéfiants pourrait être pertinente pour déterminer s’il est probable qu’il comparaitra à son procès, s’il est probable qu’il commettra d’autres infractions ou qu’il nuira à l’administration de la justice, ou si sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Cependant, cela n’enlève rien au caractère distinct des trois motifs.

Je conclus qu’une disposition qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution à un

required to maintain confidence in the administration of justice is neither superfluous nor unjustified. It serves a very real need to permit a bail judge to detain an accused pending trial for the purpose of maintaining the public's confidence if the circumstances of the case so warrant. Without public confidence, the bail system and the justice system generally stand compromised. While the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available.

(b) Is the Ground for Denying Bail Unconstitutionally Vague or Overbroad?

This brings us to the main issue — whether denying bail “to maintain confidence in the administration of justice” having regard to the factors set out in s. 515(10)(c), complies with s. 11(e) of the *Charter*, which provides that bail may be denied only for “just cause”.

The appellant says that maintaining confidence in the administration of justice is vague and overbroad, and amounts to substituting a new phrase for the ground of “public interest” which the Court held unconstitutional in *Morales, supra*. However, the ground of maintaining confidence in the administration of justice as articulated in para. (c) is much narrower and more precise than the old public interest ground. The term “public interest” is imprecise and “has not been given a constant or settled meaning by the courts”: *Morales, supra*, at p. 732. The articulated ground of maintaining confidence in the administration of justice, by contrast, relies on concepts held to be justiciable and offers considerable precision.

The test for impermissible vagueness is whether the law so lacks precision that it fails to give

accusé pour le motif que sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice n'est ni superflue ni injustifiée. Elle répond à la nécessité très réelle de permettre au juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution d'ordonner la détention d'un accusé en attente de procès, si une telle mesure est nécessaire pour maintenir la confiance du public et si les circonstances de l'affaire le justifient. S'ils ne bénéficient pas de la confiance du public, le système de mise en liberté sous caution et le système de justice sont généralement compromis. Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d'invoquer ce motif de refus d'accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu'elles se présentent, il est essentiel de disposer d'un moyen de refuser cette mise en liberté.

b) Le motif de refus d'accorder la mise en liberté sous caution est-il inconstitutionnellement imprécis ou trop général?

Cela nous amène à la principale question, celle de savoir si le refus d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice », compte tenu des facteurs énoncés à l'al. 515(10)c), respecte l'al. 11e) de la *Charte*, selon lequel la mise en liberté ne peut être refusée que pour une « juste cause ».

Selon l'appelant, le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice est un motif imprécis et trop général, et revient à substituer une nouvelle expression au motif de l'« intérêt public » que la Cour a jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Morales*, précité. Toutefois, le motif du maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice, énoncé à l'al. c), est plus limité et précis que l'ancien motif de l'intérêt public. L'« intérêt public » est une expression imprécise à laquelle « les tribunaux n'ont pas donné de sens constant et établi » : *Morales*, précité, p. 732. Par contre, le motif explicite du maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice est très précis et repose sur des notions qui, a-t-on jugé, relèvent de la compétence des tribunaux.

Le critère de l'imprécision inacceptable consiste à examiner si une disposition législative est

32

33

34

sufficient guidance for legal debate: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 638-40. The test sets a high threshold: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 68. Laws are of necessity general statements that must cover a variety of situations. A degree of generality is therefore essential, and is not to be confused with vagueness, which occurs when the law is so imprecise that it does not permit legal debate about its meaning and application. As noted in *Morales*, *supra*, at p. 729: “To require absolute precision would be to create an impossible constitutional standard”.

35

The phrase “proper administration of justice” was held to provide an intelligible standard and hence not overbroad in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, in the context of preserving openness in the administration of justice. In that case, La Forest J. defined the phrase as including a discretionary power of the courts to control their own process. At para. 59, he states:

The phrase “administration of justice” appears throughout legislation in Canada, including the *Charter*. Thus, “proper administration of justice”, which of necessity has been the subject of judicial interpretation, provides the judiciary with a workable standard.

36

If the phrase “administration of justice” is sufficiently precise, it must follow that the phrase “necessary in order to maintain confidence in the administration of justice”, amplified by a direction to consider four specified factors, is not unconstitutionally vague. The inquiry is narrowed to the reasonable community perception of the necessity of denying bail to maintain confidence in the administration of justice, judicially determined through the objective lens of “all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential

imprécise au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 638-640. Il s’agit d’un critère exigeant : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 68. Les dispositions législatives sont, par nécessité, des énoncés généraux qui doivent s’appliquer à diverses situations. Une certaine mesure de généralité est donc essentielle, mais il faut se garder de confondre la généralité avec l’imprécision qu’engendre une disposition législative vague au point de rendre impossible un débat judiciaire sur son sens et son application. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans l’arrêt *Morales*, précité, p. 729, « [e]xiger une précision absolue serait créer une norme constitutionnelle impossible ».

Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour, appelée à se prononcer sur le maintien de la transparence de l’administration de la justice, a statué que l’expression « bonne administration de la justice » énonçait une norme intelligible et n’avait donc pas une portée excessive. Dans cet arrêt, le juge La Forest a indiqué que cette expression inclut le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de contrôler leur propre procédure. Il dit, au par. 59 :

L’expression l’« administration de la justice » figure dans un grand nombre de lois canadiennes, y compris la *Charte*. En conséquence, la notion de « bonne administration de la justice », qui a nécessairement fait l’objet d’interprétations par les tribunaux, constitue une norme pratique pour le pouvoir judiciaire.

Si l’expression « administration de la justice » est assez précise, il s’ensuit nécessairement que les mots « nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », étouffés par une directive de prendre en considération quatre facteurs particuliers, ne sont pas inconstitutionnellement imprécis. L’examen est limité à la perception collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté sous caution pour maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice, que les tribunaux définissent à travers le prisme objectif de « toutes les circonstances, notamment le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de

for a lengthy term of imprisonment". Even where a standard viewed alone is impermissibly vague, such factors may save it: *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*.

The appellant argues that the factors set out in s. 515(10)(c) cannot be sufficient because cases under the old "public interest" criterion had identified similar factors, which were insufficient to save the public interest grounds for the denial of bail in *Morales, supra*. However, reference to factors in cases cannot be equated to a legislative direction to consider specific factors. Moreover, "public interest" is a broader and vaguer ground than "maintain confidence in the administration of justice". The latter is but one aspect of the former.

The result is that the ground based on maintaining confidence in the administration of justice is more narrowly defined than the "public interest" standard in *Morales, supra*. The operative concept is identified and criteria delineate a basis for the exercise of the discretion. The direction to consider all the circumstances does not render a provision unconstitutionally vague. In my opinion, the phrase does not result in a "standardless sweep". Like the Court of Appeal of Ontario and the Court of Appeal of British Columbia in *MacDougal, supra*, I am satisfied that the stated standard meets the test of providing an intelligible standard for debate.

This leaves the argument that the ground for denial of bail is overbroad, or of whether the means chosen by the state go further than necessary to accomplish its objective: see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 792-93. The meaning of a law may be plain, yet the law may be overbroad: *Heywood, supra*, at pp. 792-93. It is important that a

l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ». Ces facteurs peuvent contribuer à sauvegarder une norme même dans le cas où elle s'avère d'une imprécision inacceptable lorsqu'elle est considérée isolément : *Nova Scotia Pharmaceutical Society, précité*.

L'appellant prétend que les facteurs énoncés à l'al. 515(10)c) ne sauraient suffire parce que, dans la jurisprudence portant sur l'ancien critère de l'« intérêt public », les tribunaux ont relevé des facteurs similaires qui, dans l'arrêt *Morales, précité*, se sont révélés insuffisants pour sauvegarder les motifs d'intérêt public de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution. Toutefois, la mention de facteurs dans la jurisprudence ne saurait être assimilée à une directive du législateur de tenir compte de certains facteurs particuliers. De plus, le motif de l'« intérêt public » est plus général et imprécis que les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice ». Ce dernier motif n'est qu'une facette du premier.

Il en résulte que la définition du motif fondé sur le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice est plus restrictive que celle de la norme de l'« intérêt public » dans l'arrêt *Morales, précité*. Le concept clé est énoncé et des critères précisent le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La directive de tenir compte de toutes les circonstances ne rend pas une disposition inconstitutionnellement imprécise. À mon avis, les mots utilisés ne laissent pas une « large place à l'arbitraire ». À l'instar de Cour d'appel de l'Ontario, ainsi que de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *MacDougal, précité*, je suis convaincue que la norme énoncée satisfait au critère de la norme intelligible permettant un débat.

Reste l'argument selon lequel le motif de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution a une portée excessive ou la question de savoir si les moyens choisis par l'État vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif : voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792-793. Une loi peut avoir un sens clair et avoir néanmoins une

37

38

39

bail provision not trench more than required on the accused's liberty and the presumption of innocence. Denial of bail must be confined to a "narrow set of circumstances" related to the proper functioning of the bail system: *Pearson and Morales, supra*.

40

Section 515(10)(c) sets out specific factors which delineate a narrow set of circumstances under which bail can be denied on the basis of maintaining confidence in the administration of justice. As discussed earlier, situations may arise where, despite the fact the accused is not likely to abscond or commit further crimes while awaiting trial, his presence in the community will call into question the public's confidence in the administration of justice. Whether such a situation has arisen is judged by all the circumstances, but in particular the four factors that Parliament has set out in s. 515(10)(c) — the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for lengthy imprisonment. Where, as here, the crime is horrific, inexplicable, and strongly linked to the accused, a justice system that cannot detain the accused risks losing the public confidence upon which the bail system and the justice system as a whole repose.

41

This, then, is Parliament's purpose: to maintain public confidence in the bail system and the justice system as a whole. The question is whether the means it has chosen go further than necessary to achieve that purpose. In my view, they do not. Parliament has hedged this provision for bail with important safeguards. The judge must be satisfied that detention is not only advisable but necessary. The judge must, moreover, be satisfied that detention is necessary not just to any goal, but to maintain confidence in the administration of justice. Most importantly, the judge makes this appraisal objectively through the lens of the four factors Parliament

portée excessive : *Heywood*, précité, p. 792-793. Il importe qu'une disposition en matière de mise en liberté sous caution ne porte pas trop atteinte à la liberté de l'accusé et à la présomption d'innocence. La mise en liberté sous caution ne peut être refusée que « dans certains cas bien précis » où il en va du bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution : *Pearson et Morales*, précités.

L'alinéa 515(10)c énonce des facteurs particuliers qui décrivent certains cas bien précis dans lesquels la mise en liberté sous caution peut être refusée dans le but de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Comme nous l'avons vu, ces cas peuvent se présenter lorsque, en dépit du fait qu'il est improbable que l'accusé s'esquivera ou qu'il commettra d'autres infractions en attendant de subir son procès, sa présence dans la collectivité compromettra la confiance du public dans l'administration de la justice. Pour décider si on est en présence d'une telle situation, il faut tenir compte de toutes les circonstances, mais particulièrement des quatre facteurs énoncés par le législateur à l'al. 515(10)c — le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement. Dans le cas où, comme en l'espèce, le crime commis est horrible, inexplicable et fortement lié à l'accusé, un système de justice qui ne permet pas d'ordonner la détention de l'accusé risque de perdre la confiance du public qui est à la base du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice.

Tel est donc l'objectif du législateur : maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et l'ensemble du système de justice. La question est de savoir si les moyens qu'il a choisis vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. À mon avis, la réponse est non. Le législateur a assorti d'importantes garanties la présente disposition en matière de mise en liberté sous caution. Le juge doit être persuadé que la détention est non seulement souhaitable, mais encore nécessaire. De plus, il doit être convaincu que cette mesure n'est pas seulement nécessaire pour atteindre un objectif quelconque, mais qu'elle

has specified. The judge cannot conjure up his own reasons for denying bail; while the judge must look at all the circumstances, he must focus particularly on the factors Parliament has specified. At the end of the day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. In addition, as McEachern C.J.B.C. (in Chambers) noted in *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, the reasonable person making this assessment must be one properly informed about “the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case” (p. 274). For these reasons, the provision does not authorize a “standardless sweep” nor confer open-ended judicial discretion. Rather, it strikes an appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community. In sum, it is not overbroad.

5. Application

The bail judge, Bolan J., noting the high level of concern in the community, and considering the relevant factors including the strength of the Crown’s case and the gravity and horrific nature of the crime, held that it was necessary to deny bail to the appellant in order to maintain public confidence in the justice system. I see no error in Bolan J.’s reasoning.

6. Remedy

Since the introduction of the *Charter*, courts have engaged in a constitutional dialogue with Parliament. This case is an excellent example of

s’impose pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Qui plus est, le juge procède à cette évaluation objectivement à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur. Il ne peut pas évoquer ses propres raisons pour refuser d’accorder la mise en liberté sous caution. Bien qu’il doive tenir compte de toutes les circonstances, le juge doit prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur. En définitive, le juge peut refuser d’accorder la mise en liberté sous caution uniquement s’il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu’un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. En outre, comme l’a souligné le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (en chambre) dans l’arrêt *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, la personne raisonnable qui procède à cette évaluation doit être bien informée [TRADUCTION] « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l’affaire » (p. 274). C’est pourquoi la disposition en cause ne laisse pas une « large place à l’arbitraire » et ne confère pas non plus aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, elle établit un juste équilibre entre les droits de l’accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité. Somme toute, elle n’a pas une portée excessive.

5. Application

Constatant la grande inquiétude qui régnait dans la collectivité et tenant compte des facteurs pertinents, dont le fait que l’accusation était fondée, ainsi que la gravité et l’horreur du crime commis, le juge Bolan, appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution présentée par l’appellant, a conclu qu’il était nécessaire de la rejeter pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Je ne vois aucune erreur dans le raisonnement du juge Bolan.

6. Réparation

Depuis l’entrée en vigueur de la *Charte*, les tribunaux ont établi un dialogue constitutionnel avec le législateur. La présente affaire en est un excel-

such dialogue. Parliament enacted legislation that permitted a judge to detain an accused person where detention was “necessary in the public interest”. This Court considered this language and determined that the portion of s. 515(10)(b) that authorized pre-trial detention for reasons of public interest was unconstitutional. At p. 742 of *Morales, supra*, Lamer C.J. severed the “public interest” ground from the rest of s. 515(10)(b) because the provision could still function as a whole. After considering this Court’s reasons in *Pearson* and *Morales, supra*, Parliament replaced the “public interest” ground with new language.

44 Section 515(10)(c) contains two separate phrases. The first phrase confers a broad discretion on judges to deny bail for “any other just cause”. As stated above, this phrase is inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(e) of the *Charter*. As such, it is void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. However, the second phrase, which provides an example of “any other just cause”, is capable of standing alone without doing damage to Parliament’s intention: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. As such, the “just cause” component of s. 515(10)(c) can be severed and the balance of the provision, which states that judges can deny bail in order “to maintain confidence in the administration of justice”, can stand as a functioning whole.

III. Conclusion

45 I would dismiss the appeal. The phrase in s. 515(10)(c) that permits the denial of bail “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing,” is unconstitutional and should be severed from the paragraph. The portion of the paragraph that permits a judge to deny bail “where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice” is constitutionally valid.

lent exemple. Le législateur a adopté une mesure législative qui permettait à un juge d’ordonner la détention d’un accusé lorsque cette mesure était « nécessaire dans l’intérêt public ». Après avoir examiné ces termes, notre Cour a statué que la partie de l’al. 515(10)(b) autorisant la détention avant le procès pour des raisons d’intérêt public était inconstitutionnelle. À la page 742 de l’arrêt *Morales*, précité, le juge en chef Lamer a dissocié le motif de l’« intérêt public » d’avec le reste de l’al. 515(10)(b) parce que cela n’empêchait pas la disposition d’être un ensemble fonctionnel. Après avoir étudié les motifs de notre Cour dans les affaires *Pearson* et *Morales*, précitées, le législateur a remplacé le motif de l’« intérêt public » par de nouveaux termes.

L’alinéa 515(10)(c) comporte deux volets distincts. Le premier volet confère au juge un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause ». Comme nous l’avons vu, ce volet est incompatible avec la présomption d’innocence et l’al. 11(e) de la *Charte*. De ce fait, il est inopérant en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, le deuxième volet qui fournit un exemple d’« une autre juste cause » demeure applicable en soi et ne compromet pas l’intention du législateur : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Voilà pourquoi l’élément « juste cause » de l’al. 515(10)(c) peut être dissocié et le reste de la disposition, voulant que le juge puisse refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », peut demeurer un ensemble fonctionnel.

III. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. La partie de l’al. 515(10)(c) qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, » est inconstitutionnelle et doit être dissociée de l’alinéa. La partie qui permet au juge de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque « [l]a détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » est constitutionnelle.

I would, therefore, answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. The phrase “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing” infringes s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The reasons of Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) —

I. Introduction

At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects. Liberty lost is never regained and can never be fully compensated for; therefore, where the potential exists for the loss of freedom for even a day, we, as a free and democratic society, must place the highest emphasis on ensuring that our system of justice minimizes the chances of an unwarranted denial of liberty.

In the context of the criminal law, this fundamental freedom is embodied generally in the right to be presumed innocent until proven guilty, and further in the specific right to bail. When bail is denied to an individual who is merely accused of a criminal offence, the presumption of innocence is necessarily infringed. This is the context of this appeal, one in which the “golden thread” that runs through our system of criminal law is placed in jeopardy. And this is the context in which laws authorizing pre-trial detention must be scrutinized.

Je réponds donc aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L’alinéa 515(10)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, en partie. Les mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède » violent l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) —

I. Introduction

La liberté du citoyen est au cœur d’une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu’il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d’une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

En droit criminel, cette liberté fondamentale se traduit de manière générale par le droit d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire et, plus précisément, par le droit à la mise en liberté sous caution. Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution à une personne simplement accusée d’une infraction criminelle porte nécessairement atteinte à la présomption d’innocence. Tel est le contexte du présent pourvoi, contexte où le « fil d’or » qui illumine la trame de notre droit criminel risque d’être rompu. C’est dans ce contexte qu’il faut examiner les dispositions autorisant la détention avant le procès.

49 Section 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* calls particularly on courts, as guardians of liberty, to ensure that pre-trial release remains the norm rather than the exception to the norm, and to restrict pre-trial detention to only those circumstances where the fundamental rights and freedoms of the accused must be overridden in order to preserve some demonstrably pressing societal interest.

50 The duty to protect individual rights lies at the core of the judiciary's role, a role which takes on increased significance in the criminal law where the vast resources of the state and very often the weight of public opinion are stacked against the individual accused. Courts must not, therefore, take lightly their constitutional responsibility to scrutinize the manner by which the legislature has authorized the detention of the accused in the absence of a conviction.

51 In my view, when the impugned s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is held up to the appropriate constitutional standard, a standard which takes into account the fundamental importance of the presumption of innocence, it is impossible to justify the sweeping discretion to abrogate the liberty of the accused that this section affords. Unlike the Chief Justice, whose reasons I have had the benefit of reading, I conclude that s. 515(10)(c) cannot withstand *Charter* scrutiny and must be struck down in its entirety. As I discuss in these reasons, this conclusion is dictated by principle, precedent, and policy.

52 I will begin my analysis with a brief overview of the background of the modern bail system, and then move on to discuss the interpretation that this Court has given to s. 11(e) of the *Charter*. Finally, I assess s. 515(10)(c) in light of these constitutional standards, concluding that the provision is contrary to s. 11(e) and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

II. Issues

53 The issues in this case are in the form of the following constitutional questions:

L'alinéa 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés* incite particulièrement les tribunaux, en leur qualité de gardiens de la liberté, à veiller à ce que la mise en liberté avant le procès soit la règle et non l'exception et à n'ordonner la détention avant le procès que dans le cas où un intérêt sociétal urgent dont l'existence peut se démontrer justifie la suppression des droits et libertés fondamentaux de l'accusé.

L'obligation de protéger les droits individuels est au cœur du rôle du pouvoir judiciaire, lequel rôle revêt une importance encore plus grande en droit criminel où les ressources considérables de l'État et, très souvent, le poids de l'opinion publique jouent contre l'accusé. Les tribunaux ne doivent donc pas prendre à la légère leur responsabilité constitutionnelle d'examiner attentivement la manière dont le législateur a autorisé la détention de l'accusé en l'absence d'une déclaration de culpabilité.

À mon sens, si l'on applique à la disposition contestée, savoir l'al. 515(10)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la norme constitutionnelle appropriée qui tient compte de l'importance fondamentale de la présomption d'innocence, il est impossible de justifier le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère de priver l'accusé de sa liberté. Contrairement au Juge en chef, dont j'ai lu les motifs, j'arrive à la conclusion que l'al. 515(10)c) ne résiste pas à l'analyse fondée sur la *Charte* et doit être invalidé au complet. Comme je l'indique dans les présents motifs, cette conclusion est dictée par des considérations de principe et de politique générale et par la jurisprudence.

Je vais commencer par donner un bref aperçu du contexte dans lequel se situe le système contemporain de mise en liberté sous caution, pour ensuite analyser l'interprétation que notre Cour a donnée de l'al. 11e) de la *Charte*. Enfin, je vais apprécier l'al. 515(10)c) à la lumière de ces normes constitutionnelles, pour arriver à la conclusion que cette disposition va à l'encontre de l'al. 11e) et ne peut pas être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

II. Questions en litige

Les questions en litige dans la présente affaire sont sous la forme des questions constitutionnelles suivantes :

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

III. The Concept of Bail

The right to bail is enshrined in s. 11(e) of the *Charter* which stipulates that bail may only be denied where there is “just cause” to do so. In order to give meaning to this rather amorphous phrase, one must examine the historical underpinnings of bail, as well as some of the more recent developments which have helped to formulate the modern Canadian bail system.

Originally, at common law, the sole reason for denying bail was to ensure the attendance of the accused at trial: *R. v. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717 (Cr. Cas. Res.); G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 6. In *R. v. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47, the English Court of Appeal recognized that bail could also be denied where there was a high probability that the accused would commit an offence while on bail. As a result, there came to be two separate and distinct common law grounds for denying bail: to ensure the accused’s attendance in court, and to protect the public.

Before 1972, the law of bail was a highly discretionary matter. It was presumed that an accused person would be detained prior to trial unless he or she applied for bail under s. 463(1) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (as amended by S.C. 1960-61, c. 43, s. 16), and s. 463(3) gave virtually no guidance to the bail judge charged with determining whether to detain an accused committed for trial:

463. . . .

(3) The judge or magistrate may, upon production of any material that he considers necessary upon the application, order that the accused be admitted to bail

1. L’alinéa 515(10)(c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

III. La notion de mise en liberté sous caution

Le droit à la mise en liberté sous caution est consacré à l’al. 11e) de la *Charte*, selon lequel cette mise en liberté ne peut être refusée que pour une « juste cause ». Pour donner un sens à cette expression plutôt nébuleuse, il faut examiner les motifs historiques justifiant la mise en liberté sous caution, de même qu’une partie de l’évolution plus récente qui a contribué à définir le système canadien contemporain de mise en liberté sous caution.

À l’origine, la mise en liberté sous caution ne pouvait être refusée, en common law, que pour assurer la présence de l’accusé à son procès : *R. c. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717 (Cr. Cas. Res.); G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2^e éd. 1999), p. 6. Dans l’arrêt *R. c. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47, la Cour d’appel d’Angleterre a reconnu la possibilité de refuser la mise en liberté sous caution dans le cas où il était fort probable que l’accusé commettrait une infraction pendant qu’il serait en liberté sous caution. Il en est résulté, en common law, deux motifs séparés et distincts de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : assurer la présence de l’accusé au tribunal et protéger le public.

Avant 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution comportait un aspect très discrétionnaire. On présumait que l’accusé serait détenu avant son procès, sauf s’il présentait une demande de mise en liberté sous caution fondée sur le par. 463(1) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (modifié par S.C. 1960-61, ch. 43, art. 16). Le paragraphe 463(3) n’offrait pratiquement aucune indication au juge appelé à décider s’il y avait lieu de détenir l’accusé renvoyé à son procès :

463. . . .

(3) Le juge ou magistrat, sur production de tout ce qu’il estime nécessaire à l’occasion de la demande, peut ordonner que le prévenu soit admis à caution . . .

54

55

56

57

In the 1960's, several studies of the Canadian bail system were undertaken. These included the groundbreaking work of Professor M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). In this empirical study of the bail system as it was implemented in the Toronto Magistrates' Courts, Professor Friedland made several important observations and corresponding recommendations. After summarizing his factual findings, he concluded, at p. 172, that:

THE FACTUAL MATERIAL set out in the previous chapters is sufficient to demonstrate that the release practices before trial which exist for cases tried in the Toronto Magistrates' Courts operate in an ineffective, inequitable, and inconsistent manner.

More specifically, he stated at p. 175:

[T]he bail system as it operates in the Toronto Magistrates' Courts falls far short of any reasonable standard. Little, if any thought is given to the purposes to be accomplished by the granting or denying of bail. The present system is unfortunately often subverted into a form of punishment before trial.

58

Of particular significance for the purposes of this appeal was his discovery of a clear relationship between custody pending trial and the trial itself. Not only was custody likely a factor in inducing guilty pleas, but also, those who were not in custody during trial were more likely to be acquitted than those who were in custody, and, if convicted, were more likely to receive lighter sentences. These alarming findings caused him to conclude that "[t]he prejudicial effects on the accused of custody pending trial demand that the system which determines whether or not he will be released pending trial be a well-considered one" (p. 175).

59

Although it is generally accepted and acknowledged that the denial of bail has a detrimental effect on the presumption of innocence and liberty rights of the accused, it is less often recognized that pre-trial detention can also have serious practical effects on the accused's ability to raise a defence, and can thereby have a second, more indirect, prejudicial

Au cours des années 60, plusieurs études ont porté sur le système canadien de mise en liberté sous caution, dont celle, innovatrice, du professeur M. L. Friedland intitulée *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). Dans cette étude empirique du système alors en vigueur dans les Magistrates' Courts de Toronto, le professeur Friedland a formulé plusieurs observations et recommandations importantes. Après avoir résumé ses conclusions de fait, il a conclu ce qui suit, à la p. 172 :

[TRADUCTION] LES FAITS énoncés dans les chapitres précédents suffisent à démontrer que la pratique de la mise en liberté avant le procès qui a cours dans les affaires instruites par les Magistrates' Courts de Toronto est inefficace, injuste et hétérogène.

Plus précisément, il a ajouté, à la p. 175 :

[TRADUCTION] [L]e système de mise en liberté sous caution dont sont dotées les Magistrates' Courts de Toronto est bien loin de satisfaire à une norme raisonnable. L'on accorde peu d'importance, voire aucune, aux objectifs de la mise en liberté sous caution ou du refus de l'accorder. Malheureusement, le système actuel devient souvent une forme de punition avant le procès.

Sa découverte d'un lien manifeste entre la mise sous garde avant le procès et le procès lui-même revêt une importance particulière en l'espèce. Non seulement la mise sous garde pouvait-elle contribuer à l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité, mais encore les gens qui n'étaient pas sous garde pendant leur procès avaient plus de chances d'être acquittés que ceux qui l'étaient et, s'ils étaient reconnus coupables, ils étaient davantage susceptibles de recevoir une peine plus légère. Ces constatations alarmantes l'ont amené à conclure que, [TRADUCTION] « [e]n raison des effets préjudiciables qu'a sur l'accusé la mise sous garde avant le procès, la décision de lui accorder ou de lui refuser la mise en liberté avant le procès doit être mûrement réfléchie » (p. 175).

L'on reconnaît généralement que le refus d'accorder la mise en liberté sous caution a un effet préjudiciable sur les droits à la présomption d'innocence et à la liberté que possède l'accusé. Cependant, il est plus rare qu'on reconnaisse que la détention avant le procès peut aussi, dans les faits, compromettre sérieusement la capacité de l'accusé d'invoquer un

effect on the accused's liberty rights and the criminal justice system as a whole. H. L. Packer, in his classic work on the subject, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), points out some of the difficulties faced by an accused who is detained before trial (at pp. 214-15):

An accused person who is confined pending trial is greatly impeded in the preparation of his defense. He needs to be able to confer on a free and unrestricted basis with his attorney, something that is notoriously hard to do in custody. He may be the most likely person to interview and track down witnesses in his own behalf — something he cannot do if he's in jail. His earning capacity is cut off; he may lose his job; his family may suffer extreme economic hardship. And all these things may happen before he is found to be guilty. Furthermore, the economic and other deprivations sustained as a result of pre-trial confinement all act as coercive measures that inhibit the accused person's will to resist. He is rendered more likely to plead guilty, and, as a result, to waive the various safeguards against unjust conviction that the system provides. When this happens on a large scale, the adversary system as a whole suffers because its vitality depends on effective challenge.

These prejudicial effects that pre-trial detention can have on the accused's ability to raise a defence appear to be borne out by the findings of Professor Friedland, noted above. Moreover, since Professor Friedland's study, the connection between pre-trial detention and conviction has been pointed out by several authors and studies: see Trotter, *supra*, at pp. 31-50; *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995), at pp. 113-16; *Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication* (2000), at pp. 28-50.

In light of his findings, one of Professor Friedland's main recommendations was to curtail the discretionary aspect of bail decisions (at p. 186):

moyen de défense et avoir ainsi, plus indirectement, un second effet préjudiciable sur le droit à la liberté de l'accusé et sur l'ensemble du système de justice criminelle. Dans son ouvrage classique intitulé *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), H. L. Packer signale certaines difficultés auxquelles fait face l'accusé qui est détenu avant de subir son procès (aux p. 214-215) :

[TRADUCTION] La détention avant le procès nuit considérablement à la préparation de la défense de l'accusé. Celui-ci doit pouvoir consulter son avocat librement et autant qu'il le veut, ce qui représente manifestement une démarche difficile pour une personne sous garde. Il peut être le mieux placé pour retracer des témoins à décharge et les interroger, ce qu'il lui est impossible de faire s'il est sous garde. Il n'est plus en mesure de gagner sa vie, il peut perdre son emploi, sans compter que sa famille peut subir un très grave préjudice financier. Et tout cela peut se produire avant même qu'il soit déclaré coupable. De plus, les privations financières ou autres découlant de la détention avant le procès ont toutes un effet coercitif qui inhibe la volonté de l'accusé de se défendre. Il est plus susceptible de plaider coupable et, en conséquence, de renoncer aux diverses protections que le système offre contre une déclaration de culpabilité injuste. Lorsque cela se produit sur une grande échelle, l'ensemble du système contradictoire en souffre, car son bon fonctionnement repose sur la capacité d'opposer une défense.

Les constatations susmentionnées du professeur Friedland semblent confirmer l'existence de ces effets préjudiciables que la détention avant le procès peut avoir sur la capacité de l'accusé de se défendre. En outre, depuis la publication de l'étude du professeur Friedland, l'existence d'un lien entre la détention avant le procès et le prononcé d'un verdict de culpabilité a été signalée par plusieurs auteurs et dans plusieurs études : voir Trotter, *op. cit.*, p. 31-50; *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario* (1995), p. 125-129; *La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social* (2000), p. 31-56.

Compte tenu de ses constatations, l'une des principales recommandations du professeur Friedland a été de rendre moins discrétionnaire la décision d'accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution (à la p. 186) :

It is important that the practice [of denying bail for reasons other than ensuring attendance in court], if permissible, be carefully controlled because of the harmful consequences of custody and the possible misuse of inarticulated, vague criteria. This study does not argue that all persons should be released pending trial. It does, however, argue strenuously for definite, clear, and unequivocal criteria to be used in denying bail.

This study of how bail provisions are actually applied at the ground level should serve as a warning on the dangers inherent in allowing for broad discretion in denying bail.

61

In 1969, the Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969) (the "Ouimet Report") also recommended significant changes to the bail system. In particular, the Ouimet Report recommended, at p. 99, that bail be denied only under the following conditions:

Pre-trial detention, in the view of the Committee, can only be justified where it is *necessary* in the public interest:

- (i) To ensure the appearance of the accused at his trial.
- (ii) To protect the public pending the trial of the accused.

Pre-trial detention is justified where it is *necessary* to prevent criminal misconduct by the accused pending his trial. The offences sought to be prevented may be offences similar to those in respect of which the accused has been arrested, or may be offences related to his trial such as:

- (a) The destruction of evidence or the tampering with witnesses.
- (b) Otherwise attempting to pervert the course of justice.

In accordance with the views which the Committee has expressed in Chapter 2, society is not warranted in

[TRADUCTION] En raison des conséquences préjudiciables de la mise sous garde et du risque que des critères tacites et vagues soient mal appliqués, il importe de bien encadrer cette pratique [consistant à refuser la mise en liberté sous caution pour une autre raison que celle d'assurer la présence de l'accusé au tribunal] dans le cas où elle est acceptable. La présente étude ne milite pas en faveur de la mise en liberté de tous les accusés avant leur procès. Cependant, elle préconise vigoureusement l'application de critères précis, clairs et non équivoques pour refuser d'accorder la mise en liberté sous caution.

Cette étude de l'application concrète des dispositions en matière de liberté sous caution devrait servir de mise en garde contre les risques de permettre l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution.

En 1969, dans le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle intitulé *Justice pénale et correction : un lien à forger* (« rapport Ouimet »), on a également recommandé que d'importantes modifications soient apportées au système de mise en liberté sous caution. Plus particulièrement, on y a recommandé, à la p. 107, que la mise en liberté provisoire ne soit refusée que dans les cas suivants :

De l'avis du Comité, la détention antérieure au procès ne peut se justifier que lorsque l'intérêt public *l'exige* :

- (i) pour assurer la comparution de l'accusé à son procès;
- (ii) pour protéger le public jusqu'au procès de l'accusé.

La détention antérieure au procès est bien fondée lorsqu'elle est *nécessaire* pour empêcher tout comportement criminel de l'accusé dans l'attente de son procès. Les infractions que l'on cherche à prévenir peuvent être semblables à celles qui ont provoqué l'arrestation de l'accusé, ou connexes à son procès, telles que

- a) la destruction d'éléments de preuve ou la subornation de témoins; ou
- b) toute autre tentative d'égarer la justice.

Comme il l'a dit au chapitre 2, le Comité reconnaît que la société a le droit de se protéger, mais lui nie le droit

inflicting greater harm on a person — although his guilt is ultimately established — than is absolutely necessary for the protection of society. [Emphasis in original.]

Like Professor Friedland, the Committee also recommended that pre-trial detention be governed by specific criteria (Ouimet Report, at pp. 108-9).

IV. The Legislative Treatment of Bail

Parliament responded to these calls for reform in 1972 with the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act replaced the presumption of pre-trial detention with the presumption of release based on an undertaking to attend at court for trial. The Act also eliminated the inflexible all-or-nothing approach by giving the bail judge the ability to grant release subject to conditions. Most importantly, the Act adhered to the suggestions made in the studies cited above by stipulating specific criteria for denying pre-trial bail. Thus, s. 515(10) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, read as follows:

515. . . .

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on either of the following grounds:

(a) on the primary ground that his detention is necessary to ensure his attendance in court in order to be dealt with according to law; and

(b) on the secondary ground (the applicability of which shall be determined only in the event that and after it is determined that his detention is not justified on the primary ground referred to in paragraph (a)) that his detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

It is interesting to note that, while the Ouimet Report recommended that bail only be denied where it was

de faire subir à quelqu'un plus de tort qu'il ne soit absolument nécessaire pour y arriver, même si la culpabilité de l'inculpé doit finalement être reconnue. [En italique dans l'original.]

À l'instar du professeur Friedland, le Comité a lui aussi recommandé l'application de critères précis en matière de détention avant le procès (rapport Ouimet, p. 116-117).

IV. La loi et la mise en liberté sous caution

En 1972, le législateur a donné suite à ces demandes de réforme en adoptant la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. Cette loi a remplacé la présomption que la détention avant le procès est justifiée par celle qu'il y a lieu d'accorder la mise en liberté en échange d'une promesse de l'accusé qu'il se présentera au tribunal pour subir son procès. La Loi a également supprimé la méthode rigide du tout ou rien en investissant le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution du pouvoir d'assujettir cette mise en liberté à certaines conditions. Qui plus est, elle a retenu les propositions formulées dans les études précitées en précisant les critères applicables au refus d'accorder la mise en liberté avant le procès. Le paragraphe 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, se lisait désormais ainsi :

515. . . .

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) pour le motif principal que sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) pour le motif secondaire — la validité de ce motif ne peut être établie, d'une part, que s'il est déterminé que la détention du prévenu n'est pas justifiée pour le motif principal mentionné à l'alinéa a) et, d'autre part, qu'après que ce fait a été déterminé — que sa détention est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

Il est intéressant de noter que, même s'il recommandait que la mise en liberté sous caution ne puisse

in the public interest to do so, the Report defined the public interest in terms of the existing common law criteria for denying bail, namely, (1) ensuring the accused's attendance in court, and/or (2) preventing criminal misconduct by the accused. In contrast, the *Bail Reform Act* appeared to establish "public interest" as an independent ground for denying bail, in addition to the traditional common law criteria.

63 In 1992, in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, which I discuss in more detail below, this Court struck down the "public interest" component of s. 515(10)(b) as unconstitutionally vague and thus contrary to s. 11(e) of the *Charter* and unjustifiable under s. 1.

64 After a five-year delay, Parliament responded to *Morales* by amending s. 515(10) under the *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 59, to read as follows:

515. . . .

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

(a) where the detention is necessary to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment.

être refusée que s'il était dans l'intérêt public de le faire, le rapport Ouimet définissait l'intérêt public en fonction des critères de common law qui, à l'époque, justifiaient le refus d'accorder la liberté sous caution, à savoir (1) assurer la présence de l'accusé au tribunal ou (2) empêcher tout comportement criminel de sa part, ou les deux à la fois. Par contre, dans la *Loi sur la réforme du cautionnement*, l'« intérêt public » semblait constituer un motif indépendant de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution, qui s'ajoutait aux critères traditionnels de la common law.

En 1992, dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, sur lequel je reviendrai plus en détail, notre Cour a invalidé le volet « intérêt public » de l'al. 515(10)(b) pour le motif qu'il était d'une imprécision inconstitutionnelle et, de ce fait, contraire à l'al. 11e) de la *Charte*, et qu'il n'était pas justifiable au regard de l'article premier.

Cinq ans plus tard, le législateur a réagi à l'arrêt *Morales* en modifiant le par. 515(10) dans la *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 59 :

515. . . .

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement.

The amendment involved two significant changes. First, Parliament removed the language indicating an ordering of the grounds, with the result that bail may now be denied independently under any of paras. (a), (b) or (c). In addition, para. (c) of s. 515(10), the paragraph at issue in this appeal, was added as a third ground authorizing pre-trial detention.

In my view, this brief overview of the recent history of the law of bail in Canada demonstrates the full circle that Parliament has taken with respect to the legislative bases for denying bail. Section 515(10)(c) currently operates as a broad residual category which allows for the denial of bail for reasons other than ensuring the attendance of the accused in court and preventing criminal activity. As I will discuss, the vague moniker of “any other just cause” represents a Parliamentary regression to a situation similar to that which existed prior to the enactment of the *Bail Reform Act* in 1972, when bail was a matter of fairly unrestricted judicial discretion. It was this state of affairs which prompted the studies and reforms referred to above, and which should provide a valuable lesson to Parliament of the dangers of this discretionary approach. However, the advent of the *Charter*, which brought with it the constitutionalization of the presumption of innocence and the right to bail, makes it this Court’s duty to oversee the legislative activity in this area, and ensure its adherence to these fundamental rights.

V. The Constitutional Interpretation of Section 11(e): *Pearson and Morales*

The scope of s. 11(e) was considered by this Court for the first time in *Morales* and its companion case *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, and these cases laid the groundwork for interpreting s. 11(e) by setting out the constitutional principles underlying this right. *Morales* is particularly instructive for the purposes of this appeal, as it dealt specifically with s. 515(10).

Cette nouvelle disposition comportait deux changements importants. D’abord, le législateur avait supprimé les mots indiquant un ordre de préséance des motifs, de sorte que la mise en liberté sous caution pourrait désormais être refusée en application de l’un ou l’autre des al. a), b) ou c). De plus, l’al. 515(10)c), qui fait l’objet du présent pourvoi, était ajouté à titre de troisième motif justifiant la détention avant le procès.

Selon moi, ce bref aperçu de l’histoire récente du droit canadien applicable en matière de liberté sous caution montre que le législateur a bouclé la boucle en ce qui concerne les motifs législatifs justifiant le refus d’accorder cette mise en liberté. De nos jours, l’al. 515(10)c) représente une vaste catégorie résiduelle dans laquelle la mise en liberté sous caution peut être refusée pour d’autres motifs qu’assurer la présence de l’accusé au tribunal et empêcher tout comportement criminel de sa part. Comme nous le verrons, l’expression imprécise « une autre juste cause » marque un retour législatif à une situation semblable à celle qui existait avant l’adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en 1972, alors que la mise en liberté sous caution relevait d’un pouvoir discrétionnaire quasi illimité du tribunal. C’est cette situation qui a donné lieu aux études et aux réformes susmentionnées et qui devrait donner au législateur une précieuse leçon quant aux risques que comporte une telle méthode fondée sur un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, l’entrée en vigueur de la *Charte*, qui a constitutionnalisé la présomption d’innocence et le droit à la mise en liberté sous caution, oblige notre Cour à surveiller l’activité législative dans ce domaine et à veiller à ce qu’elle respecte ces droits fondamentaux.

V. L’interprétation constitutionnelle de l’al. 11e) : les arrêts *Pearson* et *Morales*

Notre Cour a examiné pour la première fois la portée de l’al. 11e) dans les arrêts connexes *Morales* et *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665. Elle a alors jeté les bases de l’interprétation de cet alinéa en énonçant les principes constitutionnels qui sous-tendent le droit qu’il garantit. Du fait qu’il porte précisément sur le par. 515(10), l’arrêt *Morales* est particulièrement instructif en l’espèce.

67

In *Pearson*, Lamer C.J., speaking for the majority of the Court, held that ss. 11(d) and 11(e) were parallel rights in that they served to define the procedural content of the substantive s. 7 right to be presumed innocent at the trial and bail stages of the criminal process, respectively. As well, he held that the “just cause” component of s. 11(e) serves as a constitutional standard under which bail is granted or denied, whereas the “reasonable bail” portion governed the terms of bail.

68

With respect to the proper context in which to discuss the scope of s. 11(e), Lamer C.J. made the following general observations, at p. 691:

Most of the current bail provisions in the *Criminal Code* were enacted in the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The *Bail Reform Act* established a basic entitlement to bail. Bail must be granted unless pre-trial detention is justified by the prosecution. . . . Section 11(e) creates a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise.

. . . In general, a person charged with an offence and produced before a justice, unless he or she pleads guilty, is to be released on an undertaking without conditions. However, the Crown is to be given a reasonable opportunity to show cause why either detention or some other order should be made. . . .

69

The most important constitutional legacy of these cases for the purposes of this appeal is the structure and definition which was given to the term “just cause”. Lamer C.J. held that the “just cause” requirement entailed the following two conditions: (1) that bail could only be denied in a narrow set of circumstances, and (2) that a denial of bail must be necessary to promote the proper functioning of the bail system, and cannot be undertaken for any purpose extraneous to the bail system: *Pearson, supra*, at p. 693; *Morales, supra*, at p. 726. He noted that the first condition meant that “[t]he basic entitlement of s. 11(e) cannot

Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a statué, au nom des juges majoritaires de notre Cour, que les al. 11d) et e) conféraient des droits parallèles en ce qu’ils servaient à définir le contenu procédural du droit substantiel, garanti à l’art. 7, d’être présumé innocent, en matière criminelle, aux étapes du procès et de la mise en liberté sous caution, respectivement. Il a également conclu que le volet « juste cause » de l’al. 11e) est une norme constitutionnelle applicable pour décider s’il y a lieu d’accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution, alors que le volet « cautionnement raisonnable » se rapporte aux conditions de cette mise en liberté.

Quand au contexte dans lequel il convient d’analyser la portée de l’al. 11e), le juge en chef Lamer a formulé les observations générales suivantes (à la p. 691) :

La plupart des dispositions actuelles du *Code criminel* en matière de mise en liberté provisoire ont été édictées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. Cette loi a établi le droit fondamental à une mise en liberté sous caution. La mise en liberté doit être accordée sauf si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant la détention avant le procès. [. . .] L’alinéa 11e) crée un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder.

. . . En général, l’inculpé qui comparait devant un juge de paix doit, sauf s’il plaide coupable, être mis en liberté pourvu qu’il remette une promesse sans condition. Toutefois, le ministère public a la possibilité de faire valoir des motifs justifiant la détention ou justifiant de rendre une autre ordonnance . . .

Les retombées constitutionnelles les plus importantes de ces arrêts en ce qui concerne le présent pourvoi ont trait à la formulation et à la définition de l’expression « juste cause ». Le juge en chef Lamer a conclu que l’exigence d’une « juste cause » comportait les deux conditions suivantes : (1) la mise en liberté sous caution ne peut être refusée que dans certains cas bien précis et (2) le refus doit s’imposer pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne peut y recourir à des fins extérieures à ce système : *Pearson*, précité, p. 693; *Morales*, précité, p. 726. Il a fait observer que la première condition signifie que « [l]e

be denied in a broad or sweeping exception”: *Pearson*, at p. 694.

The holding of the majority of this Court in *Pearson* and *Morales* was not an act of ordinary statutory interpretation. In those cases, the Court was called upon to shape the content of a *Charter* right, and it has spoken clearly in setting out the fundamental constitutional elements of s. 11(e). As a result, the two requirements which must be met in order for bail to be denied, namely (1) a narrow set of circumstances, and (2) promoting the proper functioning of the bail system, have become the constitutional guideposts of the phrase “just cause” in s. 11(e) of the *Charter*. As such, the mandate of the Court in this case is to scrutinize s. 515(10)(c) in light of these two constitutional requirements.

In *Morales*, as mentioned above, the provision in question was s. 515(10)(b). The constitutionality of both the “public interest” and “public safety” components of para. (b) was raised, and the Court dealt with each ground separately.

Given the “narrow set of circumstances” requirement, Lamer C.J. observed that “there cannot be just cause for the denial of bail where the statutory criteria for denial are vague and imprecise” (p. 727), or permit a “standardless sweep” (p. 728) and he noted the important role played by the vagueness principle in the context of bail (at p. 728):

In my view the principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. This is all the more so under a constitutional guarantee not to be denied bail without just cause as set out in s. 11(e). Since pre-trial detention is extraordinary in our system of criminal justice, vagueness in defining the terms of pre-trial detention may be even more invidious than is vagueness in defining an offence. [Emphasis added.]

droit fondamental inscrit à l’al. 11e) ne peut pas être écarté par une exception large ou de portée étendue » : *Pearson*, p. 694.

Dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, les juges majoritaires de notre Cour n’ont pas procédé à une interprétation législative ordinaire. La Cour était alors appelée à déterminer le contenu d’un droit garanti par la *Charte*, et elle s’est exprimée clairement en énonçant les éléments constitutionnels fondamentaux de l’al. 11e). Ainsi, les deux conditions qui doivent être remplies pour que l’on puisse refuser la mise en liberté sous caution — à savoir, premièrement, certains cas bien précis et, deuxièmement, favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution — sont devenues les balises constitutionnelles de l’expression « juste cause » figurant à l’al. 11e) de la *Charte*. Il incombe donc à notre Cour, en l’espèce, d’examiner attentivement l’al. 515(10)c) à la lumière de ces deux conditions constitutionnelles.

Comme nous l’avons vu, la disposition en cause dans l’arrêt *Morales* était l’al. 515(10)b). La constitutionnalité des volets « intérêt public » et « sécurité du public » de cet alinéa était contestée, et la Cour a examiné chaque volet séparément.

En raison de l’exigence de « certains cas bien précis », le juge en chef Lamer a fait remarquer que « le refus de mise en liberté sous caution ne saurait reposer sur une juste cause si les critères légaux qui président au refus sont vagues et imprécis » (p. 727) ou s’ils laissent une « large place à l’arbitraire » (p. 728). Il a, en outre, souligné, à la p. 728, le rôle important que le principe de l’imprécision joue en matière de mise en liberté sous caution :

À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. C’est d’autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu’énonce l’al. 11e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l’imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l’imprécision dans la définition d’une infraction. [Je souligne.]

70

71

72

73

Lamer C.J. held further, at p. 729, that the fact that a vague provision authorizes judicial discretion as opposed to arbitrary law enforcement was irrelevant:

A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the whims of judges and justices of the peace rather than the whims of law enforcement officials. Cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice.

74

In order to satisfy the vagueness test, the provision in question had to be “capable of being given a constant and settled meaning by the courts” (p. 730). Lamer C.J. canvassed cases which had denied bail under the “public interest” ground, and, at pp. 731-32, concluded that this term did not delineate a sufficiently precise standard:

In my view, these authorities do not establish any “workable meaning” for the term “public interest”. On the contrary, these authorities demonstrate the open-ended nature of the term. . . . In my view, these authorities demonstrate that the term “public interest” has not been given a constant or settled meaning by the courts. The term provides no guidance for legal debate. The term authorizes a standardless sweep, as the court can order imprisonment whenever it sees fit. According to *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, such unfettered discretion violates the doctrine of vagueness:

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an impermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements.

As currently defined by the courts, the term “public interest” is incapable of framing the legal debate in any meaningful manner or structuring discretion in any way.

Nor would it be possible in my view to give the term “public interest” a constant or settled meaning. The term

Le juge en chef Lamer a ajouté, à la p. 729, qu’il était sans importance qu’une disposition imprécise autorise non pas une application arbitraire de la loi, mais plutôt l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par le tribunal :

Laisser une large place à l’arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu’il s’agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l’application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d’une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Pour que la disposition en cause ne soit pas d’une imprécision inacceptable, « les tribunaux [devaient pouvoir] lui donner un sens constant et établi » (p. 730). Le juge en chef Lamer a examiné attentivement la jurisprudence dans laquelle la mise en liberté sous caution avait été refusée au nom de l’« intérêt public » et, aux p. 731 et 732, il a conclu que cette expression ne constituait pas une norme suffisamment précise :

À mon avis, cette jurisprudence n’établit pas de « sens pratique » du terme « intérêt public ». Au contraire, elle met en évidence le caractère non limitatif de ce terme. [. . .] À mon avis, cette jurisprudence montre que les tribunaux n’ont pas donné de sens constant et établi au terme « intérêt public ». Ce terme ne donne aucune indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Il laisse une large place à l’arbitraire car le tribunal peut ordonner l’emprisonnement quand il juge bon de le faire. D’après l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, une telle latitude va à l’encontre de la théorie de l’imprécision :

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d’exercice de ce pouvoir, d’indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d’une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d’indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants.

Selon la définition que lui donnent présentement les tribunaux, le terme « intérêt public » ne saurait orienter véritablement le débat judiciaire ni structurer le pouvoir discrétionnaire de quelque façon que ce soit.

Il ne serait pas possible non plus, à mon sens, de donner au terme « intérêt public » un sens constant ou

gives the courts unrestricted latitude to define any circumstances as sufficient to justify pre-trial detention. The term creates no criteria to define these circumstances. No amount of judicial interpretation of the term “public interest” would be capable of rendering it a provision which gives any guidance for legal debate.

After concluding that the “public interest” ground was impermissibly vague, and therefore in breach of s. 11(e), Lamer C.J. found that it could not be justified under s. 1 for much the same reason. The first stage of the test was satisfied, given the extremely important two-fold objective of s. 515(10)(b): to prevent those who have been arrested from committing criminal offences and from interfering with the administration of justice. However, Lamer C.J. found that none of the three components of the proportionality test was met. First, there was no rational connection between the measure and the objectives because the provision was too vague to provide any means to determine which accused would be most likely to commit offences or interfere with the administration of justice. Second, the vagueness of the provision merged with overbreadth in that it permitted far more pre-trial detention than required to meet the objectives. Finally, the authorization of excessive pre-trial detention implied that proportionality was also lacking.

In contrast, the “public safety” component of s. 515(10)(b) was found to be constitutionally valid. First, Lamer C.J. found at p. 737, that the ground was sufficiently narrow for the following reasons:

I am satisfied that the scope of the public safety component of s. 515(10)(b) is sufficiently narrow to satisfy the first requirement under s. 11(e). Bail is not denied for all individuals who pose a risk of committing an offence or interfering with the administration of justice while on bail. Bail is denied only for those who pose a “substantial likelihood” of committing an offence or interfering with the administration of justice, and only where this “substantial likelihood” endangers “the protection or safety of the public”. Moreover, detention is justified only when it is “necessary” for public safety. It is not

établi. Ce terme donne aux tribunaux toute latitude pour conclure qu’une situation donnée peut justifier la détention avant le procès. Il n’énonce pas de critères permettant de circonscrire ces situations. Aucune interprétation judiciaire du terme « intérêt public » ne pourrait faire en sorte que cette disposition donne des indications susceptibles d’éclairer le débat judiciaire.

Après avoir statué que le motif de l’« intérêt public » était d’une imprécision inacceptable et que, pour cette raison, il violait l’al. 11e), le juge en chef Lamer a décidé, essentiellement pour la même raison, qu’il ne pouvait pas être justifié au regard de l’article premier. Le premier volet du critère était respecté en raison du double objectif extrêmement important de l’al. 515(10)b) : empêcher les personnes arrêtées de commettre des infractions criminelles et de nuire à l’administration de la justice. Il a toutefois estimé qu’aucun des trois éléments du critère de proportionnalité n’était respecté. Premièrement, il n’y avait aucun lien rationnel entre la mesure en cause et les objectifs visés, étant donné que la disposition était trop imprécise pour permettre de déterminer quels accusés seraient plus susceptibles de commettre des infractions ou de nuire à l’administration de la justice. Deuxièmement, en plus d’être imprécise, la disposition avait une portée excessive du fait qu’elle permettait la détention avant le procès beaucoup plus qu’il n’était nécessaire pour atteindre les objectifs visés. Enfin, l’autorisation du recours excessif à la détention avant le procès semblait également indiquer une absence de proportionnalité.

Par contre, le volet « sécurité du public » de l’al. 515(10)b) a été jugé constitutionnel. Le juge en chef Lamer a d’abord conclu, à la p. 737, que la portée de ce motif était suffisamment limitée pour les raisons suivantes :

Je suis convaincu que la portée de l’élément « sécurité du public » de l’al. 515(10)b) est suffisamment limitée pour satisfaire à la première exigence de l’al. 11e). La mise en liberté sous caution n’est pas refusée à toutes les personnes qui risquent de commettre une infraction ou de nuire à l’administration de la justice si elles sont mises en liberté. Elle n’est refusée que s’il y a une « probabilité marquée » que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l’administration de la justice et seulement si cette « probabilité marquée » compromet « la protection ou la sécurité du public ».

justified where detention would merely be convenient or advantageous.

The “public safety” ground was also found to be necessary to promote the proper functioning of the bail system, because the system does not function properly if an accused interferes with the administration of justice or commits an offence that endangers the public while on bail. As such, if there is substantial likelihood that the accused will tamper with the administration of justice, or commit an offence if released, it furthers the objectives of the bail system to deny bail (p. 737).

77 Gonthier J. dissented from the conclusion of Lamer C.J., finding that the “public interest” ground, although broad, was not impermissibly vague and thus did not infringe s. 11(e) of the *Charter*.

78 In *Pearson*, the Court examined the constitutional validity of s. 515(6)(d), a reverse onus provision which, for certain offences involving the distribution of narcotics, ordered the accused to be detained subject to the accused showing cause why detention was not justified. Again speaking for the majority of the Court, Lamer C.J. held that s. 515(6)(d) did not offend s. 11(e) of the *Charter*. First, given the small number of offences to which the provision applied, and the opportunity for the accused to demonstrate that detention is not justified, the section applied only to a narrow set of circumstances. In addition, the specific characteristics of the offences listed under s. 515(6)(d) justified differential treatment in the bail process. Lamer C.J. noted that drug trafficking usually involved a sophisticated commercial setting which created huge incentives for an offender to continue criminal behaviour even after arrest and release on bail, as well as a marked danger that the accused would abscond. In light of these risks, he found s. 515(6)(d) to be necessary to promote the proper functioning of the bail system, and not to be

Au surplus, la détention n’est justifiée que si elle est « nécessaire » pour la sécurité du public. Elle n’est pas justifiée si la détention est seulement commode ou avantageuse.

Le motif de la « sécurité du public » a également été jugé nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, étant donné que ce système ne fonctionne pas bien si, pendant qu’il est en liberté sous caution, un accusé nuit à l’administration de la justice ou commet une infraction qui met le public en danger. Partant, s’il existe une probabilité marquée que l’accusé nuira à l’administration de la justice ou commettra une infraction s’il est mis en liberté, le refus de lui accorder une mise en liberté favorise alors la réalisation des objectifs du système de mise en liberté sous caution (p. 737).

Contrairement au juge en chef Lamer, le juge Gonthier a conclu que, en dépit de sa large portée, le motif de l’« intérêt public » n’était pas d’une imprécision inacceptable et qu’il ne violait donc pas l’al. 11e) de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Pearson*, la Cour a examiné la constitutionnalité de l’al. 515(6)d), une disposition portant inversion du fardeau de la preuve qui, à l’égard de certaines infractions relatives à la distribution de stupéfiants, prescrivait la détention de l’accusé à moins qu’il ne démontre que cette mesure était injustifiée. S’exprimant, là encore, au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a statué que l’al. 515(6)d) ne violait pas l’al. 11e) de la *Charte*. D’abord, cette disposition ne s’appliquait que dans certains cas bien précis en raison du petit nombre d’infractions qu’elle visait et de la possibilité donnée à l’accusé de démontrer que la détention n’était pas justifiée. En outre, les infractions énumérées à l’al. 515(6)d) présentaient des particularités qui justifiaient un traitement différent en matière de mise en liberté sous caution. Le juge en chef Lamer a souligné que le trafic de la drogue se pratiquait habituellement dans un cadre commercial très sophistiqué, ce qui avait nettement pour effet d’inciter un contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution. Il a ajouté qu’il y avait un risque marqué que l’accusé s’esquive. Compte tenu de ces risques, il a conclu

undertaken for any purpose extraneous to the bail system.

McLachlin J. (as she then was) dissented from the conclusion of Lamer C.J. It was her position that, since the narcotics offences to which s. 515(6)(d) referred covered both large-scale and small-scale traffickers, it was overly broad. In the view of McLachlin J., the risks identified by Lamer C.J. and used to justify the purpose of s. 515(6)(d) did not apply to “small-time” traffickers. Thus, the provision could result in the denial of bail to these individuals in the absence of just cause. With respect to s. 1, although she recognized the importance of the objectives of avoiding repeat offences and absconding, she found s. 515(6)(d) to go further than necessary by including both large-scale and small-scale traffickers within its ambit. Accordingly, McLachlin J. would have held the impugned provision to be unconstitutional.

VI. The Provision in Dispute — Section 515(10)(c)

This appeal deals only with the final paragraph of s. 515(10):

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment.

A. The Legislative Context

After the “public interest” component of s. 515(10)(b) was struck down by this Court in *Morales*, pre-trial detention could be justified only under one of the two traditional grounds, namely, ensuring the accused’s attendance in court or protecting the safety of the public. As already mentioned, s. 515(10) was eventually amended to add the tertiary ground in dispute here. The other major

que l’al. 515(6)d) s’imposait pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qu’on n’y recourait pas à des fins extérieures à ce système.

Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) n’a pas souscrit à la conclusion du juge en chef Lamer. Elle était d’avis que l’al. 515(6)d) avait une portée excessive étant donné que les infractions qu’il mentionnait englobaient le trafic de la drogue tant sur une grande échelle que sur une petite échelle. Selon elle, les risques décrits par le juge en chef Lamer et invoqués pour justifier l’objectif de l’al. 515(6)d) ne s’appliquaient pas au trafiquant « à la petite semaine ». Ainsi, la disposition pouvait avoir pour effet de priver ce dernier d’une mise en liberté sous caution en l’absence de juste cause. En ce qui concerne l’article premier, tout en reconnaissant qu’il importait d’éviter que l’accusé récidive ou s’esquive, le juge McLachlin a conclu que l’al. 515(6)d) allait au-delà de ce qui était nécessaire du fait qu’il visait à la fois le trafic sur une grande échelle et le trafic sur une petite échelle. Elle aurait donc conclu à l’inconstitutionnalité de la disposition attaquée.

VI. La disposition contestée — l’al. 515(10)c)

Le présent pourvoi ne concerne que le dernier alinéa du par. 515(10) :

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement.

A. Le contexte législatif

Après que, dans l’arrêt *Morales*, notre Cour eut invalidé le volet « intérêt public » de l’al. 515(10)b), la détention avant le procès ne pouvait être justifiée que pour l’un des deux motifs traditionnels, à savoir assurer la présence de l’accusé au tribunal ou encore assurer la sécurité du public. Comme nous l’avons vu, le par. 515(10) a, en définitive, été modifié par l’ajout du troisième motif en cause dans le présent

79

80

81

change was the removal of the primary/secondary structure of the provision. As a result, bail can now be denied under any one of paras. (a), (b), or (c) of s. 515(10) without consideration of the other paragraphs.

82

As noted above, Parliament waited five years before reacting to *Morales* by amending s. 515(10), and it is significant that the respondent was unable to point to any evidence that during these five years the pre-trial detention scheme was lacking in any way. Indeed, the only justification for the creation of the tertiary ground that the respondent was able to suggest was that “courts should have the exceptional power to deny bail in limited circumstances not covered by the existing legislation” (respondent’s factum, at para. 21). However, in the absence of evidence of any deficiencies in the bail system during the five years after the *Morales* decision, the argument that bail judges require this residual category loses much of its force. Although the lack of an empirical foundation for the provision says nothing, in and of itself, as to its validity under s. 11(e) of the *Charter* (but it does arise in the s. 1 analysis), it is important to bear in mind the context underlying this appeal, namely, that for five years there was no indication that the bail system was in need of a tertiary ground in addition to the two traditional grounds for denying bail.

83

On a more theoretical level, in oral argument, counsel were hard pressed to raise even a convincing hypothetical scenario which called for pre-trial detention for reasons other than those listed in paras. (a) and (b). On the facts of this case, given that the accused was charged with a seemingly inexplicable and brutal murder, the bail judge might have been justified in denying bail under the second ground on the basis that, without any apparent motive for the crime, there was a substantial risk of re-offence. As pointed out by Proulx J.A. in

pourvoi. L’autre modification majeure a été la suppression du renvoi à un motif principal et à un motif secondaire dans la disposition. Ainsi, la mise en liberté sous caution peut désormais être refusée en application de l’un ou l’autre des al. a), b) et c) du par. 515(10).

Je le répète, le législateur a attendu cinq ans avant de réagir à l’arrêt *Morales* en modifiant le par. 515(10). Fait révélateur, l’intimée a été incapable d’indiquer un élément de preuve établissant que, pendant ces cinq années, le régime de détention avant le procès comportait quelque lacune. En réalité, la seule justification que l’intimée a pu offrir au sujet de l’ajout d’un troisième motif était que [TRADUCTION] « les tribunaux devraient avoir le pouvoir exceptionnel de refuser la mise en liberté sous caution dans certaines circonstances limitées non prévues par les dispositions existantes » (mémoire de l’intimée, par. 21). Toutefois, vu l’absence de preuve que, pendant les cinq années ayant suivi l’arrêt *Morales*, le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes, l’argument voulant que le juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution ait besoin de cette catégorie résiduelle perd beaucoup de sa force. Quoique l’absence de fondement empirique ne signifie rien, en soi, en ce qui concerne la validité de la disposition au regard de l’al. 11e) de la *Charte* (facteur qui est cependant pertinent dans l’analyse fondée sur l’article premier), il importe de se rappeler le contexte dans lequel se situe le présent pourvoi, savoir que, pendant cinq ans, rien n’indiquait que le système de mise en liberté sous caution avait besoin d’un troisième motif de refus, en plus des deux motifs traditionnels.

Sur un plan plus théorique, les avocats ont, dans leurs plaidoiries, eu du mal à énoncer ne serait-ce qu’un scénario hypothétique convaincant où la détention avant le procès s’imposerait pour d’autres motifs que ceux énumérés aux al. a) et b). Vu que, selon les faits de la présente affaire, l’accusé était inculpé d’un meurtre apparemment inexplicable et sauvage, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution aurait pu invoquer le deuxième motif pour la rejeter, étant donné le risque marqué de récidive dû à l’absence

R. v. Rondeau (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), at p. 480 C.C.C., in the context of a similarly inexplicable and brutal murder, [TRANSLATION] “[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society”. Counsel also referred to a hypothetical scenario where granting bail in respect of a highly publicized crime could cause public unrest or rioting. Again, however, in my view, the wording of s. 515(10)(b) is broad enough to encompass any type of threat to “the protection or safety of the public”, not just a threat from the accused. The provision states that detention is justified where it is necessary for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances. This includes, but is clearly not limited to, a consideration of the substantial likelihood that the accused will re-offend or interfere with the administration of justice.

While the cases cited by the Chief Justice in this regard focus on whether the accused is likely to commit crimes while on bail or otherwise interfere with the proper administration of justice, none of the cases foreclose the possibility of considering the “protection or safety of the public” independently of the accused’s likelihood of re-offending or interfering with the administration of justice. In fact, the Quebec Court of Appeal’s statement in *Rondeau*, *supra*, at p. 478 C.C.C., that [TRANSLATION] “[t]he serious risk of recidivism targeted by Parliament in s. 515(10) is only one of the considerations pertinent to the resolution of . . . whether or not detention is necessary for the protection or safety of the public” (emphasis added), strongly suggests that the section is not limited to an analysis of whether the accused is likely to commit crimes or interfere with the administration of justice while released on bail. The reason why the jurisprudence cited by the Chief Justice centres on an examination of factors aimed at determining whether the accused will re-offend or otherwise impede the administration of justice is obvious: in the vast majority of cases, the threat to “the protection or safety of the public” will arise directly from the pre-trial release of the accused,

apparente de mobile. Dans l’arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, p. 1159, le juge Proulx de la Cour d’appel du Québec a affirmé ceci au sujet d’un meurtre aussi inexplicable et sauvage : « Plus un crime comme celui-là est inexpliqué et inexplicable, plus inquiétante pour la société s’avère la mise en liberté provisoire ». Les avocats ont également fait état d’un scénario hypothétique où accorder la mise en liberté sous caution à une personne accusée d’un crime très médiatisé pourrait engendrer des désordres ou des émeutes au sein de la population. Cependant, j’estime là encore que le libellé de l’al. 515(10)b) est assez général pour viser tout type de menace à « la protection ou [à] la sécurité du public », et non seulement celle que présente l’accusé. Cette disposition prévoit que la détention est justifiée lorsqu’elle est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances. Il est évident que cela comprend notamment, mais non exclusivement, une prise en compte de la probabilité marquée que l’accusé récidivera ou qu’il nuira à l’administration de la justice.

Bien que la jurisprudence citée à cet égard par le Juge en chef mette l’accent sur la question de savoir s’il est probable que, s’il est mis en liberté sous caution, l’accusé commettra des crimes ou nuira par ailleurs à la bonne administration de la justice, aucun des arrêts qui la composent n’écarte la possibilité de tenir compte de « la protection ou [de] la sécurité du public » indépendamment de la probabilité que l’accusé récidivera ou qu’il nuira à l’administration de la justice. En réalité, l’affirmation de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Rondeau*, précité, p. 1158, selon laquelle « [l]e risque sérieux de récidive visé par le législateur à l’article 515(10) C.Cr. n’est que l’un des éléments pertinents [. . .] [pour] décider si la détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public » (je souligne), indique fortement que l’application de la disposition n’est pas limitée à la question de savoir s’il est probable que l’accusé commettra des crimes ou qu’il nuira à l’administration de la justice s’il est mis en liberté sous caution. La raison pour laquelle la jurisprudence citée par le Juge en chef est axée sur un examen de facteurs visant à déterminer si l’accusé récidivera ou s’il nuira par ailleurs à l’administration de la justice est évidente : dans la plupart des

rather than from more remote fears of “public unrest and vigilantism”. That is not to say, however, that s. 515(10)(b) is not sufficiently broad to cover these latter scenarios.

85

Even if it were possible to imagine rare and isolated situations where it would be justifiable to deny bail for reasons other than those set out in paras. (a) and (b), we are not here dealing with such narrow specific grounds, but instead with a broad, open-ended provision. It should also be remembered that bail is not an all-or-nothing proposition. The bail judge has the discretion to grant bail under particular terms and conditions which are tailored to meet the facts of an individual case. This flexibility goes a long way to narrow the situations where detention is required. Finally, as pointed out in *Rondeau*, where an accused is charged with murder, s. 515(10) is read in light of s. 522 such that the burden of proof is shifted onto the accused to show cause why pre-trial detention is not necessary with respect to the grounds listed under s. 515(10).

86

As a result of the above factors, in my view, the fear that a situation may arise where the bail judge is unable to provide for the protection of the public without relying on the residual ground is without reasonable foundation.

B. Section 515(10)(c) Must be Read and Assessed as a Whole

87

Although I agree with the view of the Chief Justice that s. 515(10)(c) must be read and assessed as a whole, I respectfully disagree that the section can be read down to sever simply the unconstitutional portion of the provision.

cas, la menace à « la protection ou [à] la sécurité du public » émane directement de la mise en liberté de l'accusé avant qu'il subisse son procès, plutôt que de vagues craintes de « désordres et [d']actes de justicier au sein de la population ». Toutefois, cela ne signifie pas que l'al. 515(10)(b) n'a pas une portée assez large pour viser ces derniers scénarios.

Même si on pouvait imaginer des cas rares et isolés où il pourrait être justifié de refuser la mise en liberté sous caution pour d'autres motifs que ceux énumérés aux al. a) et b), nous avons affaire en l'espèce non pas à de tels motifs bien précis, mais plutôt à une disposition de portée large et illimitée. Il ne faut pas oublier non plus que l'application de la disposition relative à la mise en liberté sous caution ne se limite pas à décider purement et simplement s'il y a lieu de l'accorder ou de la refuser. Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a le pouvoir discrétionnaire d'assortir cette mise en liberté de conditions adaptées aux faits de l'espèce. Cette souplesse permet de limiter grandement les cas où la détention s'impose. Enfin, comme la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Rondeau*, lorsqu'une accusation de meurtre pèse contre l'accusé, le par. 515(10) est interprété à la lumière de l'art. 522, de sorte qu'il y a inversion du fardeau de la preuve et qu'il incombe alors à l'accusé de démontrer que sa détention avant le procès n'est pas nécessaire au sens des motifs énumérés au par. 515(10).

Compte tenu des facteurs susmentionnés, je juge dépourvue de fondement raisonnable la crainte qu'il puisse se présenter un cas où le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne sera en mesure d'assurer la protection du public que s'il s'appuie sur ce motif résiduel.

B. L'alinéa 515(10)(c) doit être interprété et apprécié dans son ensemble

Je conviens avec le Juge en chef que l'al. 515(10)(c) doit être interprété et apprécié dans son ensemble, mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis que cet alinéa peut faire l'objet d'une interprétation atténuée de manière à n'en dissocier que la partie inconstitutionnelle.

It bears repeating that the structure of the provision is one which belies a piecemeal analysis. The wording of para. (c) is clear. Bail may be denied for “any other just cause”, one example of which, “without limiting the generality of the foregoing” (emphasis added), is where detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. It is clear that the essential intent of Parliament in enacting s. 515(10)(c) was to provide for open-ended judicial discretion, and the parties in effect argued the appeal on this basis. It therefore falls on this Court to scrutinize this grant of discretion. To ignore the words that lie at the heart of this provision and focus only on the single listed example is, with respect, to disregard the required analysis.

As also noted by the Chief Justice, I observe that the constitutional questions stated by the Court refer to s. 515(10)(c) in its entirety, and that the Court has had the benefit of full written and oral submissions on both the “just cause” and “maintain confidence in the administration of justice” components of the provision. In addition, since the words “any other just cause” are deliberately open-ended and discretionary, a factual foundation would be of little assistance. It should be remembered that while it may not be appropriate for the Court to address a constitutional question neither squarely raised nor fully argued by the parties to a case, generally the Court ought not to avoid such questions when they are clearly put before the Court with adequate argument on the issues involved by the parties, as is the case here.

In this regard, I agree with the following comments of Professor Don Stuart which, although in reference to the Ontario Court of Appeal decision in this case, apply equally well here:

Surely if the issue is vagueness or overbreadth, then the whole section is to be considered, otherwise the consideration would be blinkered and distorted? On the narrow

Il vaut la peine de répéter que, de par sa structure, l’alinéa ne se prête pas à une analyse fragmentaire. La formulation de l’al. c) est claire. La mise en liberté sous caution peut être refusée pour « une autre juste cause », notamment, « sans préjudice de ce qui précède » (je souligne), lorsque la détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Il est évident qu’en adoptant l’al. 515(10)c) le législateur a essentiellement voulu permettre aux tribunaux d’exercer un pouvoir discrétionnaire illimité. En réalité, il s’agit là de la prémisse sur laquelle les parties au présent pourvoi ont fondé leur argumentation. Il incombe donc à notre Cour d’examiner attentivement cette attribution de pouvoir discrétionnaire. En toute déférence, c’est faire fi de l’analyse qui s’impose que de ne pas tenir compte des mots qui sont au cœur de cette disposition et de ne mettre l’accent que sur le seul exemple donné.

À l’instar du Juge en chef, je constate que les questions constitutionnelles formulées par notre Cour renvoient à l’ensemble de l’al. 515(10)c) et que des arguments complets ont été présentés à notre Cour, par écrit et de vive voix, sur les volets « juste cause » et « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». De plus, comme l’expression « une autre juste cause » traduit une volonté de conférer un pouvoir discrétionnaire illimité, un fondement factuel ne serait pas d’un grand secours. Il faut se rappeler que, en général, même s’il peut être inapproprié qu’elle examine une question constitutionnelle que les parties n’ont pas soulevée directement ni plaidée de manière complète, notre Cour ne devrait pas se garder d’examiner une telle question dans le cas où, comme en l’espèce, elle lui est clairement soumise avec une argumentation suffisante des parties sur les questions en litige.

À ce propos, je souscris aux commentaires suivants du professeur Don Stuart qui, même s’ils se rapportent à la décision rendue en l’espèce par la Cour d’appel de l’Ontario, valent tout autant devant nous :

[TRADUCTION] Certes, si la question en litige est celle de l’imprécision ou de la portée excessive, alors la disposition doit être examinée en entier, sinon l’examen sera

approach of the Ontario Court, the umbrella clause will only be reviewable where a bail judge expressly rests on it. Reasons given at show cause hearings are often enigmatic and the approach in *Hall* may well insulate the section from proper review. Courts are the guardians of the constitution and should not be bending over backwards to sidestep fully developed and presented *Charter* challenges.

(D. Stuart, “*Hall: The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision*” (2000), 35 C.R. (5th) 219, at p. 220)

C. *Application of Section 11(e) of the Charter to Section 515(10)(c)*

91

Although I adhere to the view that s. 515(10)(c) must be read and considered in its entirety, for the purposes of argument I will assess the two components of the provision separately. In my opinion, even if these two parts are considered independently, neither can withstand constitutional scrutiny.

(1) “Any Other Just Cause”

92

As discussed, in *Morales*, this Court held that a restriction on the s. 11(e) right to bail will be valid if it meets the following two conditions:

(1) bail is denied only in a narrow set of circumstances; and,

(2) the denial of bail is necessary to promote the proper functioning of the bail system, and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system.

I will discuss the application of each of these conditions in turn as they apply to the “any other just cause” component of s. 515(10)(c).

(a) *Narrow Set of Circumstances*

93

In my view, it is impossible to hold that the words “any other just cause” provide for the denial of bail

partiel et faussé. Suivant l’interprétation restrictive qu’en a donné la Cour de l’Ontario, la disposition générale ne peut faire l’objet d’un examen que si le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution se fonde expressément sur elle pour rejeter la demande. Les motifs invoqués aux audiences de justification sont souvent nébuleux, et l’interprétation donnée dans l’arrêt *Hall* pourrait bien soustraire la disposition à l’examen qui s’impose. Les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et ils ne doivent pas s’ingénier à esquisser des contestations fondées sur la *Charte* qui ont été dûment préparées et présentées.

(D. Stuart, « *Hall : The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision* » (2000), 35 C.R. (5th) 219, p. 220)

C. *Application de l’al. 11e) de la Charte à l’al. 515(10)c)*

Bien que je souscrive au point de vue selon lequel l’al. 515(10)c) doit être interprété et considéré en entier, pour les besoins du débat, j’analyserai ses deux volets séparément. À mon sens, même lorsque ces deux volets sont considérés indépendamment l’un de l’autre, aucun ne résiste à l’examen constitutionnel.

(1) « une autre juste cause »

Comme nous l’avons vu, dans l’arrêt *Morales*, notre Cour a statué que la restriction du droit à la mise en liberté sous caution, garanti par l’al. 11e), est valide si elle respecte les deux conditions suivantes :

(1) la mise en liberté sous caution n’est refusée que dans certains cas bien précis et

(2) le refus s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et n’est pas exprimé à des fins extérieures à ce système.

Je vais analyser successivement chacune de ces conditions en fonction de leur application au volet « une autre juste cause » de l’al. 515(10)c).

a) *Certains cas bien précis*

À mon avis, il est impossible de conclure que l’expression « une autre juste cause » permet de

under a narrow set of circumstances as required by *Morales*. The phrase falls considerably more afoul of the vagueness doctrine than the old “public interest” ground because it fails even to specify a particular basis upon which bail may be denied.

When one looks at the plain language of the provision, it is self-evident that the deliberate open-endedness of the phrase “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing” must preclude a finding that the phrase only applies in a narrow set of circumstances. How can a set be considered narrow when it is explicitly left open with no criteria to govern or limit its exercise? I agree with the Chief Justice that the phrase “any other just cause” is not sufficiently narrow to meet constitutional standards imposed by *Pearson* and *Morales*.

(b) *Proper Functioning of the Bail System*

It was argued that the phrase “any other just cause” furthers the proper functioning of the bail system by allowing courts to deal with circumstances which have not been foreseen but which make detention necessary, equipping the judiciary with the power it needs to provide for social peace and order in unforeseen circumstances.

In my view, it is an absurdity to argue that the grant of open-ended judicial discretion to deny bail promotes the proper functioning of the bail system when this entire system is premised upon s. 11(e) of the *Charter* and its accompanying requirement that bail only be denied under narrow circumstances. It must not be forgotten that the *raison d'être* of the bail system is the presumption of innocence and the general right to bail, and the broader the terms under which bail may be denied, the more this fundamental presumption is compromised.

refuser la mise en liberté sous caution dans certains cas bien précis, comme l'exige l'arrêt *Morales*. Cette expression va bien davantage à l'encontre de la règle de l'imprécision que l'ancien motif de l'« intérêt public », du fait qu'elle ne précise même pas un motif justifiant le refus d'accorder la mise en liberté sous caution.

Lorsque l'on considère le texte clair de la disposition, il va de soi que, en raison de la portée délibérément illimitée des mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède », il est impossible de conclure qu'ils ne s'appliquent que dans certains cas bien précis. Comment pourrait-il être question de cas bien précis lorsque la disposition se veut expressément générale et qu'aucun critère n'en régit ou n'en limite l'application? Je partage l'avis du Juge en chef selon lequel l'expression « une autre juste cause » n'est pas assez précise pour satisfaire aux normes constitutionnelles établies dans les arrêts *Pearson* et *Morales*.

b) *Bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution*

L'on a fait valoir que l'expression « une autre juste cause » favorise le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution en permettant au tribunal d'examiner des cas non prévus, mais où la détention est nécessaire, le dotant ainsi du pouvoir requis pour assurer la paix et l'ordre social dans des cas non prévus.

Selon moi, il est absurde de soutenir que l'attribution au tribunal d'un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser la mise en liberté sous caution favorise le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, alors que tout ce système repose sur l'al. 11e) de la *Charte* et sur l'exigence qu'il comporte que cette mise en liberté ne soit refusée que dans certains cas bien précis. Il ne faut pas oublier que la *raison d'être* de ce système est la présomption d'innocence et le droit général à la mise en liberté sous caution, et que plus les conditions auxquelles la mise en liberté peut être refusée sont générales, plus cette présomption fondamentale est compromise.

94

95

96

(2) “Necessary in Order to Maintain Confidence in the Administration of Justice”

97

I turn now to an application of the *Pearson* and *Morales* requirements to the “confidence in the administration of justice” component of s. 515(10)(c).

(a) *Narrow Set of Circumstances*

98

It is worth repeating the words of Lamer C.J. in *Morales*, *supra*, at p. 728, setting out the standard that this condition imposes:

In my view the principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. This is all the more so under a constitutional guarantee not to be denied bail without just cause as set out in s. 11(e). Since pre-trial detention is extraordinary in our system of criminal justice, vagueness in defining the terms of pre-trial detention may be even more invidious than is vagueness in defining an offence.

At first blush, the fact that the provision includes a list of factors to be considered suggests that the confidence in the administration of justice ground is sufficiently precise; however, upon examination, it is difficult to see how the listed factors contribute to a determination of whether confidence in the administration of justice would be promoted by denying bail. As such, in my opinion, these factors serve as little more than a facade of precision.

99

The factors listed under s. 515(10)(c) are: “the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment”. On their face, these factors seem relevant to a determination of whether bail should be granted or denied; however, one must assume here that the bail decision is not being made in order to ensure the accused attends court or to protect the public, otherwise the decision would be made under either s. 515(10)(a) or (b), which deal specifically with those grounds. As such, I find it

(2) « nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice »

Je vais maintenant appliquer les conditions établies dans les arrêts *Pearson* et *Morales* au volet « confiance du public envers l’administration de la justice » de l’al. 515(10)c).

a) *Certains cas bien précis*

Il vaut la peine de reproduire les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans l’arrêt *Morales*, précité, p. 728, au sujet de la norme prescrite par cette condition :

À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. C’est d’autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu’énonce l’al. 11e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l’imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l’imprécision dans la définition d’une infraction.

À première vue, le fait que la disposition énumère un certain nombre de facteurs à considérer indique que le motif de la confiance du public dans l’administration de la justice est suffisamment précis. Cependant, après examen, il est difficile de voir comment les facteurs énumérés peuvent permettre de déterminer si le refus d’accorder la mise en liberté sous caution favoriserait la confiance du public dans l’administration de la justice. À mon avis, ces facteurs contribuent tout au plus à donner une fausse apparence de précision.

Les facteurs énumérés à l’al. 515(10)c) sont « le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement. » De prime abord, ils paraissent utiles pour décider s’il y a lieu ou non d’accorder une mise en liberté sous caution. Cependant, il faut présumer en l’espèce que la décision relative à la mise en liberté sous caution ne vise pas à assurer la présence de l’accusé au tribunal ou à protéger le public, sinon elle serait fondée sur l’un ou l’autre des al. a) et b) du par. 515(10) qui se

difficult to see how these factors could promote the proper administration of justice when it has already been concluded that it is not necessary to detain the accused in order to ensure the attendance of the accused at trial or to protect the safety of the public.

Although several of these factors have long been thought relevant to bail decisions, initially they were considered as probative only of whether the accused would appear for trial; see Trotter, *supra*, at pp. 4-8. In this regard, I note that the Chief Justice states that, at common law, courts “also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused” (para. 14). However, the cases cited in support of this used these factors to determine only whether or not the accused was a flight risk, consistent with the general common law view. Indeed, it is logical to assume that a strong case for the prosecution and the potential for lengthy imprisonment would serve to increase the risk that the accused will not appear for trial. In addition, factors such as the gravity of the offence and the circumstances surrounding it are relevant in determining the risk to public safety that the release of the accused poses. However, once these two risks have been substantially eliminated, to what can these factors point? As discussed, counsel struggled to posit plausible grounds, aside from those already enumerated in paras. (a) and (b), which would justify pre-trial detention. In the absence of such grounds, the listed factors are probative of nothing.

Of course, the somewhat tautological argument was put forth that these factors are in fact probative of whether or not confidence in the administration of justice will be promoted by denying bail. The respondent submitted that since the expression “confidence in the administration of justice” is a well-known phrase, used by both courts and Parliament in a variety of contexts, it delineates a sufficiently

rappellent expressément à ces motifs. Il m’est donc difficile de voir comment ces facteurs pourraient favoriser la bonne administration de la justice dans le cas où l’on a déjà conclu qu’il n’est pas nécessaire de détenir l’accusé pour assurer qu’il se présentera à son procès ou pour protéger le public.

Bien que l’on considère depuis longtemps que plusieurs de ces facteurs sont utiles pour prendre une décision relative à la mise en liberté sous caution, on estimait, à l’origine, qu’ils n’étaient probants que pour déterminer si l’accusé comparaitrait à son procès; voir Trotter, *op. cit.*, p. 4-8. À cet égard, je constate que le Juge en chef a affirmé que, en common law, les tribunaux « ont également tenu compte d’autres facteurs tels la nature de l’infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l’accusé et la moralité de ce dernier » (par. 14). Toutefois, dans la jurisprudence citée à l’appui de cette affirmation, ces facteurs ne servent qu’à déterminer s’il existe un risque que l’accusé s’esquive, conformément au point de vue général ayant cours en common law. Il est, en effet, logique de supposer que l’existence d’une preuve à charge convaincante et le fait que l’accusé encourt une longue peine d’emprisonnement, s’il est déclaré coupable, augmentent le risque de non-comparution de l’accusé à son procès. En outre, des facteurs comme la gravité de l’infraction et les circonstances ayant entouré sa perpétration sont utiles pour déterminer le risque que la mise en liberté de l’accusé représente pour la sécurité du public. Cependant, une fois que ces deux risques sont écartés pour l’essentiel, que peuvent laisser entrevoir ces facteurs? Les avocats, je le répète, se sont employés à énoncer des motifs plausibles, autres que ceux déjà énumérés aux al. a) et b), qui justifieraient la détention avant le procès. En l’absence de tels motifs, les facteurs énumérés ne prouvent rien.

Évidemment, l’on a avancé l’argument quelque peu tautologique selon lequel ces facteurs sont, en réalité, probants pour ce qui est de savoir si le refus d’accorder la mise en liberté sous caution favorisera ou non la confiance du public dans l’administration de la justice. L’intimée a soutenu que l’expression « confiance du public envers l’administration de la justice » établit une norme assez

narrow and precise standard. Again, however, I fail to see how confidence in the administration of justice is promoted by detaining an accused who is not at risk of absconding nor a threat to public safety. On the contrary, to detain an accused in such circumstances solely on the basis that the crime is a serious one and the Crown's case is strong would serve to undermine confidence in the administration of justice when one bears in mind the importance of the presumption of innocence to the proper administration of justice.

précise et restrictive, du fait qu'elle est une expression bien connue que les tribunaux et le législateur utilisent dans divers contextes. Cependant, je répète que je ne vois pas comment la détention d'un accusé qui ne risque pas de s'esquiver ou de menacer la sécurité du public peut favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice. Au contraire, compte tenu de l'importance que la présomption d'innocence revêt pour la bonne administration de la justice, détenir un accusé dans de telles circonstances uniquement parce que le crime commis est grave et que la preuve à charge est convaincante aurait pour effet de miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

102

Thus, with respect, the British Columbia Court of Appeal in *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38, erred in concluding that the provision provided a sufficiently precise standard. At p. 48, the court held:

En toute déférence, dans l'arrêt *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu tort de statuer que la disposition établissait une norme suffisamment précise. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 48 :

In my judgment, Parliament has not left the legal profession and the judiciary without a road map to use in the interpretation of s. 515(10)(c). The provisions of the section appear to me to require the Crown at a bail hearing to establish a strong *prima facie* case of very bad conduct resulting in serious harm or the potential for serious harm. In such circumstances, there would usually exist a strong likelihood that a significant sentence would be imposed on a person found guilty of such conduct.

[TRADUCTION] À mon sens, le législateur n'a pas laissé les avocats et le pouvoir judiciaire sans repères pour ce qui est d'interpréter l'al. 515(10)c). Cet alinéa me paraît exiger que, lors de l'enquête sur le cautionnement, le ministère public présente une preuve convaincante à première vue d'un comportement très répréhensible qui a causé un préjudice grave ou qui aurait pu causer un tel préjudice. En pareilles circonstances, il est généralement très probable qu'une lourde peine sera infligée à la personne reconnue coupable d'un tel comportement.

Although the terms of the test may appear to define a cogent standard, the problem with this type of analysis is that it allows for pre-trial detention on the basis of nothing more than a serious crime coupled with a strong *prima facie* case. Again, however, I am at a loss to comprehend how pre-trial detention in such circumstances, where there is little risk of flight or to public safety, could possibly promote confidence in the administration of justice in the mind of an informed public fully aware of the importance of the presumption of innocence and the right to bail. As I have stated, something more than simply weighing the listed factors is necessary in order to justify pre-trial detention, and no valid ground to fill this constitutional void has been put forth.

Même si les éléments de ce critère peuvent paraître définir une norme pertinente, le problème que pose ce genre d'analyse est qu'il permet la détention avant le procès sur le seul fondement d'un crime grave doublé d'une preuve convaincante à première vue. Là encore, j'ai du mal à comprendre comment, dans l'esprit de citoyens informés qui sont parfaitement conscients de l'importance de la présomption d'innocence et du droit à la mise en liberté sous caution, la détention avant le procès pourrait éventuellement favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice dans un cas où il y a peu de risques que l'accusé s'esquive ou qu'il menace la sécurité du public. Je le répète, il ne suffit pas de soupeser les facteurs énumérés pour justifier la détention avant le procès, et aucun motif valable n'a été présenté pour combler cette lacune constitutionnelle.

Consequently, I am of the view that this Court's holding in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 ("CBC"), namely that the phrase "proper administration of justice" provided an intelligible standard by which a presiding judge could exclude members of the public from criminal proceedings, cannot be used to support a similar conclusion in the case at bar. The Court's holding in *CBC* was based on its conclusion that, in the context of s. 486(1) of the *Criminal Code*, the phrase "proper administration of justice" engaged specific fundamental values such as the ability of courts to control their own process in furtherance of the rule of law, and the power of courts to regulate the publicity of their proceedings in order to protect the innocent and safeguard privacy interests: see *CBC*, *supra*, at paras. 36-43. By engaging these specific values, the phrase "proper administration of justice", in the context of s. 486(1), provided an "intelligible standard . . . according to which the judiciary [could] exercise the discretion conferred": *CBC*, at para. 59. In contrast, as I have stated, I can find no parallel values engaged by the phrase "maintain confidence in the administration of justice", as it is found in s. 515(10)(c). The mere fact that this phrase is well known does not serve to endow it with an intrinsic legitimacy. On the contrary, the proper approach is to examine the phrase in its statutory context and in light of the specific values engaged: *CBC*, at para. 36. In the context of s. 515(10)(c), the phrase "maintain confidence in the administration of justice" fails to engage any legitimate specific values and thus does not provide the judiciary with an "intelligible standard".

By enacting s. 515(10)(c), Parliament has essentially revived, albeit with more elaborate wording, the old "public interest" ground that this Court struck down in *Morales*. In *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (Ont. H.C.), at

En conséquence, j'estime que la décision de notre Cour dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, selon laquelle l'expression « bonne administration de la justice » énonce une norme intelligible permettant au juge qui préside des procédures criminelles d'exclure les membres du public de la salle d'audience, ne saurait servir à appuyer une conclusion semblable en l'espèce. La décision de la Cour, dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, était fondée sur sa conclusion que, dans le contexte du par. 486(1) du *Code criminel*, l'expression « bonne administration de la justice » faisait intervenir des valeurs fondamentales particulières telles que la capacité des tribunaux de contrôler leur propre procédure afin d'assurer la primauté du droit, et le pouvoir qu'ils ont de régir la publicité de leurs audiences afin de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée : voir l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, par. 36-43. En faisant intervenir ces valeurs particulières, l'expression « bonne administration de la justice », dans le contexte du par. 486(1), énonçait une « norme intelligible [. . .] suivant laquelle le pouvoir judiciaire [pouvait] exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui [était] conféré » : *Société Radio-Canada*, par. 59. Par contre, je répète que, selon moi, les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » figurant à l'al. 515(10)c), ne font intervenir aucune valeur équivalente. Le simple fait que ces mots soient bien connus ne leur confère pas une légitimité intrinsèque. Au contraire, il faut les examiner dans leur contexte législatif et à la lumière des valeurs particulières en jeu : *Société Radio-Canada*, par. 36. Dans le contexte de l'al. 515(10)c), les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » ne font intervenir aucune valeur légitime particulière et ne constituent donc pas une « norme intelligible » pour le pouvoir judiciaire.

En adoptant l'al. 515(10)c), le législateur a essentiellement fait renaître, quoique sous une forme plus détaillée, l'ancien motif de l'« intérêt public » que notre Cour avait invalidé dans l'arrêt *Morales*. Aux pages 544-545 de la décision *Re Powers and The*

pp. 544-45, the “public interest” ground was defined to include:

... the “public image” of the *Criminal Code*, the *Bail Reform Act* amendments, the apprehension and conviction of criminals, the attempts at deterrence of crime, and ultimately the protection of that overwhelming percentage of citizens of Canada who are not only socially conscious but law-abiding.

In *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.), the same term was described as including “the public’s perception of, and confidence in, the administration of justice”. In *Morales*, Lamer C.J. rejected these expressions of “public interest” as relying “on an imprecise notion that the public interest justifies denying bail whenever the public image of the criminal justice system would be compromised by granting bail” (p. 731). In my view, s. 515(10)(c) invokes similarly vague notions of the public image of the criminal justice system, the only difference being that in s. 515(10)(c) the public image standard is expressed by the phrase “maintain confidence in the administration of justice” as opposed to the term “public interest”.

105 In *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, McEachern C.J.B.C. (in Chambers) specifically referred to s. 515(10)(c) as the “new definition of public interest” (para. 6) and “the ‘public interest’ requirement” (para. 15). Professor Trotter, one of the leading experts in this area, comes to a similar conclusion, *supra*, at pp. 145-46:

Section 515(10)(c) is more detailed and refined than its predecessor [the “public interest” ground]. However, it achieves the same objective — it permits the detention of an accused person based upon the anticipated reaction of the public to the decision, free of any concern about the accused person absconding or re-offending.

106 Given this underpinning in public perceptions, s. 515(10)(c) is ripe for misuse, allowing for

Queen (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (H.C. Ont.), le tribunal a statué que le motif de l’« intérêt public » englobait :

[TRADUCTION] ... l’« image » du *Code criminel* auprès du public, les modifications apportées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, l’arrestation et la condamnation des criminels, les efforts visant à la dissuasion et, en dernier lieu, la protection de la vaste majorité des Canadiens qui non seulement ont une conscience sociale, mais encore sont respectueux des lois.

Dans l’arrêt *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL), la Cour d’appel de l’Ontario a statué que l’« intérêt public » s’entendait notamment de [TRADUCTION] « la perception qu’a le public de l’administration de la justice et [de] la confiance qu’il a dans celle-ci ». Dans l’arrêt *Morales*, le juge en chef Lamer a rejeté ces définitions de l’« intérêt public » pour le motif qu’elles reposaient « sur une notion imprécise selon laquelle l’intérêt public justifie le refus de mise en liberté sous caution dans tous les cas où la mise en liberté risquerait de nuire à l’image du système de justice pénale auprès du public » (p. 731). Selon moi, l’al. 515(10)(c) s’appuie sur des notions tout aussi imprécises de l’image du système de justice criminelle auprès du public, à cette différence près qu’il recourt à l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » au lieu de l’expression « intérêt public » pour décrire la norme de l’image auprès du public.

Dans l’arrêt *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (en chambre) a précisé que l’al. 515(10)(c) établit la [TRADUCTION] « nouvelle définition de l’intérêt public » (par. 6) et « la nouvelle condition de l’“intérêt public” » (par. 15). L’un des plus grand experts en la matière, le professeur Trotter, *op. cit.*, p. 145-146, arrive à la même conclusion :

[TRADUCTION] L’alinéa 515(10)(c) est plus détaillé et plus subtil que la disposition antérieure [le motif de l’« intérêt public »]. Il permet cependant d’atteindre le même objectif, du fait qu’il autorise la détention de l’accusé sur le fondement de la réaction prévisible du public et indépendamment de toute crainte qu’il s’esquive ou qu’il récidive.

En raison de la perception du public qui le sous-tend, l’al. 515(10)(c) se prête aux abus et permet

irrational public fears to be elevated above the *Charter* rights of the accused. In the face of a highly publicized serious crime and a strong *prima facie* case, the importance of the presumption of innocence or the right to bail will not be at the forefront of the minds of most members of the public. Many individuals will instead accept the factors listed in the provision to be a proxy for the accused's guilt, and the release of the accused may very well provoke outrage among certain members of the community. However, this outrage cannot be used by the bail judge as a justification for denying bail, whether or not it is dressed up in administration of justice language. Indeed, the case at bar aptly illustrates this very pitfall. Bolan J. said:

This City, like any other small cities, looks to its courts for protection. The feelings of the community have been expressed by certain witnesses. Some people are afraid, and some people have voiced their concerns. This is a factor which I will accordingly take into consideration when I assess the third ground.

With respect, the bail judge erred in considering the subjective fears of members of the public when he had already determined that the accused should not be denied bail for fear of flight or threat to the public. Although it may well be that the reaction of the public can play a role in determining the threat posed by the accused's release under the public safety ground, that is not what the bail judge decided in this case. It is the role of courts to guard the *Charter* rights of the accused when they conflict with irrational and subjective public views, even when sincerely held. The problem with s. 515(10)(c) is that, stripped to its essence, its very purpose is to allow these subjective fears to form the sole basis by which bail is denied.

que les craintes irrationnelles du public l'emportent sur les droits que la *Charte* garantit à l'accusé. En présence d'un crime grave très médiatisé et d'une preuve convaincante à première vue, l'importance de la présomption d'innocence ou du droit à la mise en liberté sous caution n'est pas au premier plan dans l'esprit de la plupart des membres du public. Bon nombre d'entre eux verront plutôt dans les facteurs énumérés dans cette disposition des indices de la culpabilité de l'accusé, et la mise en liberté de ce dernier pourra fort bien susciter l'indignation de certains membres de la collectivité. Cependant, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne saurait invoquer cette indignation, sous prétexte ou non qu'il en va de la bonne administration de la justice, pour refuser la mise en liberté sous caution. En réalité, la présente affaire illustre bien ce piège. Pour reprendre les propos du juge Bolan :

[TRADUCTION] Cette ville, à l'instar de toute autre petite ville, compte sur les tribunaux pour sa protection. Certains témoins ont fait part des sentiments de la collectivité. Certaines personnes ont peur et d'autres ont exprimé leurs inquiétudes. Par conséquent, c'est un facteur dont je vais tenir compte dans mon examen du troisième motif.

En toute déférence, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a eu tort de prendre en considération les craintes subjectives de certains membres du public, après avoir décidé qu'il n'y avait pas lieu de la rejeter de crainte que l'accusé s'esquive ou qu'il constitue une menace pour le public. Bien que la réaction du public puisse fort bien entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la menace que l'accusé pourra présenter pour la sécurité du public s'il est mis en liberté, le juge appelé à se prononcer sur la demande de liberté sous caution n'a pas tenu compte de ce facteur en l'espèce. Il incombe aux tribunaux de veiller à ce que les droits que la *Charte* garantit à l'accusé soient respectés lorsqu'ils entrent en conflit avec un point de vue irrationnel et subjectif du public, même dans le cas où ce point de vue est sincère. Le problème que pose l'al. 515(10)(c) est qu'il vise essentiellement à permettre que ces craintes subjectives justifient à elles seules le refus d'accorder la mise en liberté sous caution.

(b) *Proper Functioning of the Bail System*b) *Bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution*

108 It follows from the above discussion that the listed factors in s. 515(10)(c), taken by themselves, do not promote the proper functioning of the bail system. Obviously, if the factors lead to a denial of bail which is contrary to the proper administration of justice, which is the view I take, the result cannot be one which promotes the proper functioning of the bail system. It does not further our pre-trial release scheme to allow irrational fears and inclinations to distort the proper application of bail requirements. No authority is needed for the proposition that ill-informed emotional impulses are extraneous to our system of bail.

L'analyse qui précède permet de constater que les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c ne favorisent pas en soi le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. De toute évidence, si, comme je le crois, leur application mène à un refus qui va à l'encontre de la bonne administration de la justice, ce résultat ne saurait favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. Il n'est pas dans l'intérêt de notre système de mise en liberté avant le procès que l'on permette que des craintes et des propensions irrationnelles faussent l'application légitime des conditions établies en la matière. Il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur la jurisprudence ou la doctrine pour affirmer que les réactions émotives de gens mal informés sont extérieures à notre système de mise en liberté sous caution.

109 As discussed above, the respondent suggested several specific grounds for denying bail which could fall under the "administration of justice" rubric. Although some of these suggestions may be seen to promote the proper functioning of the bail system (for example, denying bail in order to protect the accused), the ability to identify one or two isolated examples where the denial of bail may be justified for reasons other than those listed under either (a) or (b) cannot be used as a justification for the broad language of s. 515(10)(c). It is open to Parliament to legislate to cover these narrow grounds if it deems this to be necessary; however, this is not what this section is aimed at.

Comme nous l'avons vu, l'intimée a énoncé plusieurs motifs particuliers de refuser la mise en liberté sous caution qui pourraient relever de l'« administration de la justice ». Bien qu'il soit possible de considérer que certains de ces motifs favorisent le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution (comme, par exemple, refuser la mise en liberté sous caution pour protéger l'accusé lui-même), la capacité de donner un ou deux exemples isolés de cas où le refus d'accorder la mise en liberté sous caution peut être justifié pour d'autres motifs que ceux énumérés à l'al. a) ou à l'al. b) ne saurait justifier le libellé général de l'al. 515(10)c). Le législateur peut légiférer de manière à inclure ces motifs précis s'il le juge nécessaire, mais tel n'est pas l'objet de la disposition en cause dans la présente affaire.

110 In summary, although in other circumstances the factors listed in s. 515(10)(c) could be viewed as circumscribing a fairly narrow range of circumstances, the lack of a valid ground or purpose to which the factors are aimed at qualifying negates the effect that such factors would otherwise have in narrowing the scope of the section. As a result, whether or not the phrase "maintain confidence in the administration of justice" has been given a workable standard

En résumé, même si, dans d'autres circonstances, l'on pourrait considérer que les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c) délimitent des cas relativement bien précis, l'absence de motif ou d'objectif valide que ces facteurs viseraient à nuancer annule l'effet que ces facteurs auraient, par ailleurs, en restreignant la portée de la disposition en cause. En conséquence, peu importe que les tribunaux ou le législateur, ou les deux à la fois, aient considéré,

by courts and/or Parliament in other contexts, in the context of s. 515(10)(c) it is impermissibly vague because of the failure to establish a plausible and valid ground for denying bail that would serve the proper administration of the bail system and that is not already covered under the more specific grounds in s. 515(10)(a) and (b). Without such an independent ground, the listed factors, by themselves, point to a denial of bail on the mere two-fold basis of a serious crime and a strong *prima facie* case; however, it does not promote the proper functioning of the bail system to detain an accused on this basis alone, when the accused is not a flight risk and does not pose a threat to public safety.

As a result, I conclude that s. 515(10)(c) fails both the conditions set out by Lamer C.J. in *Morales* and thus breaches s. 11(e) of the *Charter*. It is thus necessary to determine whether this breach can be justified under s. 1.

D. Section 1 of the Charter

(1) Pressing and Substantial Objective

Pursuant to the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and its progeny, in order for a law that infringes a provision of the *Charter* to be justified under s. 1, the onus is on the Crown to identify some pressing and substantial concern that the provision is meant to address. As an initial matter, I find it difficult to justify as “pressing and substantial” a provision which denies bail under circumstances which cannot be articulated more precisely than “to maintain confidence in the administration of justice”, and certainly not for “any other just cause”. This is especially so given the failure, discussed above, to identify particular circumstances where s. 515(10)(c) would validly operate.

dans d’autres contextes, que l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » établissait une norme pratique, cette expression est, dans le contexte de l’al. 515(10)(c), d’une imprécision inacceptable du fait qu’elle n’établit pas un motif de refus plausible et valide qui favoriserait la bonne administration du système de mise en liberté sous caution et qui n’est pas déjà visé par les motifs plus précis énumérés aux al. 515(10)(a) et (b). En l’absence d’un tel motif indépendant, les facteurs énumérés indiquent en soi que la mise en liberté sous caution sera refusée simplement en raison du double motif de la gravité de l’infraction et de l’existence d’une preuve convaincante à première vue. Toutefois, la détention, pour ce seul motif, d’un accusé qui ne risque pas de s’esquiver ou qui ne constitue pas une menace pour la sécurité du public ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

Je conclus donc que l’al. 515(10)(c) ne satisfait à aucune des deux conditions énoncées par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Morales* et qu’il viole, de ce fait, l’al. 11e) de la *Charte*. Il est donc maintenant nécessaire de décider si cette violation peut être justifiée au regard de l’article premier.

D. L’article premier de la Charte

(1) Objectif urgent et réel

Selon le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et les arrêts qui l’ont suivi, pour démontrer qu’une mesure législative qui viole une disposition de la *Charte* est justifiée au regard de l’article premier, il incombe au ministère public d’établir que l’objectif de cette mesure législative se rapporte à une préoccupation urgente et réelle. Tout d’abord, j’estime qu’il est difficile de justifier comme se rapportant à une préoccupation « urgente et réelle » une disposition qui permet de refuser la mise en liberté sous caution dans le but on ne peut plus précis de « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » et, sûrement pas pour « une autre juste cause ». Cela est d’autant plus vrai en raison du défaut susmentionné d’énoncer des circonstances particulières où l’application de l’al. 515(10)(c) serait valide.

111

112

- 113 The respondent argued that the objective of s. 515(10)(c) was that of s. 515 as a whole which is “to create a liberal system for the granting of bail, and to limit pre-trial detention as much as possible, consistent with the needs of the wider administration of justice” (respondent’s factum, at para. 73). Although this may indeed be a pressing and substantial objective, it still must be shown how a part of s. 515 which breaches the *Charter* addresses some pressing concern within the wider context of the bail system.
- 114 The respondent stated that “the objective of allowing courts to respond to unforeseen circumstances . . . addresses concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society” (respondent’s factum, at para. 75). Again, however, since the respondent failed to posit a hypothetical let alone actual scenario where s. 515(10)(c) would be necessary, this hardly qualifies as a pressing and substantial objective. In addition, in enacting s. 515(10)(c) Parliament did not appear to have been motivated by any evidence of deficiencies in the bail system during the five years post-*Morales*.
- 115 Aside from this lack of an empirical foundation for the section, our attention was not drawn to any provision similar to s. 515(10)(c) in comparable legal systems. The only enactment in the same vein as s. 515(10)(c) is the South African provision allowing for bail to be denied “where in exceptional circumstances there is the likelihood that the release of the accused will disturb the public order or undermine the public peace or security”. This provision was challenged in *S v. Dlamini*, 1999 (4) SA 623 (CC), as being contrary to the constitutional right to be released from detention if the interests of justice permit, subject to reasonable conditions. The Constitutional Court of South Africa upheld the provision under the analogue to s. 1 (at pp. 659-60):
- L’intimée soutient que l’objectif de l’al. 515(10)c) correspond à celui de l’ensemble de l’art. 515, à savoir [TRADUCTION] « établir un généreux système de mise en liberté sous caution et limiter le plus possible la détention avant le procès, conformément aux besoins de l’administration générale de la justice » (mémoire de l’intimée, par. 73). Quoiqu’il puisse effectivement s’agir là d’un objectif urgent et réel, il reste à démontrer en quoi une partie de l’art. 515 qui viole la *Charte* se rapporte à une préoccupation urgente dans le contexte général du système de mise en liberté sous caution.
- L’intimée affirme que [TRADUCTION] « l’objectif de permettre aux tribunaux de réagir à des circonstances imprévues [. . .] se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique » (mémoire de l’intimée, par. 75). Là encore, cependant, étant donné que l’intimée n’a pas énoncé un scénario hypothétique, et encore moins un scénario réel, où il serait nécessaire d’appliquer l’al. 515(10)c), on ne saurait guère qualifier d’urgent et de réel cet objectif. De plus, l’adoption de l’al. 515(10)c) par le législateur ne paraît pas avoir été motivée par une preuve que le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes pendant les cinq années ayant suivi l’arrêt *Morales*.
- Outre le fait que la disposition en cause n’a aucun fondement empirique, on ne nous a signalé l’existence d’aucune disposition semblable à l’al. 515(10)c) dans des systèmes juridiques comparables. La seule disposition adoptée dans le même ordre d’idées est la disposition sud-africaine qui permet de refuser la mise en liberté sous caution [TRADUCTION] « dans des cas exceptionnels où il est probable que la mise en liberté de l’accusé perturbera l’ordre public ou compromettra la paix ou la sécurité publiques ». Cette disposition a été contestée dans *S c. Dlamini*, 1999 (4) SA 623 (CC), pour le motif qu’elle allait à l’encontre du droit constitutionnel à la mise en liberté lorsque les intérêts de la justice le permettent, sous réserve de conditions raisonnables. La Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud a confirmé la validité de la disposition au regard d’une disposition analogue à l’article premier (aux p. 659-660) :

It would be irresponsible to ignore the harsh reality of the society in which the Constitution is to operate. Crime is a serious national concern, and a worrying feature for some time has been public eruptions of violence related to court proceedings. In the present context we are not so much concerned with violent public reaction to unpopular verdicts or sentences, but with such reactions to unpopular grants of bail. There is widespread misunderstanding regarding the purpose and effect of bail. . . . The ugly fact remains, however, that public peace and security are at times endangered by the release of persons charged with offences that incite public outrage. . . . Experience has shown that organised community violence, be it instigated by quasi-political motives or by territorial battles for control of communities for commercial purposes, does subside while ringleaders are in custody. Their arrest and detention on serious charges does instil confidence in the criminal justice system and does tend to settle disquiet, whether the arrestees are warlords or druglords.

It is obvious that in Canada no comparable social conditions exist, either currently or in the foreseeable future, which would justify s. 515(10)(c) under s. 1. Moreover, the provision in question in *Dlamini* is more narrowly drawn than the provision under appeal here, and indeed seems more akin to the “public safety” ground under s. 515(10)(b). As a result, in my opinion, the respondent has failed to identify a sufficiently pressing and substantial objective that is furthered by s. 515(10)(c).

(2) Proportionality

Even if one were to assume that a pressing and substantial objective exists, I find that s. 515(10)(c) also fails the proportionality stage of the *Oakes* test. First, it follows from my finding that s. 515(10)(c) is aimed at authorizing pre-trial detention for reasons which are not in furtherance of the proper functioning of the bail system, that there is no rational connection between this provision and the objective identified by the government, which relates to the proper functioning of the bail system.

[TRADUCTION] Il serait irresponsable de ne pas tenir compte de la dure réalité de la société dans laquelle s’applique la Constitution. La criminalité est un grave problème national et, depuis un certain temps, les accès de violence publique suscités par certaines procédures judiciaires constituent un phénomène inquiétant. Dans le présent contexte, nous nous soucions des réactions violentes du public non pas à l’égard d’un verdict ou d’une sentence impopulaire, mais plutôt à l’égard d’une mise en liberté sous caution impopulaire. Il existe une incompréhension générale de l’objectif et de l’effet de la mise en liberté sous caution. [. . .] Il reste, malheureusement, que la paix et la sécurité publiques sont parfois compromises par la mise en liberté d’une personne accusée d’une infraction suscitant l’indignation du public. [. . .] L’expérience révèle que la violence collective organisée, qu’elle résulte d’un mobile quasi politique ou de luttes territoriales menées pour contrôler des collectivités à des fins commerciales, s’apaise lorsque les meneurs sont sous garde. Leur arrestation et leur détention à la suite d’accusations graves portées contre eux inspirent confiance dans le système de justice criminelle et tendent à calmer l’inquiétude, peu importe que les personnes arrêtées soient des chefs de guerre ou des barons de la drogue.

Il est évident que, dans le contexte social canadien actuel, l’al. 515(10)(c) n’est pas justifié au regard de l’article premier et qu’il ne saurait l’être dans un avenir prévisible. De plus, la disposition en cause dans l’affaire *Dlamini* est plus précise que celle faisant l’objet du présent pourvoi. En fait, elle s’apparente davantage au motif de la « sécurité publique » prévu à l’al. 515(10)(b). J’estime donc que l’intimée n’a énoncé aucun objectif suffisamment urgent et réel dont l’al. 515(10)(c) favoriserait la réalisation.

(2) Proportionnalité

Je conclus que, même en supposant l’existence d’un objectif urgent et réel, l’al. 515(10)(c) ne satisfait pas non plus au critère de proportionnalité dégagé dans l’arrêt *Oakes*. Premièrement, il s’ensuit de ma conclusion, selon laquelle l’al. 515(10)(c) vise à permettre la détention avant le procès pour des motifs extérieurs au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, qu’il n’y a pas de lien rationnel entre cette disposition et l’objectif énoncé par le gouvernement, qui a trait au bon fonctionnement de ce système.

117 Secondly, s. 515(10)(c) cannot satisfy the minimal impairment branch of the proportionality stage of the *Oakes* test. I fail to see how the broad discretion that s. 515(10)(c) grants to bail judges could be viewed as minimally impairing of the s. 11(e) rights of an accused. Aside from the fact that paras. (a) and (b) appear to sufficiently address most, if not all, situations where bail ought to be denied, the bail judge also has an infinite array of conditions of release available which can be imposed on the accused in order to restrict the accused's actions and monitor his or her whereabouts. Section 515(10)(c), by granting open-ended discretion to the bail judge, authorizes pre-trial detention in a much broader array of circumstances than necessary, and thus is not minimally impairing of the s. 11(e) right to bail. In order to satisfy the minimal impairment stage of the *Oakes* test in this context, Parliament must, at a minimum, restrict the denial of bail to a discrete set of grounds.

118 Finally, there is no proportionality between the deleterious effects of pre-trial detention and the salutary effects of s. 515(10)(c). Given that there appears to be no pressing and substantial concern that this provision addresses, I question whether the section can produce much in the way of salutary effects. However, even aside from this, as discussed above, pre-trial detention has concrete and profound deleterious effects on the accused. Not only does pre-trial detention present a serious imposition on the liberty of the accused and his or her right to be presumed innocent, but also there are demonstrated and troubling correlations between pre-trial detention and both the ability to present a defence and the eventual outcome of the trial. Moreover, an accused placed on remand is often subjected to the worst aspects of our correctional system by being detained in dilapidated overcrowded cells without access to recreational or educational programs. The

Deuxièmement, l'al. 515(10)c) ne peut pas satisfaire au volet de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*. Je ne vois pas comment l'on pourrait considérer que le vaste pouvoir discrétionnaire que cet alinéa confère au juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution porte une atteinte minimale aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11e). Outre le fait que les al. a) et b) semblent prévoir suffisamment la plupart, voire la totalité, des cas où le refus d'accorder la mise en liberté sous caution s'imposerait, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution peut assortir cette mise en liberté d'une gamme illimitée de conditions afin de restreindre la liberté d'action de l'accusé et de surveiller ses allées et venues. Du fait qu'il confère un pouvoir discrétionnaire illimité au juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution, l'al. 515(10)c) autorise la détention avant le procès dans beaucoup plus de cas que ce qui est nécessaire, et il ne porte donc pas une atteinte minimale au droit à la mise en liberté sous caution garanti par l'al. 11e). Dans ce contexte, pour satisfaire au volet « atteinte minimale » du critère de l'arrêt *Oakes*, le législateur ne doit, à tout le moins, autoriser le refus d'accorder la mise en liberté sous caution que pour un ensemble de motifs bien précis.

Enfin, il n'y a aucune proportionnalité entre les effets pernicieux de la détention avant le procès et les effets bénéfiques de l'al. 515(10)c). Étant donné qu'elle ne semble se rapporter à aucune préoccupation urgente et réelle, je doute que cette disposition puisse avoir quelque effet bénéfique. Cependant, je le répète, même abstraction faite de cette considération, la détention avant le procès a sur l'accusé des effets pernicieux tangibles et profonds. Non seulement la détention avant le procès porte-t-elle gravement atteinte à la liberté de l'accusé et à son droit à la présomption d'innocence, mais encore il est prouvé qu'il existe des corrélations troublantes entre cette détention, d'une part, et la capacité de présenter une défense ainsi que l'issue éventuelle du procès, d'autre part. De plus, l'accusé mis en détention provisoire est souvent soumis aux pires aspects de notre système correctionnel, en étant détenu dans une cellule délabrée et surpeuplée sans avoir accès

seriousness of this deprivation is recognized by sentencing judges who frequently grant double credit for pre-trial custody: see *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); Trotter, *supra*, at pp. 36-39. Such serious prejudicial effects would obviously outweigh the potential salutary effects of this provision if any had been shown.

As a result of the foregoing, I find that s. 515(10)(c) breaches s. 11(e) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. As such, it is necessary to address the remedies available under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

E. Remedies

By enacting s. 515(10)(c), the clear intention of Parliament was to provide for an open-ended residual provision allowing for bail to be denied at the discretion of the bail judge, subject to the broad requirement that there be “just cause” to do so. The fact that this breadth is intentional is made plainly apparent by use of the phrase “without limiting the generality of the foregoing”.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, this Court set out the guidelines for the constitutional remedies of reading in or reading down, noting that courts must refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary (p. 707). In the context of reading down, the Court noted that an illegitimate intrusion is one which has the effect of substantially changing the significance of the remaining part when the offending part is excised (p. 710).

In this case, the only available remedy is to strike s. 515(10)(c) down in its entirety. Although the section may encompass instances where bail could be denied without offending s. 11(e), there is no way for this Court to narrow the scope of the section sufficiently without seriously intruding into the legislative sphere. In this regard, even if the

à des programmes de loisir et d'éducation. Le juge appelé à déterminer la peine reconnaît souvent la gravité de cette privation en déduisant de la peine qu'il inflige le double de la période pendant laquelle l'accusé a été sous garde avant de subir son procès : voir *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); Trotter, *op. cit.*, p. 36-39. Des effets préjudiciables aussi graves l'emporteraient manifestement sur tout effet bénéfique de la disposition, dont l'existence aurait pu être démontrée.

Compte tenu de ce précède, j'arrive à la conclusion que l'al. 515(10)c) viole l'al. 11e) de la *Charte* et qu'il ne peut pas être sauvegardé au regard de l'article premier. Il est donc nécessaire d'examiner les réparations qui peuvent être accordées en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

E. Réparations

En adoptant l'al. 515(10)c), le législateur a nettement voulu créer une disposition résiduelle de portée illimitée qui permettrait au juge du procès de refuser, à son gré, d'accorder la mise en liberté sous caution, sous réserve de la condition générale de l'existence d'une « juste cause » de le faire. L'emploi de l'expression « sans préjudice de ce qui précède » confirme la volonté du législateur de conférer une telle portée à la disposition.

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a établi les lignes directrices applicables aux réparations constitutionnelles que sont l'interprétation large et l'interprétation atténuée, signalant que les tribunaux ne doivent pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire (p. 707). En ce qui concerne l'interprétation atténuée, notre Cour a fait observer que l'empiètement illégitime est celui qui a pour effet de modifier grandement le sens du texte qui reste lorsqu'on en retranche la partie fautive (p. 710).

En l'espèce, la seule réparation possible est l'invalidation de l'al. 515(10)c) au complet. Bien que cet alinéa puisse s'appliquer à des cas où la mise en liberté sous caution pourrait être refusée sans qu'il en résulte une violation de l'al. 11e), notre Cour ne dispose d'aucun moyen d'en limiter suffisamment la portée sans empiéter gravement sur le domaine

119

120

121

122

administration of justice portion of the provision were constitutional, as the Chief Justice finds, the section cannot be read down to include only this portion and remain consistent with this Court's jurisprudence on this point. The structure of the provision is such that this second component is but a single example of where bail can be denied under the general "any other just cause" rubric. To take this single example of the explicitly open-ended rule and convert it into the rule itself would be to substantially change the significance of this portion of the provision, and would expressly contravene Parliament's clear intention not to limit the generality of "any other just cause". This would amount to a re-drafting of the section, an exercise which cannot be undertaken by this Court.

VII. The Relationship Between the Courts and Legislatures

123

In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the interaction between the various branches of government was described as a dialogue, with the result, at para. 139, that

... each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

124

A good example of how this process plays out is found in the cases of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. In *O'Connor*, this Court outlined the common law procedure to be followed by an accused seeking production of therapeutic records in the hands of third parties by setting out a two-step process by which production of such records could be ordered. The first stage dealt with whether the document sought by the accused ought to be produced to the judge; at the second stage, the trial judge determined whether the record ought to be produced to the accused. Parliament responded to the *O'Connor* decision by enacting a legislative production regime. Although

législatif. À cet égard, même si, comme le conclut le Juge en chef, la partie relative à l'administration de la justice était constitutionnelle, l'alinéa ne saurait être considéré comme n'incluant que cette partie et, en même temps, demeurer conforme à la jurisprudence de notre Cour en la matière. De par la structure de l'alinéa, ce second élément n'est qu'un exemple de cas où la mise en liberté sous caution peut être refusée sur le fondement général d'« une autre juste cause ». Prendre ce seul exemple de l'application de la règle dont la portée est explicitement illimitée et en faire la règle elle-même reviendrait à modifier grandement le sens de cette partie de la disposition et irait clairement à l'encontre de l'intention manifeste du législateur de ne pas restreindre le caractère général de l'expression « une autre juste cause ». Cela équivaudrait à réécrire l'alinéa, ce que notre Cour n'a pas le pouvoir de faire.

VII. Le lien entre les tribunaux et le législateur

Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 139, l'interaction entre les divers organes du gouvernement a été qualifiée de dialogue obligeant

... en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, illustrent bien cette dynamique. Dans l'arrêt *O'Connor*, notre Cour a énoncé la procédure de common law que doit suivre l'accusé qui demande la communication de dossiers thérapeutiques se trouvant en la possession de tiers. Cette procédure comporte deux étapes, dont la première consiste à déterminer si le document requis devrait être communiqué au juge. À la seconde étape, le juge du procès décide si le document devrait être communiqué à l'accusé. Le législateur a réagi à l'arrêt *O'Connor* en adoptant un régime législatif de communication de tels documents. Bien qu'elle ait maintenu la procédure en

the legislation maintained the basic two-stage structure of the common law regime, it diverged in several major respects.

In *Mills*, *supra*, the constitutionality of this legislation was challenged under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In response to the argument that the legislation was unconstitutional to the extent that it did not conform to the *O'Connor* regime, the majority of this Court held (at para. 55) that

... it does not follow from the fact that a law passed by Parliament differs from a regime envisaged by the Court in the absence of a statutory scheme, that Parliament's law is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it remains constitutional. Just as Parliament must respect the Court's rulings, so the Court must respect Parliament's determination that the judicial scheme can be improved. To insist on slavish conformity would belie the mutual respect that underpins the relationship between the courts and legislature that is so essential to our constitutional democracy: *Vriend*, *supra*.

Mills demonstrates the mutual respect between the courts and legislatures that is so fundamental to the concept of constitutional dialogue between these institutions. In the legislation under consideration in *Mills*, Parliament duly considered the constitutional standards set out in *O'Connor* and responded by enacting a production regime which broadly conformed to these standards. In response, this Court examined this legislative scheme in light of the particular societal concerns faced by Parliament and, with due regard for Parliament's considered view of how the production regime should be structured, upheld the legislation as constitutional.

In my view, s. 515(10)(c) demonstrates how this constitutional dialogue can break down. Although Parliament has responded to this Court's decision in *Morales*, it has not done so with due regard for the constitutional standards set out in that case. On the contrary, Parliament has essentially revitalized the

deux étapes du régime de common law, la mesure législative différerait à plusieurs égards importants.

Dans l'arrêt *Mills*, précité, la constitutionnalité de cette mesure législative était contestée en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Pour répondre à l'argument selon lequel la mesure législative était inconstitutionnelle pour autant qu'elle n'était pas conforme au régime établi dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires de notre Cour ont affirmé ce qui suit (au par. 55) :

... Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut [...] pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle : *Vriend*, précité.

L'arrêt *Mills* illustre le respect que se vouent mutuellement les tribunaux et le législateur et qui est si fondamental à la notion de dialogue constitutionnel entre ces institutions. En ce qui concerne la mesure législative en cause dans l'arrêt *Mills*, le législateur a dûment examiné les normes constitutionnelles établies dans l'arrêt *O'Connor* et a réagi en édictant un régime de communication généralement conforme à ces normes. À son tour, notre Cour a étudié ce régime législatif à la lumière des préoccupations sociales particulières auxquelles devait répondre le législateur et, après avoir dûment tenu compte de l'opinion réfléchie du législateur quant à la manière dont ce régime devait être structuré, elle a conclu à la constitutionnalité de la mesure législative.

À mon avis, l'al. 515(10)(c) montre comment ce dialogue constitutionnel peut être rompu. Le législateur a réagi à l'arrêt *Morales* de notre Cour, mais il ne l'a pas fait en tenant dûment compte des normes constitutionnelles qui y avaient été établies. Au contraire, il a essentiellement fait renaître le motif de

125

126

127

“public interest” ground struck down in that case. In my respectful view, by upholding the impugned provision, at least in part, my colleague has transformed dialogue into abdication. The mere fact that Parliament has responded to a constitutional decision of this Court is no reason to defer to that response where it does not demonstrate a proper recognition of the constitutional requirements imposed by that decision.

128

Finally, I emphasize that the role of this Court, and indeed of every court in our country, to staunchly uphold constitutional standards is of particular importance when the public mood is one which encourages increased punishment of those accused of criminal acts and where mounting pressure is placed on the liberty interest of these individuals. Courts must be bulwarks against the tides of public opinion that threaten to invade these cherished values. Although this may well cost courts popularity in some quarters, that can hardly justify a failure to uphold fundamental freedoms and liberty.

VIII. Conclusion

129

For the foregoing reasons, I would allow the appeal. I note the disposition of the Chief Justice that the application of s. 515(10)(c) in this case is moot, since the appellant has already been convicted. However, for the purposes of determining the constitutionality of the provision, I would set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

l'« intérêt public » que notre Cour avait invalidé dans cette affaire. En toute déférence, j'estime que, en confirmant la validité de la disposition attaquée, ma collègue a, en partie tout au moins, remplacé le dialogue par l'abdication. Le simple fait que le législateur ait réagi à un arrêt constitutionnel de notre Cour ne justifie pas de s'en remettre à cette réponse lorsqu'elle ne traduit pas une juste reconnaissance des conditions constitutionnelles établies dans cet arrêt.

Enfin, je souligne que le rôle joué par notre Cour, voire par tous les tribunaux du pays, en matière de respect strict des normes constitutionnelles est d'autant plus important lorsque la population est en faveur d'une plus grande sévérité des peines infligées aux personnes accusées d'avoir commis un acte criminel et que le droit à la liberté de ces dernières fait l'objet de pressions de plus en plus fortes. Les tribunaux doivent résister à toute pression populaire qui risque de compromettre ces valeurs qui nous sont chères. Au risque de perdre la faveur de certains milieux, les tribunaux se doivent absolument d'assurer le respect des libertés fondamentales et du droit à la liberté.

VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi. Je constate que, d'après le Juge en chef, l'application de l'al. 515(10)(c) est théorique en l'espèce étant donné que l'appelant a déjà été reconnu coupable. Toutefois, aux fins de statuer sur la constitutionnalité de la disposition, j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 515(10)(c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): J. L. Bloomenfeld, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.

Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, ARBOUR et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : J. L. Bloomenfeld, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.

Law Society of Alberta *Appellant*

v.

Craig Charles Krieger and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General of Newfoundland and Labrador, the Federation of Law Societies of Canada, the Ontario Crown Attorneys' Association and the Criminal Trial Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: KRIEGER v. LAW SOCIETY OF ALBERTA

Neutral citation: 2002 SCC 65.

File No.: 28275.

Hearing and judgment: May 17, 2002.

Reasons delivered: October 10, 2002.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Administration of justice — Rule adopted under provincial Law Society legislation requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether rule intra vires province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

Barristers and solicitors — Crown prosecutors — Breach of ethics — Law Society's jurisdiction — Law

Law Society of Alberta *Appelant*

c.

Craig Charles Krieger et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Ontario Crown Attorneys' Association et Criminal Trial Lawyers' Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : KRIEGER c. LAW SOCIETY OF ALBERTA

Référence neutre : 2002 CSC 65.

N° du greffe : 28275.

Audition et jugement : 17 mai 2002.

Motifs déposés : 10 octobre 2002.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Administration de la justice — Règle adoptée en vertu de la loi provinciale sur le barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Cette règle est-elle conforme aux pouvoirs de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

Avocats et procureurs — Procureurs du ministère public — Manquement à la déontologie — Compétence

Society rule requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether Law Society has jurisdiction to review allegation Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information — Whether rule interfering with prosecutorial discretion — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

K was assigned to prosecute an accused charged with murder. Prior to the commencement of the preliminary inquiry, he received the results of DNA and biological tests conducted on blood found at the scene of the crime which implicated a different person than the accused. Ten days later, he advised the accused's counsel that the results of the testing would not be available in time for the preliminary inquiry. The defence counsel only learned of the testing results at the preliminary hearing, and complained to the Deputy Attorney General that there had been a lack of timely and adequate disclosure. K was reprimanded and removed from the case after a finding that the delay was unjustified. Six months later, the accused complained to the appellant Law Society about K's conduct. K sought an order that the Law Society had no jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by a Crown prosecutor and an order that the Rule of the *Code of Professional Conduct* requiring a prosecutor to make timely disclosure to the accused or defence counsel was of no force and effect. K's application was dismissed by the Court of Queen's Bench, but that decision was overturned by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

The legislature of Alberta has the power to regulate the legal profession, which it has duly conferred upon the Law Society under the *Legal Profession Act*. Since the federal government has jurisdiction over criminal law and procedure and the province has jurisdiction over the administration of justice, including the regulation of lawyers and reviews of alleged breaches of ethics, there is a strong possibility of overlap between the provincial and federal spheres. Regard must be had to the pith and substance of the impugned rule to determine if it is an unconstitutional regulation by the province of criminal law and procedure. Here, the Rule requiring timely disclosure is directed at governing the ethical conduct of lawyers, is authorized by the *Legal Profession Act*, is limited to circumstances in which the lawyer acted dishonestly or in

du barreau — Règle du barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Le barreau a-t-il compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi malhonnêtement ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents? — La règle nuit-elle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

K a été désigné pour poursuivre une personne accusée de meurtre. Avant l'ouverture de l'enquête préliminaire, il a obtenu les résultats des tests d'empreintes génétiques et des tests biologiques effectués à partir du sang trouvé sur les lieux du crime. Ces résultats impliquaient une autre personne que l'accusé. Dix jours plus tard, il a informé l'avocat de l'accusé que les résultats de ces tests ne seraient pas disponibles à temps pour l'enquête préliminaire. Ce n'est qu'à l'enquête préliminaire que l'avocat de la défense a appris l'existence des résultats des tests. Il s'est alors plaint au sous-procureur général que ces résultats n'avaient pas été communiqués adéquatement et en temps opportun. K a fait l'objet d'une réprimande et a été retiré du dossier à la suite d'une conclusion que le retard était injustifié. Six mois plus tard, l'accusé s'est plaint de la conduite de K auprès du barreau appelant. K a demandé la délivrance d'une ordonnance déclarant que le barreau n'avait pas compétence pour examiner l'exercice par un procureur du ministère public d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ainsi que d'une ordonnance déclarant inopérante la règle du code de déontologie obligeant le procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé ou à son avocat. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de K, mais sa décision a été annulée par la Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement rendu en première instance est rétabli.

La législature de l'Alberta a le pouvoir de réglementer la profession juridique, pouvoir qu'elle a dûment conféré au barreau en édictant la *Legal Profession Act*. Étant donné que le gouvernement fédéral a compétence sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle et que la province a compétence sur l'administration de la justice, y compris la réglementation de la pratique même du droit et l'examen d'allégations de manquement à la déontologie, il existe une forte possibilité de chevauchement entre les champs de compétence fédérale et ceux de compétence provinciale. Il faut examiner le caractère véritable de la règle contestée pour décider si elle est une disposition provinciale inconstitutionnelle touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle. En l'espèce, la règle qui prescrit la communication de

bad faith, and is not intended to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion. Accordingly, the Rule applies only to matters of professional discipline and does not intrude into the area of criminal law and procedure.

A decision of the Attorney General within the authority delegated by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive, as well as statutory bodies like provincial law societies. Prosecutorial discretion will not be reviewable except in cases of flagrant impropriety. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, such as the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion, however, but are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum.

Because Crown prosecutors must be members of the Law Society, they are subject to the Law Society's code of professional conduct, and all conduct that is not protected by the doctrine of prosecutorial discretion is subject to the conduct review process. As the disclosure of relevant evidence is not a matter of prosecutorial discretion but rather a legal duty, the Law Society possesses the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information, notwithstanding that the Attorney General had reviewed it from the perspective of an employer. A clear distinction exists between prosecutorial discretion and professional conduct, and only the latter can be regulated by the Law Society. The Attorney General's office has the ability to discipline a prosecutor for failing to meet the standards set by that office, but that is a different function from the ability to discipline the same prosecutor in his or her capacity as a member of the Law Society. The Act gives the Law Society jurisdiction over a very broad range of conduct including prosecutorial decisions made dishonestly or in bad faith. Disclosure of relevant evidence is a matter of prosecutorial duty, and transgressions related to this duty constitute a very serious breach of legal ethics. Here, it appears that K failed to disclose relevant information, a violation of his duty, but later offered an explanation which would help to determine if he had acted dishonestly or in bad

la preuve en temps utile vise à régir la déontologie des avocats, est autorisée par la *Legal Profession Act*, ne s'applique que dans les cas où l'avocat a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi, et n'a pas pour objet de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La règle s'applique donc uniquement aux questions de discipline professionnelle et n'empiète pas sur le domaine du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux, les autres membres de l'exécutif et les organismes créés par une loi, tels les barreaux des provinces, font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ce pouvoir ne pourra faire l'objet d'un examen que dans les cas de conduite répréhensible flagrante. Cependant, les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, comme celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Elles relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui.

Du fait qu'ils doivent être membres du barreau, les procureurs du ministère public sont assujettis au code de déontologie du barreau, et toute conduite non protégée par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut faire l'objet d'un examen. Étant donné que la communication d'éléments de preuve pertinents est non pas une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, mais plutôt une obligation légale, le barreau a compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents, même si, en sa qualité d'employeur, le procureur général a déjà examiné cette allégation. Il existe une distinction claire entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie, et seule la déontologie peut être réglementée par le barreau. Le bureau du Procureur général a la capacité de prendre des mesures disciplinaires contre un procureur du ministère public qui n'a pas satisfait aux normes qu'il a établies, mais cette fonction ne l'autorise pas à prendre des mesures disciplinaires contre le même procureur en sa qualité de membre du Barreau de l'Alberta. La Loi confère au barreau la compétence sur une très large gamme de comportements, y compris les décisions que le procureur du ministère public prend de façon malhonnête ou de mauvaise foi. La communication d'éléments de preuve pertinents est affaire d'obligation

faith. If so, this would be an ethical breach falling within the Law Society's jurisdiction. The Law Society's jurisdiction to review K's failure to disclose relevant evidence to the accused is limited to examining whether it was an ethical violation.

Cases Cited

Applied: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; **approved:** *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239; **referred to:** *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *Wilkes v. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405; *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189; *Campbell v. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480; *Chartrand v. Quebec (Minister of Justice)* (1987), 59 C.R. (3d) 388.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20], s. 16(1).
Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28.
Constitution Act, 1867, ss. 63, 91(27), 92(13), (14), 135.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579, 579.1 [ad. 1994, c. 44, s. 60].
Department of Justice Act, R.S.C. 1985, c. J-2, s. 5.
Government Organization Act, R.S.A. 2000, c. G-10, Sch. 9, s. 2.
Legal Profession Act, S.A. 1990, c. L-9.1 [now R.S.A. 2000, c. L-8], ss. 6(1), 47(1), 103(1).
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990.

de la part du procureur du ministère public, et les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. En l'espèce, il semble que K a omis de communiquer des renseignements pertinents, manquant ainsi à l'obligation qui lui incombait, mais qu'il a, par la suite, fourni une explication qui aiderait à déterminer s'il a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi. Dans l'affirmative, il s'agirait d'un manquement à la déontologie relevant de la compétence du barreau. En examinant l'omission de K de communiquer à l'accusé des éléments de preuve pertinents, le barreau peut seulement se demander si cette omission contrevient à ses règles de déontologie.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; **arrêt approuvé :** *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239; **arrêts mentionnés :** *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Wilkes c. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405; *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189; *Campbell c. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480; *Procureur général du Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732.

Lois et règlements cités

Alberta Code of Professional Conduct, règle 28.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 579, 579.1 [aj. 1994, ch. 44, art. 60].
Government Organization Act, R.S.A. 2000, ch. G-10, ann. 9, art. 2.
Legal Profession Act, S.A. 1990, ch. L-9.1 [maintenant R.S.A. 2000, ch. L-8], art. 6(1), 47(1), 103(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 63, 91(27), 92(13), (14), 135.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20], art. 16(1).
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 5.
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : La Commission, 1990.

Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown: A study of the offices of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the office of the Director of Public Prosecutions of England*. London: Sweet & Maxwell, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 191 D.L.R. (4th) 600, 277 A.R. 31, 242 W.A.C. 31, [2001] 2 W.W.R. 102, 86 Alta. L.R. (3d) 195, 25 Admin. L.R. (3d) 161, 3 C.P.C. (5th) 212, [2000] A.J. No. 1129 (QL), 2000 ABCA 255, setting aside a judgment of the Court of Queen's Bench (1997), 149 D.L.R. (4th) 92, 51 Alta. L.R. (3d) 363, 205 A.R. 243, 47 Admin. L.R. (2d) 55, [1997] 8 W.W.R. 221, [1997] A.J. No. 689 (QL). Appeal allowed.

Lindsay MacDonald, Q.C., for the appellant.

Christopher D. Evans, Q.C., for the respondent Krieger.

Richard F. Taylor, Q.C., for the respondent the Minister of Justice and Attorney General for Alberta.

Robert J. Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth L. Campbell, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., and *Marc C. Chisholm, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., and *M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown : A study of the offices of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the office of the Director of Public Prosecutions of England*. London : Sweet & Maxwell, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 191 D.L.R. (4th) 600, 277 A.R. 31, 242 W.A.C. 31, [2001] 2 W.W.R. 102, 86 Alta. L.R. (3d) 195, 25 Admin. L.R. (3d) 161, 3 C.P.C. (5th) 212, [2000] A.J. No. 1129 (QL), 2000 ABCA 255, annulant un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1997), 149 D.L.R. (4th) 92, 51 Alta. L.R. (3d) 363, 205 A.R. 243, 47 Admin. L.R. (2d) 55, [1997] 8 W.W.R. 221, [1997] A.J. No. 689 (QL). Pourvoi accueilli.

Lindsay MacDonald, c.r., pour l'appelant.

Christopher D. Evans, c.r., pour l'intimé Krieger.

Richard F. Taylor, c.r., pour l'intimé le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta.

Robert J. Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

James A. Gumpert, c.r., et *Marc C. Chisholm, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., et *M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Kathleen Healey, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Alan D. Gold, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Rosella Cornaviera*, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

Donald W. MacLeod, Q.C., for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

I. Introduction

These are the reasons following the decision of the Court on May 17, 2002 to allow the appeal. The appellant Law Society of Alberta claimed the jurisdiction to apply the standards for the practice of law in the province to all members of the profession including those employed by the Attorney General of Alberta.

The respondents Attorney General and Craig Charles Krieger ("Krieger"), its employee, a Crown prosecutor, submitted that the Law Society does not have the jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by an agent of the Attorney General in the conduct of a prosecution. The respondents submitted on this basis that the appellant does not have the jurisdiction to investigate an allegation of bad faith or dishonesty against a Crown prosecutor in connection with a failure to disclose relevant information to the accused as required by law.

We agree that there are certain decisions of Crown prosecutors that cannot be reviewed by the Law Society. It is a constitutional principle that the Attorneys General of this country must act independently of partisan concerns when exercising their delegated sovereign authority to initiate, continue or terminate prosecutions. So long as they are made honestly and in good faith, prosecutorial

Kathleen Healey, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Alan D. Gold, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Rosella Cornaviera*, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association.

Donald W. MacLeod, c.r., pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

Les présents motifs font suite à la décision de notre Cour, le 17 mai 2002, d'accueillir le pourvoi. L'appelant, le Barreau de l'Alberta, prétend avoir compétence pour appliquer les normes de pratique du droit à l'ensemble des avocats, y compris ceux employés par le procureur général de l'Alberta.

Les intimés, le procureur général et son employé, Craig Charles Krieger, un procureur du ministère public, soutiennent que le barreau n'a pas compétence pour examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dont est investi un mandataire du procureur général. D'après eux, l'appelant n'a pas compétence pour enquêter sur une allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté formulée au sujet d'un procureur du ministère public relativement à l'omission de communiquer à l'accusé des renseignements pertinents, comme l'exige la loi.

Nous convenons que le barreau ne peut pas examiner certaines décisions des procureurs du ministère public. Il existe un principe constitutionnel voulant que les procureurs généraux de notre pays agissent indépendamment de toute considération partisane lorsqu'ils exercent leur pouvoir souverain délégué d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin. Pourvu que le procureur du

decisions related to this authority are protected by the doctrine of prosecutorial discretion.

4 However, we do not agree that the Law Society lacks the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor in bad faith failed to disclose relevant information. As a consequence of its exclusive jurisdiction over property and civil rights in the province, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, the Legislature of Alberta has the power to regulate the legal profession, which it has duly conferred upon the Law Society under the *Legal Profession Act*. Because Crown prosecutors must be members of the Law Society, it thereby follows Crown prosecutors are subject to the Law Society's code of professional conduct. All conduct that is not protected by the doctrine of prosecutorial discretion is subject to the conduct review process.

5 As the disclosure of relevant evidence is not a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a legal duty, the Law Society possesses the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information.

II. Facts

6 In 1993, Douglas Ward ("Ward") was charged with murder. In 1994, Ward was prosecuted for that murder. The prosecutor was the respondent Krieger, a member of the Law Society of Alberta employed by the Attorney General of that province. The Crown theory was that the deceased attacked and wounded the accused with a knife. Later, out of revenge, the accused stabbed the deceased to death while he lay on his bed.

7 On June 1, 1994, the respondent Krieger telephoned Ward's lawyer, Thomas Engel, and advised Engel that the results of DNA and biological testing conducted by the Crown of the blood found at the crime scene would not be available for the

ministère public agisse honnêtement et de bonne foi, les décisions qu'il prend dans l'exercice de ce pouvoir jouissent de la protection de la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Cependant, nous ne sommes pas d'accord pour dire que le barreau n'a pas compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents. En raison de la compétence exclusive sur la propriété et les droits civils dans la province qu'elle possède en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la législature de l'Alberta a le pouvoir de réglementer la profession juridique, pouvoir qu'elle a dûment conféré au barreau en édictant la *Legal Profession Act*. Étant donné que les procureurs du ministère public doivent être membres du barreau, il s'ensuit qu'ils sont assujettis au code de déontologie du barreau. Toute conduite non protégée par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut faire l'objet d'un examen.

Étant donné que la communication d'éléments de preuve pertinents est non pas une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, mais plutôt une obligation légale, le barreau a compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents.

II. Les faits

En 1993, Douglas Ward a été accusé de meurtre. En 1994, M. Ward a subi son procès relativement à ce meurtre. Le procureur du ministère public était l'intimé Krieger, un membre du Barreau de l'Alberta employé par le procureur général de cette province. Selon le ministère public, la victime avait agressé et blessé l'accusé à l'aide d'un couteau. Plus tard, l'accusé s'était vengé en poignardant mortellement la victime dans son lit.

Le 1^{er} juin 1994, l'intimé, M^e Krieger, a appelé M^e Thomas Engel, l'avocat de M. Ward, et l'a avisé que les résultats des tests d'empreintes génétiques et des tests biologiques effectués par le ministère public à partir du sang trouvé sur les lieux du crime

preliminary inquiry which commenced on June 6, 1994.

After the first day of the inquiry, Engel learned that there were preliminary results from the blood tests that implicated a different person and were accordingly favourable to the accused. Those results were known by Krieger on May 20, 1994, prior to the June 1 telephone call and the commencement of the preliminary inquiry.

Engel complained in writing to the Deputy Attorney General that there had been a lack of timely and adequate disclosure of the blood tests. It was his position that the test results had been deliberately withheld from him. The Attorney General's office investigated the complaint. Krieger's position was that he had no intention of withholding the results of the blood tests but had delayed disclosure while awaiting confirmation and full results.

The internal investigation of the Attorney General's office concluded that the delay was unjustified and that Krieger had made an error of judgment. He was disciplined by a letter of reprimand and was removed from the case. Engel was advised of this resolution and also about the drafting of a new guideline requiring Crown prosecutors to consult with the chief Crown prosecutor before delaying disclosure for investigative purposes. In addition, every Crown prosecutor was reminded of the accused's right to disclosure.

Six months later the accused himself complained in writing to the appellant Law Society, repeating Engel's allegations and saying he was not satisfied with the chief Crown prosecutor's response. The Law Society's complaints officer sent the matter to the Deputy Secretary of that Society, who declined to dismiss the complaint. He referred it to the Conduct Committee Panel for a recommendation on how to proceed.

The Deputy Secretary's memo cited Rule 28(d) of the *Alberta Code of Professional Conduct*, which

ne seraient pas disponibles pour l'enquête préliminaire qui devait s'ouvrir le 6 juin 1994.

Après le premier jour d'enquête, M^e Engel a appris qu'il existait des résultats préliminaires des tests sanguins qui impliquaient une autre personne et qui étaient donc favorables à l'accusé. Maître Krieger connaissait ces résultats le 20 mai 1994, avant l'appel téléphonique du 1^{er} juin et l'ouverture de l'enquête préliminaire.

Maître Engel s'est plaint par écrit au sous-procureur général que les résultats des tests sanguins n'avaient pas été communiqués adéquatement et en temps opportun. Il a fait valoir qu'on lui avait caché délibérément ces résultats. Le bureau du Procureur général a fait enquête sur la plainte. Maître Krieger a prétendu qu'il n'avait pas voulu cacher les résultats des tests sanguins, mais qu'il en avait retardé la communication jusqu'à ce qu'ils soient confirmés et complets.

Après enquête interne, le bureau du Procureur général a conclu que le retard était injustifié et que M^e Krieger avait commis une erreur de jugement. Maître Krieger a reçu une lettre de réprimande et a été retiré du dossier. Maître Engel a été informé de cette décision ainsi que de la rédaction d'une nouvelle ligne directrice exigeant des procureurs du ministère public qu'ils consultent le procureur en chef du ministère public avant de retarder la communication d'éléments de preuve pour fins d'enquête. De plus, on a rappelé à chaque procureur du ministère public le droit de l'accusé à la communication de la preuve.

Six mois plus tard, dans la plainte qu'il a lui-même adressée par écrit à l'appellant, le barreau, l'accusé a repris les allégations de M^e Engel et a affirmé qu'il n'était pas satisfait de la réponse du procureur en chef du ministère public. L'agent des plaintes du barreau a fait parvenir le dossier au secrétaire adjoint du barreau. Ce dernier a refusé de rejeter la plainte et l'a transmise au comité disciplinaire en vue d'obtenir une recommandation sur la procédure à suivre.

La note de service du secrétaire adjoint citait la règle 28d) de l'*Alberta Code of Professional*

8

9

10

11

12

requires a prosecutor to “make timely disclosure to the accused or defence counsel . . . of all known relevant facts and witnesses, whether tending towards guilt or innocence”.

13 The Rule is followed by a commentary which explains that it “is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion” and that “the Law Society’s scrutiny of conduct involving an exercise of discretion will be limited to circumstances in which the discretion was exercised dishonestly or in bad faith”.

14 Before the Conduct Committee acted, Krieger sought an order from the Alberta Court of Queen’s Bench that the Law Society had no jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by a Crown prosecutor or to discipline him or her therefor, and that the rules of the *Code of Professional Conduct* of the Law Society of Alberta were of no force and effect.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

15 *Legal Profession Act*, S.A. 1990, c. L-9.1 (now R.S.A. 2000, c. L-8)

6 The Benchers may by resolution

. . .

- (1) authorize or establish a code of ethical standards for members and students-at-law and provide for its publication;

47(1) For the purposes of this Act, any conduct of a member, arising from incompetence or otherwise, that

- (a) is incompatible with the best interests of the public or of the members of the Society, or

Conduct, selon laquelle le procureur du ministère public doit [TRADUCTION] « révéler en temps utile à l’accusé ou à son avocat [. . .] tous les faits et témoins pertinents dont il a connaissance, qu’ils soient favorables ou non à l’accusé ».

Cette règle est suivie d’un commentaire qui explique qu’elle [TRADUCTION] « n’a pas pour objet d’établir une politique ou de nuire à l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et que « l’examen par le barreau d’une conduite comportant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire sera limité aux cas où ce pouvoir a été exercé de façon malhonnête ou de mauvaise foi ».

Avant que le comité disciplinaire agisse, M^e Krieger a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta de délivrer une ordonnance déclarant, d’une part, que le barreau n’avait pas compétence pour examiner l’exercice par un procureur du ministère public d’un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ni pour prendre des mesures disciplinaires contre lui à cet égard et, d’autre part, que les règles du code de déontologie du Barreau de l’Alberta étaient inopérantes.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Legal Profession Act, S.A. 1990, ch. L-9.1 (maintenant R.S.A. 2000, ch. L-8)

[TRADUCTION]

6 Les conseillers peuvent par résolution :

. . .

- 1) autoriser ou établir un code de déontologie applicable aux membres et aux stagiaires en droit, et le faire publier;

47(1) Pour l’application de la présente loi, la conduite d’un membre, attribuable à l’incompétence ou à tout autre motif, mérite d’être punie, qu’elle soit liée ou non à la pratique du membre en tant qu’avocat et qu’elle soit adoptée ou non en Alberta, dans les cas suivants :

- a) elle est inconciliable avec les intérêts du public ou ceux des membres du barreau;

- (b) tends to harm the standing of the legal profession generally,

is conduct deserving of sanction, whether or not that conduct relates to the member's practice as a barrister and solicitor and whether or not that conduct occurs in Alberta.

103(1) No person shall, unless he is an active member of the Society,

. . .

- (b) act as a barrister or as a solicitor in any court of civil or criminal jurisdiction,

Alberta Code of Professional Conduct

CHAPTER 10

The Lawyer as Advocate

. . .

RULES

. . .

28. When engaged as a prosecutor, a lawyer exercises a public function involving much discretion and power. Accordingly:

- (a) a lawyer's prime duty is not to seek to convict, but to see that justice is done through a fair trial on the merits;
- (b) a lawyer must act fairly and dispassionately;
- (c) a lawyer must not do anything that might prevent an accused from being represented by or communicating with counsel;
- (d) a lawyer must make timely disclosure to the accused or defence counsel (or to the court if the accused is not represented) of all known relevant facts and witnesses, whether tending towards guilt or innocence.

COMMENTARY

. . .

Rule #28: The terms "prosecutor" and "prosecution" have reference not only to proceedings under the *Criminal Code*, but to criminal, quasi-criminal and other proceedings instituted pursuant to legislation (including

- b) elle tend à nuire à la réputation de la profession juridique en général.

103(1) Il est interdit à quiconque n'est pas membre actif du barreau,

. . .

- b) d'agir en qualité d'avocat devant une cour de juridiction civile ou criminelle,

Alberta Code of Professional Conduct

[TRANSLATION]

CHAPITRE 10

La représentation en justice

. . .

RÈGLES

. . .

28. L'avocat engagé comme procureur du ministère public exerce des fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires. En conséquence :

- a) il doit non pas simplement rechercher une condamnation, mais veiller à ce que justice soit rendue grâce à un procès équitable sur le fond;
- b) il doit agir de façon sereine et juste;
- c) il ne doit pas nuire au droit de l'accusé d'être représenté par un avocat ou de communiquer avec celui-ci;
- d) il doit révéler en temps utile à l'accusé ou à son avocat (ou au tribunal si l'accusé n'est pas représenté) tous les faits et témoins pertinents dont il a connaissance, qu'ils soient favorables ou non à l'accusé.

COMMENTAIRE

. . .

Règle n° 28 : Les expressions « procureur du ministère public » et « poursuite » renvoient non seulement aux procédures fondées sur le *Code criminel*, mais aussi aux procédures criminelles, quasi crimi-

rules and regulations) that involve a public interest and potential for the imposition of a penalty. For example, counsel engaged in disciplinary proceedings on behalf of a professional body would be considered a prosecutor for the purposes of this rule. Examples and terminology deriving from prosecutions conducted on behalf of the Attorney-General should therefore be read with the necessary changes in reference as appropriate.

The application of Rule #28 to Crown prosecutors is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion. Rather, the Law Society's scrutiny of conduct involving an exercise of discretion will be limited to circumstances in which the discretion was exercised dishonestly or in bad faith. Examples are:

- an exercise of discretion intended to obstruct, pervert or defeat the course of justice;
- an exercise of discretion undertaken for the personal advantage of the Crown prosecutor;
- an exercise of discretion intended to deprive an individual of equality before and under the law by reason of discrimination on the basis of race, creed, colour, national or ethnic origin, gender, religion, marital status, sexual orientation, age, mental or physical disability or any similar personal attribute.

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

nelles et autres fondées sur des textes législatifs (y compris des règles et règlements) qui mettent en cause un intérêt public et qui comportent une possibilité d'infliger une peine. Par exemple, l'avocat représentant un ordre professionnel dans le cadre de procédures disciplinaires serait considéré comme un procureur du ministère public pour l'application de la présente règle. Il y a donc lieu d'effectuer, le cas échéant, les adaptations requises en interprétant les exemples et la terminologie émanant des poursuites intentées au nom du procureur général.

L'application de la règle n° 28 aux procureurs du ministère public n'a pas pour objet d'établir une politique ou de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Au contraire, l'examen par le barreau d'une conduite comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sera limité aux cas où ce pouvoir a été exercé de façon malhonnête ou de mauvaise foi, notamment dans les cas suivants :

- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à entraver, à détourner ou à contrecarrer le cours de la justice;
- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à procurer un avantage personnel au procureur du ministère public;
- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à priver une personne de son droit à l'égalité devant la loi, par suite de discrimination fondée sur la race, les croyances, la couleur, l'origine nationale ou ethnique, le sexe, la religion, l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, l'âge, les déficiences mentales ou physiques, ou sur toute caractéristique personnelle semblable.

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

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, —

13. Property and Civil Rights in the Province.

14. 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.

IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1997), 205 A.R. 243

In dismissing the respondent Krieger's application, the motions judge considered whether or not the Rule is *ultra vires* the Province of Alberta. He found that the Rule and commentary, as read together, apply only to matters of professional discipline, i.e. bad faith or dishonest conduct by a lawyer, and that the Rule is not, in pith and substance, a rule of criminal procedure and did not encroach upon Parliament's constitutional power.

The motions judge held that since the birth of Alberta, by convention and by statute, the Law Society has been charged with maintaining the discipline and integrity of the bar. The executive branch is responsible for the discipline of lawyers and has charged the Law Society with that function by means of the Act. The Law Society, accordingly, had the jurisdiction to review the conduct of a Crown prosecutor in the exercise of prosecutorial discretion where there was an allegation of bad faith or dishonesty.

The motions judge held that conduct amounting to bad faith or dishonesty is beyond the pale of prosecutorial discretion. He noted that the professional disciplinary machinery as a remedy against abuses

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

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

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1997), 205 A.R. 243

Avant de rejeter la demande de l'intimé Krieger, le juge des requêtes s'est demandé si la règle en cause excédait la compétence de la province d'Alberta. Il a conclu que la règle et le commentaire, interprétés conjointement, s'appliquaient uniquement aux questions de discipline professionnelle, c'est-à-dire la mauvaise foi et la conduite malhonnête d'un avocat. Il a ajouté que, de par son caractère véritable, la règle en question n'était pas une règle de procédure criminelle et qu'elle n'empiétait pas sur la compétence constitutionnelle du Parlement.

Le juge des requêtes a décidé que, depuis la création de l'Alberta, le barreau était traditionnellement et légalement chargé de maintenir la discipline et de préserver l'intégrité de ses membres. La discipline des avocats relève du pouvoir exécutif qui a confié cette responsabilité au barreau au moyen de la Loi. Par conséquent, lorsqu'il y a allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté, le barreau a compétence pour examiner la façon dont un procureur du ministère public s'est conduit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le juge des requêtes a estimé que la conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malhonnêteté dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il a souligné que,

16

17

18

of prosecutorial discretion is treated as a part of the legal system by the Supreme Court in such decisions as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 198; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at pp. 339-40; and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21.

19 He rejected the argument that Crown prosecutors, as agents of the Attorney General, should be disciplined only by the Attorney General. The Attorney General does not have the same duties to the public as does the Law Society which is charged with protecting the public from dishonest and unsavoury lawyers and preserving a free and independent bar.

20 The motions judge also rejected the argument that because the Act does not specifically state that it is binding on agents of the Crown, that it is of no force and effect as regards Crown prosecutors. Regulation of all lawyers, he said, meant the regulation of all lawyers.

B. *Alberta Court of Appeal* (2000), 277 A.R. 31

21 The Court of Appeal allowed the appeal and held that it could be determined on the limited issue of whether the Rule permits the Law Society to review the conduct of a Crown prosecutor when the Attorney General's office has found no bad faith or dishonesty. Sulatycky J.A., for the court, acknowledged that the provincial legislature has made Crown prosecutors, as barristers, subject to the Law Society. However, he held that the Law Society lacked the jurisdiction to review the Attorney General's decision that there was no bad faith or dishonesty involved in Krieger's conduct. He held that any review by the Law Society of the conduct of Krieger would necessarily be a review of the conclusion of the Attorney General's office.

dans des arrêts tels que *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 198, *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 339-340, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21, la Cour suprême a jugé que le mécanisme de discipline professionnelle en tant que recours contre les abus de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites fait partie du système juridique.

Il a rejeté l'argument selon lequel, en sa qualité de mandataire du procureur général, le procureur du ministère public ne devrait faire l'objet de mesures disciplinaires que de la part du procureur général. Ce dernier n'a pas envers le public les mêmes obligations que le barreau, qui a la responsabilité de protéger le public contre les avocats malhonnêtes et peu recommandables et de préserver la liberté et l'indépendance des membres de la profession juridique.

Le juge des requêtes a également rejeté l'argument voulant que la Loi soit inopérante en ce qui concerne les procureurs du ministère public, du fait qu'elle ne précise pas qu'elle s'applique aux mandataires de l'État. Selon lui, la réglementation de la conduite de tous les avocats signifie précisément la réglementation de la conduite de tous les avocats.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2000), 277 A.R. 31

La Cour d'appel a accueilli l'appel et statué qu'il pouvait être tranché en répondant simplement à la question de savoir si la règle permet au barreau d'examiner la conduite d'un procureur du ministère public dans le cas où le bureau du Procureur général a conclu à l'absence de mauvaise foi ou de malhonnêteté. Le juge Sulatycky a reconnu, au nom de la cour, que la législature de la province avait assujéti au barreau les procureurs du ministère public, en leur qualité d'avocats. Il a toutefois considéré que le barreau n'avait pas compétence pour examiner la décision du procureur général selon laquelle la conduite de M^e Krieger était dépourvue de mauvaise foi ou de malhonnêteté. Il a décidé qu'un examen par le barreau de la conduite de M^e Krieger constituerait nécessairement un examen de la conclusion du bureau du Procureur général.

V. Issues

1. Is the Rule and Commentary thereto *intra vires* the Act and the Legislature of Alberta?
2. If so, what is the scope of the Law Society's jurisdiction to review the conduct of a Crown prosecutor?
3. Does the Law Society have the jurisdiction to review the prosecutor's conduct after the Attorney General has already reviewed the prosecutor's conduct?

VI. AnalysisA. *The Role of the Attorney General*

Prior to considering the specific questions raised by this appeal, we believe it is useful to discuss the nature and development of the Attorney General's office in Canada. Although we ultimately conclude that the Law Society retains jurisdiction over the alleged misconduct at the bottom of this dispute, the respondents rightly observed the unique and important role of the Attorney General and his agents as distinct from private lawyers.

The office of Attorney General started in England as early as the thirteenth century as the King's Attorney. In essence, the Attorney General exercised on the King's behalf the prerogative to bring and terminate prosecutions. See J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at pp. 12-14; Law Reform Commission of Canada, Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990). Although there are great differences between the constitution of the Canadian and English offices of Attorney General, the power to manage prosecutions of individuals for criminal acts has changed little since these early times and between these countries. The words of Wilmot C.J. in *Wilkes v. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123, at p. 125, remain apt:

As indictments and informations, granted by the King's Bench, are the King's suits, and under his control; informations, filed by his Attorney General, are most

V. Les questions en litige

1. La règle et le commentaire la concernant sont-ils conformes à la Loi et à la compétence de la législature de l'Alberta?
2. Dans l'affirmative, jusqu'à quel point le barreau a-t-il compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public?
3. Le barreau a-t-il compétence pour examiner la conduite du procureur du ministère public une fois que le procureur général l'a déjà examinée?

VI. AnalyseA. *Le rôle du procureur général*

Avant d'examiner les questions particulières soulevées en l'espèce, nous jugeons utile d'analyser la nature et l'évolution de la charge de procureur général au Canada. Même si, en définitive, nous concluons que le barreau conserve sa compétence sur l'inconduite qui aurait été à l'origine du présent litige, les intimés ont à juste titre souligné le rôle unique et important du procureur général et de ses mandataires par rapport à celui des avocats de cabinet privé.

La charge de procureur général, en tant que procureur du Roi, existait dès le XIII^e siècle en Angleterre. Essentiellement, le procureur général exerçait au nom du Roi la prérogative d'intenter des poursuites et d'y mettre fin. Voir J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 12-14; Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990). Bien qu'il y ait de grandes différences entre la charge de procureur général au Canada et celle de procureur général en Angleterre, le pouvoir de gérer les poursuites intentées contre des particuliers pour des actes criminels a peu changé depuis cette époque et se ressemble d'un pays à l'autre. Les propos tenus par le juge en chef Wilmot, dans *Wilkes c. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123, p. 125, demeurent pertinents :

[TRADUCTION] De la même manière que les actes d'accusation et les dénonciations délivrés par le Banc du Roi relèvent du Roi et sont sous son contrôle, les

22

23

24

emphatically his suits, because they are the immediate emanations of his will and pleasure.

25 Although prosecutions were predominantly brought privately in England until 1879, the original power of the Attorney General was and is of initiating, managing and terminating both private and public prosecutions. This power finds its source in the Attorney General's general role as the official legal advisor to the Crown.

26 In Canada, the office of the Attorney General is one with constitutional dimensions recognized in the *Constitution Act, 1867*. Although the specific duties conventionally exercised by the Attorney General are not enumerated, s. 135 of that Act provides for the extension of the authority and duties of that office as existing prior to Confederation. A similar provision applicable to the Attorney General of Alberta is found in the *Alberta Act, S.C. 1905, c. 3* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), at s. 16(1). Furthermore, s. 63 of the *Constitution Act, 1867* requires that the Cabinets of Quebec and Ontario include in their membership the Attorneys General.

27 Attorneys General in this country are, of course, charged with duties beyond the management of prosecutions. As in England, they serve as Law Officers to their respective legislatures, and are responsible for providing legal advice to the various government departments. Unlike England, the Attorney General is also the Minister of Justice and is generally responsible for drafting the legislation tabled by the government of the day. The numerous other duties of the provincial and federal Attorneys General are broadly outlined in the various Acts establishing the Departments of Justice in each jurisdiction.

28 The present respondent's duties are outlined in the *Government Organization Act, R.S.A. 2000, c. G-10, Sch. 9*. This Schedule to the Act provides, at s. 2, that:

2 The Minister

dénonciations déposées par son procureur général relèvent à coup sûr de ce dernier car elles représentent la manifestation concrète de sa volonté et de son bon plaisir.

Même si, jusqu'en 1879, les poursuites étaient surtout d'origine privée en Angleterre, le pouvoir initial du procureur général consistait et consiste toujours à intenter et à gérer les poursuites privées et publiques, ainsi qu'à y mettre fin. Ce pouvoir émane du rôle général du procureur général en tant que conseiller juridique officiel de l'État.

Au Canada, la charge de procureur général comporte une dimension constitutionnelle reconnue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cette loi n'énumère pas les fonctions particulières traditionnelles du procureur général, son art. 135 prévoit le maintien des pouvoirs et des fonctions associés à cette charge avant la Confédération. On trouve une disposition similaire applicable au procureur général de l'Alberta dans la *Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3* (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20), par. 16(1). En outre, l'art. 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario fassent partie du cabinet du gouvernement de ces provinces.

Au Canada, les fonctions du procureur général vont naturellement au-delà de la gestion des poursuites. Comme en Angleterre, il agit à titre de conseiller juridique auprès de la législature et est chargé de donner des avis juridiques aux différents ministères. Contrairement à la situation en Angleterre, le procureur général est également ministre de la Justice et est généralement responsable de la rédaction des lois déposées par le gouvernement de l'heure. Les diverses lois établissant le ministère de la Justice de chaque ressort donnent une description générale des nombreuses autres fonctions des procureurs généraux des provinces et de celui du Canada.

Les fonctions actuelles de l'intimé sont exposées dans la *Government Organization Act, R.S.A. 2000, ch. G-10, ann. 9*. Cette annexe prévoit ce qui suit, à l'art. 2 :

[TRADUCTION]

2 Les fonctions du ministre sont les suivantes :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) is the official legal advisor of the Lieutenant Governor;</p> <p>(b) shall ensure that public affairs are administered according to law;</p> <p>(c) shall superintend all matters relating to the administration of justice in Alberta that are within the powers or jurisdiction of the Legislature or the Government;</p> <p>(d) shall advise on legislative acts and proceedings of the Legislature and generally advise the Crown on matters of law referred to the Minister by the Crown;</p> <p>(e) shall exercise the powers and is charged with the duties attached to the office of the Attorney General of England and the Solicitor General of England by law or usage insofar as those powers and duties are applicable to Alberta;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(j) is responsible for the conduct of the following matters, the enumeration of which shall not be taken to restrict the general nature of any provision of this Schedule:</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(iii) the consideration and argument of appeals from convictions and acquittals of persons charged with indictable offences;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(vi) the appointment of counsel for the conduct of criminal business;</p> | <p>a) il est le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur;</p> <p>b) il veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques;</p> <p>c) il exerce son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice en Alberta et qui relève des pouvoirs ou de la compétence de la législature ou du gouvernement;</p> <p>d) il donne son avis sur les mesures législatives et les délibérations de la législature et, d'une manière générale, conseille l'État sur les questions de droit que ce dernier lui soumet;</p> <p>e) il est investi des pouvoirs et des fonctions qui, de par la loi ou l'usage, ressortissent à la charge de procureur général et de solliciteur général d'Angleterre, dans la mesure où ces pouvoirs et ces fonctions s'appliquent à l'Alberta;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>j) il est responsable de la conduite des affaires suivantes, dont l'énumération ne doit pas être interprétée comme limitant la nature générale des dispositions de la présente annexe :</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(iii) l'étude et la plaidoirie des appels interjetés contre les déclarations de culpabilité et les acquittements de personnes accusées d'avoir accompli un acte criminel;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(vi) la nomination d'avocats pour la conduite d'affaires en matière criminelle;</p> |
|--|---|

See also, e.g., the *Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2, s. 5; the *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.

The gravity of the power to bring, manage and terminate prosecutions which lies at the heart of the Attorney General's role has given rise to an expectation that he or she will be in this respect fully independent from the political pressures of the government. In the U.K., this concern has resulted in the long tradition that the Attorney General not sit as a member of Cabinet. See Edwards, *supra*,

Voir également, par exemple, la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 5, et la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.

L'importance du pouvoir d'intenter et de gérer des poursuites, ainsi que d'y mettre fin, qui est au cœur du rôle du procureur général, fait en sorte que l'on s'attend à ce qu'il soit libre, à cet égard, de toute pression politique de la part du gouvernement. Au Royaume-Uni, cette préoccupation est à l'origine de la longue tradition voulant que le procureur général ne fasse pas partie du cabinet. Voir Edwards,

at pp. 174-76. Unlike the U.K., Cabinet membership prevails in this country. However, the concern remains the same, and is amplified by the fact that the Attorney General is not only a member of Cabinet but also Minister of Justice, and in that role holds a position with partisan political aspects. Membership in Cabinet makes the principle of independence in prosecutorial functions perhaps even more important in this country than in the U.K.

30 It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions. Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

31 This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, L'Heureux-Dubé J. said, at pp. 621-23:

It is manifest that, as a matter of principle and policy, courts should not interfere with prosecutorial discretion. This appears clearly to stem from the respect of separation of powers and the rule of law. Under the doctrine of separation of powers, criminal law is in the domain of the executive

Donna C. Morgan in "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers:

Most [prosecutorial powers] derive . . . from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative

op. cit., p. 174-176. Ce n'est pas le cas au Canada. Cependant, la préoccupation demeure la même et est accentuée par le fait que le procureur général est non seulement membre du cabinet, mais aussi ministre de la Justice, et qu'il occupe, à ce titre, un poste comportant des aspects politiques partisans. Le fait que le procureur général soit membre du cabinet rend le principe de l'indépendance dont il doit jouir dans l'exercice de ses fonctions en matière de poursuites peut-être encore plus important au Canada qu'au Royaume-Uni.

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public. Voir, à l'appui de ce point de vue : Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 9-11. Voir également le juge Binnie (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 157-158.

Cet aspect de l'indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le processus décisionnel en matière de poursuites. Dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, madame le juge L'Heureux-Dubé précise, aux p. 621-623 :

Il est évident qu'en principe et en règle générale, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela paraît clairement aller de pair avec le respect du partage des pouvoirs et de la primauté du droit. Aux termes de la théorie du partage des pouvoirs, le droit criminel relève du pouvoir exécutif . . .

Dans « Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter » (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, aux pp. 20 et 21, Donna C. Morgan étudie les origines des pouvoirs de la poursuite :

[TRADUCTION] La plupart (des pouvoirs de la poursuite) tirent leur origine [. . .] de la prérogative royale, que Dicey définit comme étant le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est investie à tout moment. Les pouvoirs nés de la prérogative sont essentiellement ceux qui sont accordés en common law à la Couronne et qui ne sont pas partagés par ses sujets. Bien que les actes de l'exécutif

powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute.

accomplis sous leur égide respectent la suprématie du droit, ces pouvoirs sont assujettis à la suprématie du Parlement, puisqu'ils peuvent être diminués ou abolis par une loi.

. . .

In "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, at pp. 378-80, J. A. Ramsay expands on the rationale underlying judicial deference to prosecutorial discretion:

. . .

Dans « Prosecutorial Discretion : A Reply to David Vanek » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, aux pp. 378 à 380, J. A. Ramsay précise le raisonnement qui sous-tend la retenue dont les tribunaux font preuve à l'égard du pouvoir discrétionnaire de la poursuite :

. . .

It is fundamental to our system of justice that criminal proceedings be conducted in public before an independent and impartial tribunal. If the court is to review the prosecutor's exercise of his discretion the court becomes a supervising prosecutor. It ceases to be an independent tribunal. [Emphasis in original.]

. . .

[TRADUCTION] Il est fondamental, dans notre système de justice, que les instances criminelles se déroulent en public, devant un tribunal indépendant et impartial. S'il doit contrôler l'exercice par le poursuivant de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devient un poursuivant superviseur. Il cesse alors d'être un tribunal indépendant. [Souligné dans l'original.]

The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. In *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239 (B.C.C.A.), Esson J.A. for the court observed, at p. 254, that:

La reconnaissance par la cour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. Dans l'arrêt *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239 (C.A.C.-B.), le juge Esson fait remarquer, au nom de la cour, à la p. 254 :

The independence of the Attorney-General, in deciding fairly who should be prosecuted, is also a hallmark of a free society. Just as the independence of the bar within its proper sphere must be respected, so must the independence of the Attorney-General.

[TRADUCTION] L'indépendance dont jouit le procureur général lorsqu'il décide de façon équitable qui doit être poursuivi constitue également une caractéristique d'une société libre. Tout comme il faut respecter l'indépendance du barreau dans son domaine de compétence légitime, il faut faire preuve de respect à l'égard de l'indépendance du procureur général.

We agree with these comments. The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system

Nous souscrivons à ces commentaires. La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l'objet d'une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l'origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait

of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict.

B. *Is the Rule Intra Vires the Act and the Legislature of Alberta?*

33

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* grants jurisdiction over criminal law and criminal procedure to the Federal Government. Federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure includes the authority to determine the procedures that govern criminal trials. Sections 92(13) and (14) grant jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice, both criminal and civil, to the Provinces. Provincial jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice includes licensing and regulation of lawyers, including reviews of alleged breaches of ethics. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 21-10; and *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 38-43 and para. 46. It would thus appear that there is a strong possibility of overlap between the provincial and federal spheres. Provincial regulations establishing the proper conduct of a lawyer in a criminal trial are likely to impact procedure in a criminal trial. Nonetheless, it is our view that the Rule is *intra vires* the province. Although the legislative competence of the province to regulate the Law Society has been grounded in both ss. 92(13) and (14), the weight of authority with which we agree finds greater comfort in s. 92(13).

34

To determine whether the Rule is an unconstitutional regulation by the province of criminal law and procedure or a constitutional regulation with respect to property and civil rights and the administration of justice, we look to the “pith and substance” of the

miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir.

B. *La règle est-elle conforme à la Loi et à la compétence de la législature de l’Alberta?*

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral la compétence sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle. La compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle comprend le pouvoir d’établir la procédure applicable aux procès criminels. Les paragraphes 92(13) et 92(14) accordent aux provinces la compétence sur la propriété et les droits civils ainsi que sur l’administration de la justice tant en matière criminelle que civile. La délivrance de permis autorisant à pratiquer le droit et la réglementation de la pratique même du droit, dont l’examen d’allégations de manquement à la déontologie, relèvent de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils ainsi que d’administration de la justice. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 21-10, et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 38-43 et 46. Il semblerait donc y avoir une forte possibilité de chevauchement entre les champs de compétence fédérale et ceux de compétence provinciale. La réglementation provinciale établissant la conduite qu’un avocat doit adopter dans le cadre d’un procès criminel a vraisemblablement une incidence sur la procédure applicable au procès criminel. Nous sommes néanmoins d’avis que la règle en cause dans le présent pourvoi relève de la compétence de la province. Bien que l’on ait fait reposer la compétence législative de la province en matière de réglementation du barreau à la fois sur le par. 92(13) et le par. 92(14), la jurisprudence prépondérante à laquelle nous nous rallions préfère fonder cette compétence sur le par. 92(13).

Nous devons examiner le « caractère véritable » de la règle pour décider si elle est une disposition provinciale inconstitutionnelle touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle ou encore une disposition constitutionnelle concernant

Rule: *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286.

In *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, the Court held at para. 19:

Federalism cases, like many other areas of legal interpretation, greatly involve the proper characterization of the law under attack. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (hereinafter “*GM Canada*”), at pp. 666-69, Dickson C.J. offered a useful three-step structure for analyzing a claim that a law is *ultra vires*. . . . With respect to the first step, Dickson C.J. said the following (at pp. 666-67):

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme.

The respondents argued that the Rule invades the core of federal power to make laws with respect to criminal law and procedure and is thus *ultra vires*. They argued that the purpose of the Rule is to regulate Crown disclosure during the course of a prosecution by establishing more onerous obligations to disclose information than exists at law.

The appellant argued that the Rule, when read together with the commentary, limits the Law

la propriété et les droits civils ainsi que l’administration de la justice : *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1286.

Dans l’arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, notre Cour a conclu, au par. 19 :

Les affaires touchant le fédéralisme, à l’instar de nombreux autres domaines d’interprétation législative, portent en grande partie sur la bonne façon de qualifier la mesure législative contestée. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (ci-après «*GM Canada*»), aux pp. 666 à 669, le juge en chef Dickson a proposé le recours à une méthode en trois étapes pour analyser la prétention qu’une mesure législative est inconstitutionnelle. [. . .] Voici ce qu’il a dit au sujet de la première étape (aux pp. 666 et 667) :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c’est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n’est alors plus nécessaire de poursuivre l’analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l’a adoptée, la cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d’un régime législatif valide. Dans l’affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide.

Les intimés ont fait valoir que la règle touche au cœur de la compétence fédérale de faire des lois relatives au droit criminel et à la procédure en matière criminelle et, partant, qu’elle est inconstitutionnelle. Selon eux, cette règle vise à réglementer la communication d’éléments de preuve par le ministère public dans le cadre de poursuites en justice, en imposant à cet égard des obligations plus strictes que celles prévues par la loi.

L’appelant a soutenu que, interprétée conjointement avec le commentaire qui la suit, la règle

35

36

37

Society's review of an allegation that a Crown prosecutor failed to disclose information to those circumstances that involve bad faith or dishonesty. Owing to this limitation, the Rule is directed towards a Crown prosecutor's ethical obligation as a lawyer rather than criminal law or procedure. They dismissed the argument that the Rule imposes more onerous obligations than those that exist in law and argued that the absence of the modifier "to the extent required by law and accepted practice" is irrelevant — the effect of the Rule, when read with the commentary, is the same as if the modifier were included.

38

To determine whether the Rule is directed at professional discipline or criminal law and procedure, we note that:

(1) the Rule is situated within the *Alberta Code of Professional Conduct*, which is directed at governing the ethical conduct of lawyers;

(2) the Rule is authorized by s. 6(1) of the Act, which permits the Benchers to "authorize or establish a code of ethical standards for members";

(3) the commentary to the Rule limits the application of the Rule to circumstances in which the lawyer acted dishonestly or in bad faith;

(4) the commentary to the Rule states that "[t]he application of Rule #28 to Crown prosecutors is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion"; and

(5) the examples contained in the commentary demonstrate that the Rule is not intended to alter or interfere with this Court's ruling in *Stinchcombe*.

39

As such, the motions judge found that the Rule, as interpreted in accordance with the commentary, applies only to matters of professional discipline and, therefore, does not intrude, at all, into the area of criminal law and procedure. We agree. The

restreint aux cas de mauvaise foi ou de malhonnêteté l'examen par le barreau de l'allégation d'omission, de la part d'un procureur du ministère public, de communiquer des renseignements. À cause de cette restriction, la règle porte sur l'obligation déontologique qui incombe au procureur du ministère public en sa qualité d'avocat, plutôt que sur le droit criminel ou la procédure en matière criminelle. L'appelant repousse l'argument voulant que la règle impose des obligations plus strictes que celles prévues par la loi, en faisant valoir que l'absence de la nuance [TRADUCTION] « dans la mesure requise par la loi et la pratique reconnue » n'a aucune pertinence — la règle, interprétée conjointement avec le commentaire, a le même effet que si la nuance avait été incluse.

Pour déterminer si la règle vise la discipline professionnelle ou le droit criminel et la procédure en matière criminelle, nous soulignons ce qui suit :

(1) la règle figure dans l'*Alberta Code of Professional Conduct* qui régit la déontologie des avocats;

(2) la règle est autorisée par l'al. 6(1) de la Loi, qui permet aux conseillers [TRADUCTION] « [d']autoriser ou [d']établir un code de déontologie applicable aux membres »;

(3) le commentaire qui suit la règle en limite l'application aux cas où l'avocat a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi;

(4) ce commentaire précise que [TRADUCTION] « [l']application de la règle n° 28 aux procureurs du ministère public n'a pas pour objet d'établir une politique ou de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »;

(5) les exemples donnés dans le commentaire démontrent que la règle n'a pas pour objet de modifier ou de contrecarrer la décision de notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*.

Le juge des requêtes a donc conclu que la règle, interprétée conformément au commentaire, s'applique uniquement aux questions de discipline professionnelle et n'empiète pas sur le domaine du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

analysis need not go beyond the first step. In pith and substance, the Rule is *intra vires* the Legislature of Alberta and falls within the broad enabling language of the Act.

C. *The Law Society's Jurisdiction*

We agree with the Court of Appeal that the Law Society has the jurisdiction to regulate the conduct of all Alberta lawyers. The Act, s. 6(1) states: "The Benchers may by resolution . . . authorize or establish a code of ethical standards for members and students-at-law and provide for its publication". Further, s. 103(1)(b) states: "No person shall, unless he is an active member of the Society . . . act as a barrister or as a solicitor in any court of civil or criminal jurisdiction".

To be a Crown prosecutor in Alberta, there are two requirements: (1) employment as such by the Attorney General's office and (2) membership in the Law Society of Alberta. To keep his or her job, a Crown prosecutor must perform to the standards of the employer, the Attorney General's office, and must remain in good standing by complying with the ethical requirements of the Law Society. All Alberta lawyers are subject to the rules of the Law Society — Crown prosecutors are no exception.

D. *Prosecutorial Discretion*

In making independent decisions on prosecutions, the Attorney General and his agents exercise what is known as prosecutorial discretion. This discretion is generally exercised directly by agents, the Crown attorneys, as it is uncommon for a single prosecution to attract the Attorney General's personal attention.

"Prosecutorial discretion" is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made

Nous partageons cet avis. Il n'y a pas lieu de pousser l'analyse au-delà de la première étape. De par son caractère véritable, la règle est conforme à la compétence de la législature de l'Alberta et relève de la disposition habilitante générale de la Loi.

C. *La compétence du barreau*

Nous convenons avec la Cour d'appel que le barreau a compétence pour réglementer la conduite de tous les avocats albertains. Aux termes de l'al. 6(1) de la Loi, [TRADUCTION] « [l]es conseillers peuvent par résolution [. . .] autoriser ou établir un code de déontologie applicable aux membres et aux stagiaires en droit, et le faire publier ». En outre, aux termes de l'al. 103(1)(b), [TRADUCTION] « [i]l est interdit à quiconque n'est pas membre actif du barreau [. . .] d'agir en qualité d'avocat devant une cour de juridiction civile ou criminelle ».

Pour être procureur du ministère public en Alberta, il faut remplir deux conditions : premièrement, être employé à ce titre par le bureau du Procureur général et, deuxièmement, être membre du Barreau de l'Alberta. Pour conserver son emploi, un procureur du ministère public doit fournir un rendement conforme aux normes de l'employeur, le bureau du Procureur général, et doit demeurer membre en règle du barreau en se conformant à ses exigences déontologiques. Tous les avocats albertains sont assujettis aux règles du barreau — les procureurs du ministère public ne font pas exception.

D. *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Lorsqu'ils prennent des décisions indépendantes en matière de poursuites, le procureur général et ses mandataires exercent ce qu'on appelle un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ce pouvoir est généralement exercé directement par des mandataires, soit les procureurs du ministère public, car il est rare que des poursuites retiennent l'attention personnelle du procureur général.

L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique.

40

41

42

43

by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

44 L'Heureux-Dubé J., in quoting David Vanek's work, "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219, said that "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Power, supra*, at p. 622).

45 As discussed above, these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive, as well as statutory bodies like provincial law societies.

46 Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated

Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d'un procureur du ministère public, mais vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.

Citant l'article de David Vanek, intitulé « Prosecutorial Discretion » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 219, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites] renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles » (*Power*, précité, p. 622).

Comme nous l'avons vu, ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux, les autres membres de l'exécutif et les organismes créés par une loi, tels les barreaux des provinces, font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites

sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum.

E. Deference to Prosecutorial Discretion

In *Regan*, *supra*, at paras. 166-68, Binnie J., in dissent but not on this point, discussed the nature of prosecutorial discretion and said:

The trial judge in this case was careful not to understate or diminish the broad scope traditionally and properly afforded to prosecutorial discretion. Courts are very slow to second-guess the exercise of that discretion and do so only in narrow circumstances. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, for example, the Court noted that a system which did not confer a broad discretion on law enforcement and prosecutorial authorities would be unworkable, *per La Forest J.*, at p. 410:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding

privées : *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui.

E. La retenue à l'égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

Dans l'arrêt *Regan*, précité, par. 166-168, le juge Binnie (dissident sur un autre point) a analysé la nature du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et a affirmé ceci :

En l'espèce, le juge du procès a pris soin de ne pas minimiser ni réduire la vaste portée attribuée traditionnellement et à bon droit au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et ne le font que dans des circonstances très limitées. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, par exemple, notre Cour a noté qu'un système qui ne conférerait pas un vaste pouvoir discrétionnaire aux instances chargées d'appliquer la loi et d'engager des poursuites ne pourrait fonctionner. Le juge La Forest s'est exprimé ainsi, à la p. 410 :

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces

when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

See also: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686; *R. v. T. (V)*, [1992] 1 S.C.R. 749; and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348.

Still, the corollary to these extensive discretionary powers is that they must be exercised with objectivity and dispassion. This principle has found its way into the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* (1988); see chapter IX, "The Lawyer as Advocate", s. 9 (Duties of Prosecutor):

The prosecutor exercises a public function involving much discretion and power and must act fairly and dispassionately.

Because the exercise of prosecutorial discretion is, within broad limits, effectively non-reviewable by the courts, it is all the more imperative that the discretion be exercised in a fair and objective way. Where objectivity is shown to be lacking, corrective action may be necessary (as here) to protect what O'Connor referred to as "the integrity" of the criminal justice system.

49

In *Campbell v. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (Ont. C.A.), it was held that an Attorney General's decision to stay proceedings would not be reviewed save in cases of "flagrant impropriety". See also *Power*, *supra*; *Chartrand v. Quebec (Minister of Justice)* (1987), 59 C.R. (3d) 388 (Que. C.A.). Within the core of prosecutorial discretion, the courts cannot interfere except in such circumstances of flagrant impropriety or in actions for "malicious prosecution": *Nelles*, *supra*. In all such cases, the actions of the Attorney General will be beyond the scope of his office as protected by constitutional principle, and the justification for such deference will have evaporated.

policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Voir également : *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 686; *R. c. T. (V)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 348.

Cependant, le corollaire de ces vastes pouvoirs discrétionnaires est qu'ils doivent être exercés avec objectivité et impartialité. On retrouve ce principe dans le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (1988) : voir ch. IX, « L'avocat en tant que tel », art. 9 (Devoirs du procureur de la Couronne) :

L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon sereine et juste.

Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est en réalité, dans une grande mesure, à l'abri du contrôle judiciaire, il importe d'autant plus qu'il soit exercé d'une façon juste et objective. Lorsqu'un manque d'objectivité est établi, il peut être nécessaire d'adopter des mesures correctives (comme en l'espèce) pour protéger ce qu'on appelle, dans l'arrêt *O'Connor*, « l'intégrité » du système de justice pénale.

Dans l'arrêt *Campbell c. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (C.A. Ont.), la cour a statué que la décision du procureur général d'arrêter les procédures ne ferait l'objet d'un examen que dans les cas de [TRADUCTION] « conduite répréhensible flagrante ». Voir également *Power*, précité; *Procureur général du Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.). Quant à l'essentiel du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas de conduite répréhensible flagrante ou d'actions pour « poursuites abusives » : *Nelles*, précité. Dans tous ces cas, le procureur général aura accompli des actes non protégés par le principe constitutionnel applicable à sa charge, et la retenue ne sera plus justifiée.

F. *Prosecutorial Discretion vs. Professional Conduct*

There is a clear distinction between prosecutorial discretion and professional conduct. It is only the latter that can be regulated by the Law Society. The Law Society has the jurisdiction to investigate any alleged breach of its ethical standards, even those committed by Crown prosecutors in connection with their prosecutory discretion. This is important as the interests of the Attorney General in promoting the administration of justice may differ from those of the Law Society in regulating the legal profession and maintaining public confidence. The remedies available to each entity differ according to their respective function. The Attorney General's office has the ability to discipline a prosecutor for failing to meet the standards set by the Attorney General's office for prosecutors but that is a different function from the ability to discipline the same prosecutor in his or her capacity as a member of the Law Society of Alberta. It may be that in some instances the conduct required by the Attorney General to retain employment will exceed the standards of the Law Society but of necessity that conduct will never be lower than that required by the Law Society. In addition, the Attorney General, after finding that a Crown prosecutor has acted in bad faith, does not have the power to restrict a member's practice or disbar a member. An Attorney General can do nothing to prevent a Crown prosecutor from practising law in another area.

Review by the Law Society for bad faith or improper purpose by a prosecutor does not constitute a review of the exercise of prosecutorial discretion *per se*, since an official action which is undertaken in bad faith or for improper motives is not within the scope of the powers of the Attorney General. As stated by McIntyre J. in his concurrence in *Nelles, supra*, at p. 211: "public officers are entitled to no special immunities or privileges when they act beyond the powers which are accorded to them by law in their official capacities". We agree with the observation of MacKenzie J. that "conduct

F. *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie*

Il existe une distinction claire entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie. Seule la déontologie peut être réglementée par le barreau. Celui-ci a compétence pour enquêter sur toute allégation de manquement à ses normes déontologiques, même celui commis par un procureur du ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela est important car l'intérêt qu'a le procureur général à promouvoir l'administration de la justice peut différer de celui qu'a le barreau à réglementer la profession juridique et à maintenir de la confiance du public. Les recours dont dispose chaque entité diffèrent selon la fonction respective de chacune. Le bureau du Procureur général a la capacité de prendre des mesures disciplinaires contre un procureur du ministère public qui n'a pas satisfait aux normes qu'il a établies à l'intention des procureurs du ministère public, mais cette fonction ne l'autorise pas à prendre des mesures disciplinaires contre le même procureur en sa qualité de membre du Barreau de l'Alberta. Dans certains cas, il se peut que la conduite que le procureur général prescrit pour conserver l'emploi outre-passe les normes du barreau, mais, forcément, cette conduite ne sera jamais en-deçà de celle prescrite par le barreau. En outre, lorsqu'il conclut qu'un procureur du ministère public a fait preuve de mauvaise foi, le procureur général ne peut ni restreindre la pratique du droit de ce membre ni le radier. Le procureur général ne peut rien faire pour empêcher un procureur du ministère public de pratiquer le droit dans un autre domaine.

L'examen par le barreau d'allégations de mauvaise foi ou de dessein illégitime de la part d'un procureur du ministère public ne porte pas sur l'exercice même du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites puisqu'un acte officiel accompli de mauvaise foi ou pour des motifs illégitimes ne relève pas des pouvoirs du procureur général. Comme l'a affirmé le juge McIntyre dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Nelles*, précité, p. 211 : « les fonctionnaires ne bénéficient d'aucune immunité ni d'aucun privilège particuliers lorsqu'ils excèdent les pouvoirs dont ils

amounting to bad faith or dishonesty is beyond the pale of prosecutorial discretion” (para. 55).

52

A finding that the Law Society does not have the jurisdiction to review or sanction conduct which arises out of the exercise of prosecutorial discretion would mean that prosecutors who act in bad faith or dishonestly could not be disciplined for such conduct. A prosecutor who laid charges as a result of bribery or racism or revenge could be discharged from his or her office but, in spite of such malfeasance, would be immune to review of that conduct by the Law Society.

53

Section 47(1) of the Act states:

47(1) For the purposes of this Act, any conduct of a member, arising from incompetence or otherwise, that

(a) is incompatible with the best interests of the public or of the members of the Society, or

(b) tends to harm the standing of the legal profession generally,

is conduct deserving of sanction, whether or not that conduct relates to the member’s practice as a barrister and solicitor and whether or not that conduct occurs in Alberta.

The conduct over which the Law Society has jurisdiction by virtue of s. 47 is very broad, encompassing conduct which may be unrelated to one’s legal practice. It would be an absurd interpretation of the statute to include such profession-unrelated conduct but exclude decisions of a prosecutor in a criminal matter.

sont investis à titre officiel ». Nous sommes d’accord avec l’observation du juge MacKenzie selon laquelle [TRADUCTION] « la conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malhonnêteté dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » (par. 55).

La conclusion que le barreau n’a pas compétence pour examiner ou punir une conduite adoptée dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites signifierait qu’un procureur du ministère public qui agit de mauvaise foi ou de façon malhonnête ne pourrait pas faire l’objet de mesures disciplinaires à cet égard. Un procureur du ministère public qui, pour des motifs de corruption, de racisme ou de vengeance, porterait des accusations pourrait être congédié, mais, malgré tout, sa conduite ne pourrait pas faire l’objet d’un examen par le barreau.

Le paragraphe 47(1) de la Loi prévoit :

[TRADUCTION]

47(1) Pour l’application de la présente loi, la conduite d’un membre, attribuable à l’incompétence ou à tout autre motif, mérite d’être punie, qu’elle soit liée ou non à la pratique du membre en tant qu’avocat et qu’elle soit adoptée ou non en Alberta, dans les cas suivants :

a) elle est inconciliable avec les intérêts du public ou ceux des membres du barreau;

b) elle tend à nuire à la réputation de la profession juridique en général.

La conduite qui relève de la compétence du barreau en vertu de l’art. 47 est très générale et englobe celle susceptible de ne pas être liée à la pratique du droit. Il serait absurde de considérer que la Loi vise une conduite non liée à l’exercice de la profession, mais non les décisions prises par un procureur du ministère public dans une affaire criminelle.

G. *Crown Prosecutor's Failure to Disclose Relevant Exculpatory Evidence Not Within Prosecutorial Discretion*

In *Stinchcombe*, *supra*, the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not, therefore, a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. Absent an explanation demonstrating that the Crown Attorney did not act dishonestly or in bad faith, it is settled law, *per* Sopinka J. for the Court in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 339, that “[t]ransgressions with respect to this duty constitute a very serious breach of legal ethics”. This is reflected in para. (d) of the Rule which applies only to breaches of the duty to disclose which involve dishonesty or bad faith.

In this case, it would appear that the respondent Krieger failed to disclose all relevant information to the defence, but later offered an explanation. If true, the failure to disclose would constitute a violation of the duty expressed in *Stinchcombe*. The explanation would help to determine if the respondent Krieger had acted dishonestly or in bad faith. If so, this would be an ethical breach and would fall within the jurisdiction of the Law Society. The Law Society in the fulfillment of their duties will determine whether the respondent acted in conformity with the professional ethics of the Law Society of Alberta.

H. *Application of this Judgment to Provincial and Federal Crown Prosecutors*

The intervener Attorney General of Canada argues that this Court should restrict its decision to the jurisdiction of a law society over provincial Crown prosecutors as different considerations would apply if a law society were to assert

G. *L'omission du procureur du ministère public de communiquer des éléments de preuve disculpatoires pertinents n'est pas conforme à son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents. Par conséquent, bien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d'éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire mais plutôt d'obligation de sa part. À défaut d'explication démontrant que le procureur du ministère public n'a pas agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi, il est bien établi, comme le juge Sopinka l'a affirmé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, p. 339, que « [l]es manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique ». Cela se reflète à l'al. d) de la règle, qui s'applique uniquement aux manquements à l'obligation de communication où il est question de malhonnêteté ou de mauvaise foi.

En l'espèce, il semblerait que l'intimé, M^e Krieger, a omis de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents, mais qu'il a, par la suite, fourni une explication. En l'occurrence, le défaut de communiquer les renseignements en question constitue un manquement à l'obligation énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*. L'explication fournie par l'intimé, M^e Krieger, aiderait à déterminer s'il a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi. Dans l'affirmative, il s'agirait alors d'un manquement à la déontologie qui relèverait de la compétence du barreau. Pour s'acquitter de ses obligations, le Barreau de l'Alberta devra décider si l'intimé a agi de façon conforme à son code de déontologie.

H. *Application du présent jugement aux procureurs du ministère public fédéraux et provinciaux*

L'intervenant, le procureur général du Canada, prétend que notre Cour devrait limiter l'application de sa décision à la compétence d'un barreau sur les procureurs du ministère public provinciaux, étant donné que d'autres considérations s'appliqueraient

54

55

56

jurisdiction over federal Crown prosecutors. A law society has the jurisdiction to review the conduct of a federal or provincial Crown prosecutor to determine whether the prosecutor has acted dishonestly or in bad faith in exercising prosecutorial discretion or fulfilling the disclosure obligations of the Crown. As members of their respective law societies, federal Crown prosecutors are subject to the same ethical obligations as all other members of the bar and not immune to discipline for dishonest or bad faith conduct.

I. *Review of Krieger's Conduct*

57 The Law Society and the Attorney General have different mandates and objectives. It should be obvious that a review of a Crown Attorney's conduct by the Law Society is not a review of the internal operation of the Attorney General's office.

58 An inquiry by the Attorney General into whether a prosecutor has failed to meet departmental standards and should be removed from a case may involve different considerations, standards and/or procedures than an inquiry by the Law Society into whether that prosecutor has breached the rules of ethics warranting sanction. The Attorney General is responsible for determining the policies of the Crown prosecutors. The Law Society is responsible for enforcing the ethical standards required of lawyers. Certain aspects of a prosecutor's conduct may trigger a review by the Attorney General and other aspects, usually ethical conduct considerations, may mean a review by the Law Society. A prosecutor whose conduct so contravenes professional ethical standards that the public would be best served by preventing him or her from practising law in any capacity in the province should not be immune from disbarment. Only the Law Society can protect the public in this way.

si un barreau faisait valoir qu'il a compétence sur les procureurs du ministère public fédéraux. Un barreau a compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public provincial ou fédéral afin de déterminer si celui-ci a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou en exécutant ses obligations en matière de communication de la preuve. En leur qualité de membres de leurs barreaux respectifs, les procureurs du ministère public fédéraux sont assujettis aux mêmes obligations déontologiques que tous les autres membres du barreau et peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires dans le cas où ils ont agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi.

I. *L'examen de la conduite de M^e Krieger*

Le mandat et les objectifs du barreau diffèrent de ceux du procureur général. Il devrait être évident que l'examen de la conduite d'un procureur du ministère public par le barreau ne porte pas sur le fonctionnement interne du bureau du Procureur général.

Lorsque le procureur général tente de déterminer si un procureur du ministère public a manqué aux normes du ministère et s'il devrait être retiré d'un dossier, l'examen auquel il procède alors fait intervenir des considérations, des normes ou des procédures différentes de celles dont le barreau tient compte pour décider si ce procureur du ministère public a commis un manquement aux règles de déontologie méritant d'être puni. Le procureur général a la responsabilité d'établir des politiques applicables aux procureurs du ministère public. Le barreau a la responsabilité de veiller au respect des normes de déontologie auxquelles les avocats sont assujettis. Certains aspects de la conduite d'un procureur du ministère public peuvent donner lieu à un examen par le procureur général, tandis que d'autres aspects, généralement des considérations déontologiques, peuvent entraîner un examen par le barreau. Un procureur du ministère public qui contrevient aux normes de déontologie au point qu'il est dans l'intérêt public de lui interdire de pratiquer le droit en quelque qualité que ce soit dans la province ne devrait pas être à l'abri de la radiation. Seul le barreau est en mesure d'assurer cette protection du public.

The Law Society's jurisdiction to review the respondent's failure to disclose relevant evidence to the defendant is limited to examining whether it was an ethical violation. As explained by M. Proulx and D. Layton in *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at p. 657:

It is worth underlining that not every breach of the legal and constitutional duty to disclose constitutes a violation of an ethical duty. Non-disclosure can result, for instance, from mere inadvertence, a misunderstanding of the nature of the evidence, or even a questionable strategy adopted in good faith. These lapses may represent a denial of the accused's constitutional rights, but an ethical violation often requires more. A finding of professional misconduct must be based upon an act or omission revealing an intentional departure from the fundamental duty to act in fairness. Thus, a judicial determination that disclosure has wrongfully been withheld will not necessarily reveal a breach of ethics. Conversely, an egregious breach of ethics may in some cases have no appreciable effect on the fairness of the trial, when appropriate remedies can cure any harm suffered by the accused.

VII. Conclusion

In light of the foregoing analysis, we answer the issues in this appeal as follows. The Rule is *intra vires* the Act and the Legislature of Alberta. The Law Society has jurisdiction to review the conduct of a prosecutor to determine whether the prosecutor acted dishonestly or in bad faith in failing to disclose relevant information to an accused in a timely manner, notwithstanding that his employer, the Attorney General, has reviewed it from the perspective of an employer.

The appeal is allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside, and the judgment of MacKenzie J. at trial is restored. Since the appellant did not request costs, none are awarded.

En examinant l'omission de l'intimé de communiquer au défendeur des éléments de preuve pertinents, le barreau peut seulement se demander si cette omission contrevient à ses règles de déontologie. Comme l'expliquent M. Proulx et D. Layton dans *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 657 :

[TRADUCTION] Il vaut la peine de souligner que les manquements à l'obligation légale et constitutionnelle de communiquer des éléments de preuve ne constituent pas tous des manquements à une obligation déontologique. L'omission de communiquer un élément de preuve peut résulter notamment d'une simple mégarde, d'une méprise quant à la nature de cet élément de preuve ou même d'une stratégie douteuse adoptée de bonne foi. Ces fautes peuvent constituer une négation des droits constitutionnels de l'accusé, mais souvent il faut plus que cela pour qu'il y ait manquement à la déontologie. Pour conclure à une inconduite professionnelle, il faut un acte ou une omission révélant l'existence d'un manquement délibéré à l'obligation fondamentale d'agir équitablement. Ainsi, lorsqu'un tribunal conclut qu'on a illégalement omis de communiquer un élément de preuve, cela n'indique pas nécessairement l'existence d'un manquement à la déontologie. À l'inverse, un manquement inacceptable à la déontologie peut, dans certains cas, n'avoir aucun effet appréciable sur l'équité du procès dans le cas où des réparations appropriées sont susceptibles de remédier au préjudice subi par l'accusé.

VII. Conclusion

Compte tenu de l'analyse qui précède, nous répondons de la manière suivante aux questions soulevées dans le présent pourvoi. La règle en cause est conforme à la Loi et à la compétence de la législature de l'Alberta. Le barreau a compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public afin de déterminer si celui-ci a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer à l'accusé des renseignements pertinents en temps opportun, même si, en sa qualité d'employeur du procureur du ministère public, le procureur général en a déjà examiné la conduite.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé et la décision du juge de première instance, le juge MacKenzie, est rétablie. Étant donné que l'appelant n'a pas sollicité de dépens, aucuns ne lui sont accordés.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Law Society of Alberta, Calgary.

Solicitor for the respondent Krieger: Christopher D. Evans, Calgary.

Solicitor for the respondent the Minister of Justice and Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Law Society of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimé Krieger : Christopher D. Evans, Calgary.

Procureur de l'intimé le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.

Mr. B, Mr. C and D Ltd. *Appellants*

v.

Mr. A and the Ontario Human Rights Commission *Respondents*

INDEXED AS: B v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Neutral citation: 2002 SCC 66.

File No.: 28383.

2002: May 14; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil rights — Discrimination — Employment — “Marital status” — “Family status” — Employee dismissed from employment because of particular identity of spouse and child — Meaning of “marital status” and “family status” — Whether prohibited grounds of “marital status” and “family status” broad enough to include adverse distinction based on particular identity of complainant’s spouse or family member — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H-19, ss. 5(1), 10(1).

The respondent Mr. A was dismissed from his employment with the appellant D Ltd., a firm owned by two brothers, Mr. C, who is the president, and Mr. B, who is vice-president and manager. Messrs. B and C are brothers to Mrs. A and uncles to the daughter of Mr. and Mrs. A. At the time of his termination, Mr. A was 56 years old, had worked for 26 years with the appellant company, and was four years away from retiring on full pension. Mr. B terminated Mr. A’s employment after being confronted by Mr. A’s daughter and Mrs. A with accusations that he had sexually molested the daughter when she was a young child. Mr. A complained to the respondent Human Rights Commission that his termination constituted employment discrimination. The Board of Inquiry found that the dismissal amounted to discrimination on the basis of marital and family status. On appeal, the Divisional Court found that the Board of Inquiry erred in its finding that the father had been discriminated against, holding that the unfair treatment was based on personal animosity. The

M. B, M. C et D Ltée *Appelants*

c.

M. A et la Commission ontarienne des droits de la personne *Intimés*

RÉPERTORIÉ : B c. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)

Référence neutre : 2002 CSC 66.

N° du greffe : 28383.

2002 : 14 mai; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droits civils — Discrimination — Emploi — « État matrimonial » — « État familial » — Employé congédié en raison de l’identité de son épouse et de sa fille — Sens des expressions « état matrimonial » et « état familial » — Les motifs de distinction illicite fondée sur l’« état matrimonial » et l’« état familial » ont-ils une portée suffisamment large pour s’appliquer aux cas de distinction préjudiciable fondée sur l’identité particulière du conjoint du plaignant ou d’un autre membre de la famille de ce dernier? — Code des droits de la personne de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1), 10(1).

L’intimé, monsieur A (« A »), a été congédié par l’appelante D Ltée, entreprise appartenant à deux frères, monsieur C (« C »), son président, et monsieur B (« B »), son vice-président et directeur. MM. B et C sont les frères de l’épouse de A (« M^{me} A ») et les oncles de la fille de M. et M^{me} A. Au moment de son congédiement, A était âgé de 56 ans. Il comptait 26 années de service au sein de l’entreprise appelante et il lui restait encore quatre ans à travailler avant de pouvoir prendre sa retraite et bénéficier de la pension maximale. B a congédié A à la suite d’une confrontation avec M^{me} A et la fille de ce dernier qui l’avaient alors accusé d’avoir abusé de la seconde lorsqu’elle était toute petite. A a déposé une plainte à la Commission ontarienne des droits de la personne, affirmant que son congédiement constituait de la discrimination en matière d’emploi. La commission d’enquête chargée de l’affaire a estimé que le congédiement constituait de la discrimination fondée sur l’état matrimonial et l’état familial. En appel de cette décision, la Cour

Court of Appeal set aside the decision and remitted the matter to the Board of Inquiry to determine the outstanding issue of remedy.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The enumerated grounds of marital and family status set out in s. 5(1) of the Ontario *Human Rights Code* are broad enough to encompass circumstances where the discrimination results from the particular identity of the complainant's spouse or family member. Adopting a broad meaning of "marital status" and "family status" is supported by the words of the statute, the applicable principles of interpretation, and the weight of existing discrimination jurisprudence.

This Court has repeatedly reiterated the view that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature and ought to be interpreted in a liberal and purposive manner in order to advance the broad policy considerations underlying it. The broad goal of anti-discrimination statutes, namely preventing the drawing of negative distinctions based on irrelevant personal characteristics, is furthered by embracing the more inclusive interpretation of the grounds in question. While the term "status" implies membership in a class or group, it does not necessarily follow that these grounds operate to exclude discrimination claims based on particular identity. The word "status" is equally capable of encompassing both the absolute definition and the relative definition. Moreover, the terms "marital status" and "family status" are in themselves relative, requiring the existence or absence of a relationship with another person. To restrict its meaning to the absolute only would ignore the very condition that brings the status into being in the first place.

The weight of judicial consideration also favours an approach that focuses on the harm suffered by the individual, regardless of whether that individual fits neatly into an identifiable category of persons similarly affected. An approach requiring that the impugned conduct must, at least potentially, affect an identifiable sub-group within the enumerated ground in order to make out a claim of discrimination is, therefore, in error. Accordingly, it is a misconception to require the complainant to demonstrate membership in an identifiable group made up of only those suffering the particular manifestation of the

divisionnaire a statué que la commission d'enquête avait eu tort de conclure que A avait été victime de discrimination, jugeant plutôt que le traitement injuste réservé à ce dernier était imputable à de l'animosité personnelle. La Cour d'appel a annulé le jugement de la Cour divisionnaire et renvoyé l'affaire à la commission d'enquête pour qu'elle statue sur la question de la réparation, qui n'avait pas encore été tranchée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Les motifs concernés — l'état matrimonial et l'état familial —, énumérés au par. 5(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, ont une portée suffisamment large pour englober les cas où la discrimination découle de l'identité du conjoint du plaignant ou d'un membre de la famille de ce dernier. Tant le texte de la loi en cause que les principes d'interprétation applicables et la jurisprudence en général en matière de discrimination militent en faveur d'une définition large des termes « état matrimonial » et « état familial ».

Notre Cour a dit à maintes reprises que les lois sur les droits de la personne possèdent un caractère unique et quasi constitutionnel, et qu'il faut leur donner une interprétation libérale et téléologique, propre à favoriser le respect des considérations de politique générale qui les sous-tendent. L'interprétation extensive des motifs de distinction en cause appuie la réalisation de l'objectif général des lois antidiscrimination, soit la prévention des distinctions défavorables établies sur le fondement de caractéristiques personnelles non pertinentes. Bien que le mot « état » suppose l'appartenance à une catégorie ou à un groupe, il ne s'ensuit pas nécessairement que les motifs concernés ont pour effet d'exclure la discrimination fondée sur l'identité d'une personne donnée. Le mot « état » peut recevoir à la fois la définition absolue et la définition relative. Qui plus est, les termes « état matrimonial » et « état familial » sont en eux-mêmes relatifs, c'est-à-dire qu'ils requièrent l'existence ou l'absence d'un lien avec une autre personne. Limiter le mot « état » à son sens absolu serait faire abstraction de la situation même qui donne naissance à l'état concerné.

La jurisprudence relative à la portée du terme privilégié généralement une interprétation axée sur le préjudice subi par l'individu, que ce dernier fasse clairement partie ou non d'une catégorie identifiable de personnes touchées de semblable manière. Il est par conséquent erroné d'exiger que, pour que soit établi le bien-fondé de la plainte de discrimination, le comportement reproché touche, du moins potentiellement, un sous-groupe identifiable visé par le motif énuméré. Il est donc erroné d'obliger le plaignant à établir qu'il appartient à un groupe identifiable, constitué uniquement des personnes qui sont victimes

discrimination. It is sufficient that the individual experience differential treatment on the basis of an irrelevant personal characteristic that is enumerated in the grounds provided in the Code. The proper inquiry is not whether Mr. A belongs to an identifiable group but whether he was arbitrarily disadvantaged on the basis of his marital or family status. Even if Mr. A's dismissal was based on personal animosity, the animosity did not result from any action or behaviour of Mr. A, but rather solely because of his marital and familial affiliations. The appellants' automatic attribution of the wife and daughter's behaviour to Mr. A reflects stereotypical assumptions about Mr. A that have nothing to do with his individual merit or capabilities. This is precisely the kind of conduct which the Code aims to prevent.

Per McLachlin C.J. and Gonthier J.: Given the findings of the Board, the appeal should be dismissed. The more general question of the precise meaning of discrimination on the basis of "family status" should be reserved for another day.

Cases Cited

By Iacobucci and Bastarache JJ.

Referred to: *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1988] 3 F.C. 494; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Gallagher v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1996), 28 C.H.R.R. D/81; *Le Blanc v. Canada Post Corp.* (1992), 18 C.H.R.R. D/57; *Gagnon v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [2002] C.H.R.D. No. 4 (QL); *MacMillan v. 141187 Ventures Ltd. (c.o.b. "Nechako North Coast Construction Services")*, [1994] B.C.C.H.R.D. No. 8 (QL); *Bailey v. Fogo Island Co-operative Society Ltd.* (2001), 40 C.H.R.R. D/77; *Dewetter v. Northland Security Guard Services Ltd.* (1996), 29 C.H.R.R. D/8; *Gipaya v. Anton's Pasta Ltd.* (1996), 27 C.H.R.R. D/326; *J. v. London Life Insurance Co.* (1999), 36 C.H.R.R. D/43; *Allum v. Hollyburn Properties Management Inc.* (1991), 15 C.H.R.R. D/171; *Price v. British Columbia (Ministry of Social Services and Housing)* (1991), 15 C.H.R.R. D/11; *Commission des droits de la personne du Québec v. Immeubles NI/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977; *Law v.*

du même acte discriminatoire que celui qu'il allègue. Il suffit qu'on réserve au plaignant un traitement différent sur le fondement de l'une des caractéristiques personnelles non pertinentes énumérées dans le Code. La question qu'il convient de se poser ne consiste pas à se demander si A appartient à un groupe identifiable, mais bien s'il a été arbitrairement défavorisé en raison de son état matrimonial ou familial. Même si A avait été congédié à cause de l'animosité personnelle qu'entretenait B à son endroit, cette animosité ne résultait pas de quelque acte ou comportement de A, mais uniquement de ses liens matrimoniaux et familiaux. Le fait pour les appelants d'imputer automatiquement à A des actes de son épouse et de sa fille témoigne de l'application à son endroit de prémisses stéréotypées, qui n'ont rien à voir avec sa valeur ou sa compétence. Il s'agit précisément du genre de conduite que le Code vise à prévenir.

Le juge en chef McLachlin et le juge Gonthier : Compte tenu des constatations de la commission d'enquête, le pourvoi doit être rejeté. Il conviendrait de reporter à une autre occasion l'examen de la question plus générale du sens précis de la notion de discrimination fondée sur l'« état familial ».

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Bastarache

Arrêts mentionnés : *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Gallagher c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1996), 28 C.H.R.R. D/81; *Le Blanc c. Société canadienne des postes* (1992), 18 C.H.R.R. D/57; *Gagnon c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [2002] D.C.D.P. n° 4 (QL); *MacMillan c. 141187 Ventures Ltd. (c.o.b. « Nechako North Coast Construction Services »)*, [1994] B.C.C.H.R.D. No. 8 (QL); *Bailey c. Fogo Island Co-operative Society Ltd.* (2001), 40 C.H.R.R. D/77; *Dewetter c. Northland Security Guard Services Ltd.* (1996), 29 C.H.R.R. D/8; *Gipaya c. Anton's Pasta Ltd.* (1996), 27 C.H.R.R. D/326; *J. c. London Life Insurance Co.* (1999), 36 C.H.R.R. D/43; *Allum c. Hollyburn Properties Management Inc.* (1991), 15 C.H.R.R. D/171; *Price c. British Columbia (Ministry of Social Services and Housing)* (1991), 15 C.H.R.R. D/11; *Commission des droits de la personne du Québec c. Immeubles NI/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977; *Law c.*

Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, preamble, ss. 5(1), 10(1), 11(1), 24(1)(d).
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 2(1)(i.01) [am. 2000, c. 26, s. 4].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 50 O.R. (3d) 737, 139 O.A.C. 13, 195 D.L.R. (4th) 405, 25 Admin. L.R. (3d) 1, 7 C.C.E.L. (3d) 177, 2001 C.L.L.C. ¶230-015, [2000] O.J. No. 4275 (QL), allowing the respondent Commission's appeal from a decision of the Divisional Court (1999), 40 C.C.E.L. (2d) 177, 34 C.H.R.R. D/344, [1999] O.J. No. 5581 (QL), allowing the appellants' appeal from a decision of the Ontario Board of Inquiry (1996), 30 C.H.R.R. D/246. Appeal dismissed.

Edward A. Canning and Sean T. Jackson, for the appellants.

Naomi Overend and Joanne Rosen, for the respondent the Ontario Human Rights Commission.

No one appeared for the respondent Mr. A.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier J. were delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE AND GONTHIER J. — We do not disagree in the result, given the findings of the Board below ((1996), 30 C.H.R.R. D/246). This said, we would reserve for another day the more general question of the precise meaning of discrimination on the basis of “family status”.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

2 This appeal deals with the scope of two grounds of discrimination, namely “marital status” and

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, préambule, art. 5(1), 10(1), 11(1), 24(1)(d).
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 2(1)(i.01) [mod. 2000, ch. 26, art. 4].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 50 O.R. (3d) 737, 139 O.A.C. 13, 195 D.L.R. (4th) 405, 25 Admin. L.R. (3d) 1, 7 C.C.E.L. (3d) 177, 2001 C.L.L.C. ¶230-015, [2000] O.J. No. 4275 (QL), qui a accueilli l'appel de la Commission intimée contre un jugement de la Cour divisionnaire (1999), 40 C.C.E.L. (2d) 177, 34 C.H.R.R. D/344, [1999] O.J. No. 5581 (QL), qui avait accueilli l'appel formé par les appelants contre une décision de la commission d'enquête de l'Ontario (1996), 30 C.H.R.R. D/246. Pourvoi rejeté.

Edward A. Canning et Sean T. Jackson, pour les appelants.

Naomi Overend et Joanne Rosen, pour l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne.

Personne n'a comparu pour l'intimé M. A.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Gonthier rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE GONTHIER — Nous ne sommes pas en désaccord avec le résultat, compte tenu des constatations de la commission d'enquête ((1996), 30 C.H.R.R. D/246). Cela dit, nous sommes d'avis qu'il conviendrait de reporter à une autre occasion l'examen de la question plus générale du sens précis de la notion de discrimination fondée sur l'« état familial ».

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à statuer sur la portée de deux motifs de

“family status”, in the context of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 (the “Code”). The essence of the dispute centres on whether those grounds are broad enough to encompass a situation where an adverse distinction is drawn based on the particular identity of a complainant’s spouse or family member, or whether the grounds are restricted to distinctions based on the mere fact that the complainant has a certain type of marital or family status.

The respondent in this appeal was dismissed from his employment because of the particular identity of his wife and daughter. He argued that this adverse action amounted to discrimination on the basis of marital and family status, contending that the broader interpretation of these terms ought to be preferred.

We accept the respondent’s argument on the basis that adopting a broad meaning of “marital status” and “family status” is supported by the words of the statute, the applicable principles of interpretation, and the weight of existing discrimination jurisprudence. Most importantly, we find that the broad goal of anti-discrimination statutes, namely, preventing the drawing of negative distinctions based on irrelevant personal characteristics, is furthered by embracing the more inclusive interpretation of the grounds in question. As a result, for the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

II. Facts

The respondent, Mr. A, was fired in September of 1990 from the appellant D Ltd., a firm owned by two brothers, Mr. C, who is the president, and Mr. B who is vice-president and manager. Messrs. B and C were brothers to Mrs. A and uncles to the daughter of Mr. and Mrs. A. At the time of his termination, Mr. A was 56 years old, had worked for 26 years with the appellant company, and was four years away from retiring on full pension. Although Mr. B was Mr. A’s supervisor, most of Mr. A’s work was done

discrimination — l’« état matrimonial » et l’« état familial » — prévus par le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (le « Code »). Essentiellement, il s’agit de déterminer si ces motifs ont une portée suffisamment large pour englober les situations où une distinction préjudiciable est faite sur le fondement de l’identité particulière du conjoint du plaignant ou d’un autre membre de sa famille ou s’ils visent seulement les distinctions fondées sur le seul fait qu’une personne se trouve dans un certain type d’état matrimonial ou d’état familial.

En l’espèce, l’intimé a été congédié en raison de l’identité particulière de son épouse et de sa fille. Il soutient que cette mesure préjudiciable est assimilable à de la discrimination fondée sur l’état matrimonial et l’état familial et qu’il y a lieu de privilégier l’interprétation extensive de ces termes.

Nous retenons la thèse de l’intimé parce que tant le texte de la loi en cause que les principes d’interprétation applicables et la jurisprudence en général en matière de discrimination militent en faveur d’une définition large des termes « état matrimonial » et « état familial ». Par dessus tout, nous estimons que l’interprétation extensive appuie la réalisation de l’objectif général des lois antidiscrimination, soit la prévention des distinctions défavorables établies sur le fondement de caractéristiques personnelles non pertinentes. En conséquence, nous sommes d’avis, pour les motifs qui suivent, de rejeter le présent pourvoi.

II. Les faits

En septembre 1990, l’intimé, monsieur A (« A »), a été congédié par l’appelante D Ltée, entreprise appartenant à deux frères, monsieur C (« C »), son président, et monsieur B (« B »), son vice-président et directeur. B et C sont les frères de l’épouse de A (« M^{me} A ») et les oncles de la fille de M. et M^{me} A. Au moment de son congédiement, A était âgé de 56 ans. Il comptait 26 années de service au sein de l’entreprise appelante et il lui restait encore quatre ans à travailler avant de pouvoir prendre sa retraite et bénéficier de la pension maximale. Même si B

3

4

5

outside the office and he rarely saw Mr. B during the work day.

6 The background to the termination relates to an accusation by Mr. A's daughter that she was sexually molested as a young child by her uncle Mr. B. She had been in therapy for some time and could recall incidents of sexual abuse, but not the identity of her abuser. Sometime in September of 1990, she identified Mr. B as the abuser. On September 14, 1990, on the advice of her therapist, Mr. and Mrs. A, their daughter and a friend went to Mr. B's house to confront him with the allegation. Mr. A stayed in the car and was not involved in the heated exchange at Mr.'s B front door. Later that evening, Mr. B called the A's home and then appeared at the front door. Mr. A refused to let Mr. B into the house and he left without incident.

7 On the following Monday, Mr. A reported to work as usual. He had just received his first work order of the day and was having a cup of coffee when Mr. B walked over to him, took the work order out of his hand and told him that he was "not going anywhere". Mr. B asked Mr. A to come to his office and said "you are not working and I want to see you upstairs in my office". Mr. A refused, walked away from Mr. B, and phoned his spouse to pick him up. When Mrs. A arrived, the two went up to Mr. B's office whereupon Mr. B began shouting to Mr. A about his daughter and her accusations, ultimately telling him that he was terminated.

8 On April 21, 1991, Mr. A complained to the Ontario Human Rights Commission that his termination constituted employment discrimination on the ground of "family status". The complaint was eventually amended to add the ground of "marital status". The Ontario Board of Inquiry found that the dismissal amounted to discrimination on the basis of marital and family status. The Board found Mr. B and Mr. C, as well as the company D Ltd., liable.

était le supérieur hiérarchique de A, la plus grande partie du travail de ce dernier s'effectuait à l'extérieur des locaux de l'entreprise, et les deux hommes se voyaient rarement pendant les heures de travail.

Le congédiement est intervenu après que la fille de A a accusé son oncle B d'avoir abusé d'elle sexuellement lorsqu'elle était toute petite. Suivant une thérapie depuis un certain temps, elle se souvenait avoir été victime d'abus sexuels, mais était toutefois incapable d'identifier leur auteur. En septembre 1990, elle a reconnu en B son agresseur. Le 14 septembre 1990, sur les conseils de la thérapeute, M. et M^{me} A, leur fille et une amie se sont rendus chez B pour le sommer de s'expliquer. A est demeuré dans l'auto et n'a pas pris part à l'échange animé qui s'est déroulé sur le pas de la porte. Plus tard dans la soirée, après avoir téléphoné au domicile de A, B s'y est rendu, mais A a refusé de le laisser entrer et B a alors quitté les lieux sans incident.

Le lundi suivant, A s'est présenté au travail comme d'habitude. Il venait tout juste de se voir remettre sa première commande de la journée et buvait un café lorsque B s'est dirigé vers lui, lui a retiré la commande des mains et lui a dit qu'il [TRADUCTION] « ne s'en allait nulle part ». B a demandé à A de le suivre à son bureau et lui a dit [TRADUCTION] « tu ne travailles pas et je veux que tu montes à mon bureau ». A a refusé, il s'est éloigné de B et a téléphoné à son épouse afin qu'elle vienne le chercher. Après son arrivée, M^{me} A est montée avec son mari au bureau de B. Ce dernier s'est alors mis à enguirlander A à propos des accusations portées par sa fille, lui indiquant finalement qu'il était congédié.

Le 21 avril 1991, A a déposé une plainte à la Commission ontarienne des droits de la personne. Il prétendait que son congédiement constituait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'« état familial ». La plainte a ultérieurement été modifiée pour y ajouter le motif de l'« état matrimonial ». La commission d'enquête a estimé qu'il y avait eu discrimination fondée sur l'état matrimonial et l'état familial. Elle a conclu à la responsabilité de B, de C et de la société D Ltée.

On appeal, the Ontario Divisional Court found that the Board of Inquiry erred in its finding that the father had been discriminated against on the basis of marital and family status. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the decision of the Divisional Court and remitted the matter to the Board of Inquiry to determine the outstanding issue of remedy.

III. Relevant Statutory Provisions

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H-19

5. — (1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, family status or handicap.

10. — (1) In Part I and in this Part,

“family status” means the status of being in a parent and child relationship;

“marital status” means the status of being married, single, widowed, divorced or separated and includes the status of living with a person of the opposite sex in a conjugal relationship outside marriage;

IV. Judicial History

A. *Board of Inquiry (Human Rights Code)* (1996), 30 C.H.R.R. D/246 (L. Mikus)

The Board concluded that the sole reason for Mr. A’s termination was the fact that his daughter had made allegations of sexual abuse against her uncle Mr. B. While acknowledging Mr. B’s concerns about the future loyalty of Mr. A as being understandable in the circumstances, the Board found that the evidence disclosed no valid basis for these concerns at the time of termination because Mr. A had not said anything to Mr. B

En appel, la Cour divisionnaire de l’Ontario a statué que la commission d’enquête avait eu tort de conclure que le père avait été victime de discrimination fondée sur l’état matrimonial et l’état familial. La Cour d’appel a accueilli le pourvoi, annulé la décision de la Cour divisionnaire et renvoyé l’affaire à la commission d’enquête pour qu’elle décide de la réparation.

III. Dispositions législatives pertinentes

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19

5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d’emploi, sans discrimination fondée sur la race, l’ascendance, le lieu d’origine, la couleur, l’origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge, l’existence d’un casier judiciaire, l’état matrimonial, l’état familial ou un handicap.

10 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la partie I et à la présente partie.

« état familial » Fait de se trouver dans une relation parent-enfant.

« état matrimonial » Fait d’être marié, célibataire, veuf, divorcé ou séparé. Est également compris le fait de vivre avec une personne du sexe opposé dans une union conjugale hors du mariage.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Commission d’enquête (Code des droits de la personne)* (1996), 30 C.H.R.R. D/246 (L. Mikus)

La commission d’enquête a conclu que le seul motif pour lequel A avait été congédié était que sa fille avait accusé son oncle B d’avoir abusé d’elle sexuellement. Reconnaissant que les inquiétudes de B concernant la loyauté future de A étaient compréhensibles dans les circonstances, la commission d’enquête a toutefois estimé que, eu égard à la preuve, ces inquiétudes n’étaient pas justifiées au moment du congédiement, A n’ayant rien dit à B au

about the allegations nor had he indicated whether he accepted his daughter's version of the events.

12

On the contrary, the Board found, at para. 17, that Mr. A had "compartmentalized" his personal and employment situations. Although recognizing that over time these two situations may have proven incompatible, the decision to terminate Mr. A was based on an inability or refusal to distinguish between Mr. A and his daughter's allegations, as well as an automatic assumption that Mr. A's spouse was speaking for him because she was his spouse. The appellants did not wait long enough to see whether this was a genuine concern. The Board held that Mr. A was entitled to be treated not merely as the spouse of his employer's sister or as the father of his daughter but rather to be assessed on his own merit. As a result, Mr. B's conclusion of presumptive incompatibility was unfounded and premature at the time the decision was made to terminate Mr. A.

13

With respect to whether or not a dismissal in these circumstances amounted to discrimination based on family or marital status, the Board held that this Court's decision in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, stood for the proposition that the relative as opposed to absolute family status of an individual (in that case immediate family members of full-time employees and town councillors) could ground a discrimination claim based on "civil status". This caused the Board to conclude that a family association with a particular individual could form the basis for discrimination on the basis of marital and family status, and therefore that Mr. A was discriminated against on these grounds.

14

In addition to finding Mr. B liable for the dismissal, the Board concluded that the company D Ltd., as well as Mr. C, who was owner and president of the company, were also liable.

sujet des allégations ni indiqué s'il ajoutait foi ou non à la version des faits de sa fille.

Au contraire, la commission d'enquête a jugé, au par. 17, que A avait « compartimenté » sa vie personnelle et sa vie professionnelle. Bien que la commission d'enquête ait reconnu que, avec le temps, ces deux aspects auraient pu devenir incompatibles, elle a estimé que la décision de congédier A reposait sur l'incapacité ou le refus de dissocier ce dernier des allégations de sa fille, de même que sur la présomption que M^{me} A parlait au nom de ce dernier du fait qu'elle était son épouse. De l'avis de la commission d'enquête, les appelants n'avaient pas attendu assez longtemps pour s'assurer du bien-fondé de leurs inquiétudes. Elle est arrivée à la conclusion que A avait le droit de ne pas être considéré simplement comme l'époux de la sœur de son employeur ou comme le père de sa fille, et d'être jugé selon son mérite propre. Partant, il a été jugé que la conclusion de B selon laquelle il y avait incompatibilité entre les situations personnelle et professionnelle de A était non fondée et prématurée lorsque B avait pris la décision de congédier A.

Relativement à la question de savoir si, dans les circonstances, le congédiement était assimilable à de la discrimination fondée sur l'état familial ou l'état matrimonial, la commission a estimé que l'arrêt de notre Cour *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, permettait d'affirmer que l'état familial d'une personne — au sens relatif plutôt qu'au sens absolu (dans cette affaire, les personnes visées étaient les membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers d'une municipalité) — pouvait fonder une plainte de discrimination fondée sur l'« état civil ». La commission d'enquête a en conséquence conclu que l'existence d'un lien familial avec une personne donnée pouvait être à l'origine de discrimination fondée sur l'état matrimonial et l'état familial et, de ce fait, que A avait été victime de discrimination fondée sur ces motifs.

La commission d'enquête a tenu responsables du congédiement non seulement B, mais également la société D Ltée, de même que son propriétaire et président, C.

In accordance with the joint request of the parties, the adjudicator did not impose a remedy and instead allowed the parties to agree on the appropriate remedy themselves, giving them 90 days to reach an agreement.

B. *Ontario Divisional Court* (1999), 40 C.C.E.L. (2d) 177

(1) Dunnet J. (Lane J. concurring)

Dunnet J. found that the Board of Inquiry erred in finding that the respondent had been discriminated against on the basis of marital and family status when he was dismissed from his employment.

She found that no overriding error existed that would justify overturning the Board's findings of fact, acknowledging that there was evidence from which the Board could properly conclude that Mr. A was dismissed because of the actions of his wife and daughter. She agreed that the dismissal was not for cause since it was unrelated to Mr. A's ability or willingness to perform his work and that there was no reasonable explanation provided by the employers to dispel the impression that Mr. A was dismissed solely because of the allegations made by his daughter.

Nevertheless, Dunnet J. held that a finding of discrimination was a matter of law, subject to a standard of correctness. On this issue, she did not agree with the Board that the dismissal amounted to discrimination.

Dunnet J. based her analysis on the assumption that prohibited discrimination is almost exclusively attributed to association with a group. She considered the jurisprudence under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and observed that the groups enumerated or found to be analogous under s. 15 were those that had been historically disadvantaged and subject to personal and systemic discrimination. Therefore, only discrimination based on group membership was prohibited and what that discrimination consisted of was the

À la demande commune des parties, l'arbitre n'a accordé aucune réparation, mais a plutôt permis aux parties de convenir de la mesure corrective qui s'imposait, leur accordant un délai de 90 jours pour le faire.

B. *Cour divisionnaire de l'Ontario* (1999), 40 C.C.E.L. (2d) 177

(1) Madame le juge Dunnet (avec l'appui du juge Lane)

Selon le juge Dunnet, la commission d'enquête a eu tort de conclure que l'intimé a été victime de discrimination fondée sur l'état matrimonial et l'état familial lorsqu'il a été congédié.

Le juge Dunnet a estimé qu'il n'y avait eu aucune erreur dominante justifiant l'annulation des conclusions de fait tirées par la commission d'enquête, reconnaissant que la preuve permettait à celle-ci de conclure à juste titre que A avait été congédié à cause des actes de son épouse et de sa fille. Le juge Dunnet a reconnu que le congédiement n'était pas justifié, puisqu'il n'était pas lié à la capacité ou à la volonté de A d'accomplir son travail et que ses employeurs n'avaient offert aucune explication raisonnable pour dissiper l'impression que A avait été congédié uniquement en raison des allégations formulées par sa fille.

Néanmoins, madame le juge Dunnet a estimé qu'une conclusion de discrimination était une question de droit soumise à la norme de la décision correcte. Sur ce point, elle n'a pas souscrit à la conclusion de la commission d'enquête que le congédiement constituait un acte discriminatoire.

Le juge Dunnet a basé son analyse sur la thèse selon laquelle il y a discrimination illicite presque exclusivement dans les cas où elle peut être imputée au fait d'associer le plaignant à un groupe. Après avoir examiné la jurisprudence relative à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle a fait observer que les groupes énumérés à l'art. 15 et ceux jugés analogues pour l'application de cette disposition étaient des groupes qui, historiquement, avaient été défavorisés et avaient fait l'objet de discrimination personnelle et systémique. Par

15

16

17

18

19

attribution of stereotypical characteristics to members of enumerated or analogous groups.

20 She found that Mr. A was beyond the protected scope of anti-discrimination measures for two reasons. First, because Mr. A's unfair treatment was based on personal animosity, not the stereotypical assumption that all family members think and act alike, and second, because families have not traditionally been a disadvantaged group.

21 In the opinion of Dunnet J., in order to find discrimination based on marital or family status, the only relevant consideration was the fact of being married, single or a parent, rather than the particular identity of one's spouse, child or parent. Dunnet J. relied on *Brossard, supra*, and *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1988] 3 F.C. 494 (C.A.), to support her position. She found that the Board had wrongly relied on *Brossard* and distinguished that case on the basis that anti-nepotism hiring policies, by definition, create a group category. She said, at p. 194, "[t]here is a difference between not hiring anyone related to an individual within the company, and dismissing a relative whose daughter has made a serious allegation against a vice-president of the company".

22 Since Mr. A could not be said to be a member of any disadvantaged group, the employers' appeal from the decision of the Board of Inquiry was allowed.

(2) Spence J. (concurring)

23 Spence J. was of the view that *Brossard* did not so narrowly define family or marital status so as to exclude the identity of a family member. The plain meaning of "marital status" or "family status" was not to be determined without reference to its context, which is a statute prohibiting discrimination.

conséquent, seule serait illicite la discrimination fondée sur l'appartenance à un groupe, et cette discrimination consisterait à attribuer des caractéristiques stéréotypées aux membres d'un groupe énuméré ou analogue.

Le juge Dunnet a estimé que les dispositions anti-discrimination ne s'appliquaient pas à A, et ce pour deux raisons. Premièrement, le traitement injuste réservé à A était imputable à de l'animosité personnelle, et non au stéréotype voulant que tous les membres d'une même famille pensent et agissent à l'unisson. Deuxièmement, la famille ne constitue pas, traditionnellement, un groupe défavorisé.

De l'avis de madame le juge Dunnet, pour conclure à l'existence de discrimination fondée sur l'état matrimonial ou l'état familial, la seule considération pertinente est le fait d'être marié, célibataire, père ou mère, et non l'identité particulière des conjoint, enfant, père ou mère du plaignant. Au soutien de cette opinion, elle a invoqué l'arrêt *Brossard*, précité, et l'affaire *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494 (C.A.). Madame le juge Dunnet a conclu que la commission d'enquête avait fait erreur en s'appuyant sur l'arrêt *Brossard* et elle a distingué cette affaire de celle dont elle était saisie sur le fondement que, par définition, les politiques d'embauche visant à prévenir le népotisme créent une catégorie relative à un groupe. Elle a dit ceci, à la p. 194 : [TRADUCTION] « [i]l y a une différence entre n'embaucher aucune personne apparentée avec un travailleur de l'entreprise et congédier un employé dont la fille a formulé une allégation grave contre le vice-président de cette entreprise ».

Comme A ne pouvait être considéré comme appartenant à un groupe défavorisé, l'appel formé par les employeurs contre la décision de la commission d'enquête a été accueilli.

(2) Le juge Spence (motifs concordants)

Le juge Spence s'est dit d'avis que la définition d'état matrimonial ou d'état familial retenue dans *Brossard* n'était pas restrictive au point d'exclure l'identité d'un membre de la famille. Le sens ordinaire des termes « état matrimonial » et « état familial » ne doit pas être déterminé indépendamment de

Discrimination based on marriage to an employee does not cease to be discrimination based on marital status merely because it was directed only towards certain specific marital circumstances. In his view, marital status discrimination included discrimination based on status in relation to a class of spouse.

However, Spence J. held that the Code, while it was remedial, should be interpreted in a way directed to remedying social problems which typically affect groups of people. It should be possible to identify the group characteristic possessed by the complainant which has led to the discriminatory treatment or else the anti-group element of discrimination is missing. In his view, the finding of a group characteristic ensures that conduct which is merely “a matter of personal antagonism” (p. 182) is not confused with discriminatory conduct.

Spence J. considered the possibility of characterizing the group to which Mr. A belonged as a marital group in which the other spouse is a person unacceptable to the complainant’s employer, i.e., is a “disqualifying spouse” (p. 183). However, he rejected this possibility for the following reasons, at p. 185:

If A were discriminated against on the basis of, for example, his membership in a particular race, it could be said that A is a member of the group consisting of all the members of that race. Similarly, in the case of a prohibition against the hiring of the spouse of employee [*sic*], a complainant spouse could be said to be a member of the group of all spouses of existing employees. However, if A in the present case was treated adversely because he is the father and the husband respectively of the two accusers of B, it cannot be said that A is a member of a group consisting of all persons who are the father and the husband of the two accusers of B. A is the only person who has this characteristic. A is the only person who could have this characteristic.

The argument in favour of A seeks to avoid this problem by characterizing the reason for A’s adverse

leur contexte, en l’occurrence une loi interdisant la discrimination. Un acte discriminatoire fondé sur le fait d’être marié à un employé ne cesse pas d’être de la discrimination fondée sur l’état matrimonial du seul fait qu’il vise uniquement une situation matrimoniale précise. Selon lui, la discrimination fondée sur l’état matrimonial englobe la discrimination liée à une catégorie de conjoints.

Cependant, le juge Spence est arrivé à la conclusion que, bien que le Code ait un objectif réparateur, son interprétation doit tendre à régler des problèmes sociaux qui affectent habituellement certains groupes de personnes. Il faut être en mesure d’identifier les caractéristiques de nature collective que possède le plaignant et qui sont à l’origine du traitement discriminatoire, à défaut de quoi l’élément discrimination dirigée contre un groupe est absent. À son avis, le fait d’exiger la présence d’une caractéristique de nature collective permet d’éviter que des comportements résultant simplement d’[TRADUCTION] « antagonisme personnel » (p. 182) ne soient assimilés à des comportements discriminatoires.

Le juge Spence a envisagé la possibilité de qualifier le groupe auquel appartiendrait A de groupe des gens mariés dont le conjoint est une personne jugée inacceptable par l’employeur du plaignant, c’est-à-dire un [TRADUCTION] « conjoint source d’exclusion » (p. 183). Il a toutefois écarté cette possibilité pour les raisons suivantes (à la p. 185) :

[TRADUCTION] Si A avait été victime de discrimination fondée, par exemple, sur l’appartenance à une race donnée, il serait possible d’affirmer qu’il fait partie du groupe constitué de tous les membres de cette race. De même, dans le cas des politiques prohibant l’embauche de conjoints d’employés, le conjoint plaignant pourrait être considéré comme appartenant au groupe composé de tous les conjoints des employés alors en fonction. Or, si A a été traité défavorablement parce qu’il était respectivement père et mari des deux accusatrices de B, il est impossible d’affirmer que A fait partie du groupe constitué de toutes les personnes qui sont respectivement père et mari des deux accusatrices de B. A est la seule personne possédant cette caractéristique. Il est la seule personne pouvant posséder cette caractéristique.

L’argument présenté en faveur de A tente de contourner cette difficulté en qualifiant de manière plus générale

24

25

treatment more generally: i.e. that he is married to a disqualifying person. Many people might be members of the group who are married to persons who, in their respective situations, are disqualifying persons. However, because the question whether the person is disqualified depends on such circumstances, this grouping seems to be excessively general and therefore inappropriate. It is not sufficient to say that A was the father and husband of disqualifying persons. That just begs the question “why are they disqualifying persons”? When that question is answered, we are back to A, the father and the husband of the two accusers of B. The group disappears.

26

Spence J. concluded that there was no discrimination since the adverse conduct directed at Mr. A flowed not from his membership in a group, but from the personal animosity he attracted because he was the husband and father of his employer’s accusers. As a result, he concurred with Dunnet J. that the appeal should be allowed.

C. *Ontario Court of Appeal* (2000), 50 O.R. (3d) 737

27

Abella J.A. for the court, saw the issue as being whether the grounds of marital and family status included the identity of a particular spouse or family member. She concluded that the concept of marital and family status necessarily included not only the general status of having (or not having) a spouse or family, but also the identity of a particular marital partner or family member, since limiting the interpretive scope of marital and family status would deprive these categories of their full remedial capacity.

28

In coming to this conclusion, Abella J.A. held that *Brossard, supra*, stood squarely for the proposition that, in determining whether discrimination based on marital or family status has taken place, the inquiry encompasses the particular identity of a spouse or family member. She observed further that several tribunal cases had applied *Brossard* in that manner, and noted that *Cashin, supra*, which appeared to stand for a contrary position, was decided before *Brossard*.

la raison du traitement défavorable réservé à ce dernier : à savoir le fait qu’il est marié à une personne source d’exclusion. De nombreuses personnes peuvent faire partie du groupe des conjoints de personnes qui, dans leur situation respective, sont source d’exclusion. Toutefois, comme la réponse à la question de savoir si l’intéressé est exclu dépend de la situation particulière de son conjoint, ce regroupement paraît excessivement général et, de ce fait, inapproprié. Il ne suffit pas de dire que A est père et mari de personnes source d’exclusion. Car on ne fait alors qu’éluder la question de savoir « pourquoi ces personnes sont source d’exclusion ». Une fois qu’on y a répondu, on revient à A, père et mari des deux accusatrices de B. Le groupe disparaît.

Le juge Spence a conclu à l’absence de discrimination parce que le comportement préjudiciable à l’endroit de A découlait non pas de son appartenance à un groupe, mais de l’animosité personnelle qu’il avait suscitée en tant que mari et père, respectivement, des accusatrices de son employeur. Par conséquent, le juge Spence a, à l’instar du juge Dunnet, conclu que l’appel devait être accueilli.

C. *Cour d’appel de l’Ontario* (2000), 50 O.R. (3d) 737

S’exprimant pour la Cour d’appel, madame le juge Abella a estimé que la question consistait à décider si l’état matrimonial et l’état familial sont des motifs qui englobent l’identité du conjoint du plaignant ou d’un membre de la famille de ce dernier. Elle est arrivée à la conclusion que les notions d’état matrimonial et d’état familial s’entendent nécessairement de l’identité du conjoint ou d’un membre de la famille, et non seulement du fait d’avoir (ou non), de manière générale, un conjoint ou une famille, car l’interprétation restrictive de ces motifs empêcherait ces catégories de jouer pleinement leur rôle réparateur.

Pour arriver à cette conclusion, madame le juge Abella a estimé que l’arrêt *Brossard*, précité, appuyait nettement la proposition voulant que, pour décider s’il y a eu discrimination fondée sur l’état matrimonial ou l’état familial, l’examen doit tenir compte de l’identité du conjoint ou d’un membre de la famille. Elle a en outre signalé que l’arrêt *Brossard* avait été appliqué de cette manière dans plusieurs affaires et que l’affaire *Cashin*, précitée, qui paraît appuyer la thèse contraire, était antérieure à l’arrêt *Brossard*.

Based on the above, Abella J.A. held that the conduct of the employer in firing Mr. A constituted discrimination. She found that the Divisional Court had erred when it focussed almost exclusively on whether the father/employee was a member of a disadvantaged group. In her view, discrimination was not only about groups, it was also about individuals who are arbitrarily disadvantaged for reasons having largely to do with attributed stereotypes, regardless of their actual merit. The issue in the present case, she commented, “is not whether the employee/father belongs to a disadvantaged group, but whether he was arbitrarily disadvantaged based on a ground or grounds enumerated in s. 5(1) of the Code” (para. 49).

Abella J.A. also disagreed with the Divisional Court’s acceptance of the employer’s submission that the dismissal was the result of personal animosity, not discrimination. After discussing *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, she concluded, at para. 52:

It was not merely the employer’s personal animosity that resulted in the dismissal, it was animosity based on the identity and conduct of the employee’s spouse and daughter. Marital and family status, therefore, are clearly engaged . . . and engaged in a way that resulted in discrimination to the father.

In the view of Abella J.A., at para. 54, discrimination on the basis of marital status “may be defined as practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic relating to their marriage (or non-marriage) or family”. She went on to note that *Janzen* was decided after *Brossard* and, therefore, even if one were inclined to the view that *Brossard* should be narrowly construed, these narrower parameters have been overcome by the wider breadth of the *Janzen* analysis.

Sur le fondement de ce qui précède, madame le juge Abella a conclu que le comportement de l’employeur à l’occasion du congédiement de A constituait de la discrimination. Elle a jugé que la Cour divisionnaire avait fait erreur en s’attachant presque exclusivement à la question de savoir si le père/employé faisait partie d’un groupe défavorisé. À son avis, la discrimination ne s’exerce pas seulement contre des groupes, mais également contre des personnes défavorisées d’une manière arbitraire pour des motifs tenant largement aux stéréotypes qu’on leur attribue, indépendamment de la valeur véritable de ces personnes. La question que soulève la présente affaire, de souligner le juge Abella, [TRADUCTION] « n’est pas de savoir si l’employé/père appartenait à un groupe défavorisé, mais s’il a été défavorisé de manière arbitraire, sur le fondement d’un ou de plusieurs motifs énumérés au par. 5(1) du Code » (par. 49).

Madame le juge Abella a également reproché à la Cour divisionnaire d’avoir ajouté foi à la prétention de l’employeur selon laquelle le congédiement était le fruit d’animosité personnelle et non de discrimination. Après avoir analysé l’arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, elle a tiré la conclusion suivante, au par. 52 :

[TRADUCTION] Ce n’est pas seulement l’animosité personnelle de l’employeur qui est à l’origine du congédiement, mais l’animosité découlant de l’identité et du comportement de l’épouse et de la fille de l’employé. L’état matrimonial et l’état familial sont donc clairement en cause [. . .] et à l’origine du traitement discriminatoire réservé au père.

De l’avis de madame le juge Abella, la discrimination fondée sur l’état matrimonial [TRADUCTION] « peut s’entendre de mesures ou d’attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d’embauche ou les perspectives d’emploi des employés sur la base d’une caractéristique liée à leur mariage ou (absence de mariage) ou à leur famille » (par. 54). Elle a ajouté que l’arrêt *Janzen* avait été rendu après l’arrêt *Brossard* et que, en conséquence, même si l’on était enclin à interpréter restrictivement l’arrêt *Brossard*, l’interprétation plus extensive privilégiée dans *Janzen* avait écarté ces paramètres plus étroits.

29

30

31

32 Abella J.A. concluded that Mr. A's dismissal, which clearly disadvantaged him, was based on his presumed inability, as husband and father, to be a good employee given the accusations made by his wife and daughter, rather than on his actual merit or conduct. The dismissal related to prohibited grounds under s. 5(1) of the Code: marital and family status and therefore constituted discrimination.

33 As a result, Abella J.A. allowed the appeal and remitted the matter to the Board of Inquiry to determine the remedy.

V. Issues

- 34
1. What is the meaning of "marital status" and "family status", as those phrases are used in the *Ontario Human Rights Code*? In particular, can the phrases be read so broadly as to include the specific identity of one's spouse or child?
 2. Did the Court of Appeal err in concluding that "discrimination" within the meaning of the *Ontario Human Rights Code* had been established?

VI. Analysis

35 We find it useful to discuss first, the statutory context of the appeal, then the applicable jurisprudence, and finally, the application of the legal principles to the facts of this case.

A. *The Statutory Context of the Appeal*

36 In our view, when the terms "marital status" and "family status" are read in the context of the provisions in which they appear, as well as the broader context of the Code as a whole, it is clear that these terms encompass discrimination claims based on the particular identity of a complainant's child or spouse. Although this view is based primarily on the wording of the provisions in question, it is further supported by the principles of interpretation applicable to human rights statutes.

Le juge Abella a conclu que le congédiement — mesure nettement défavorable à A — était fondé non pas sur la valeur véritable ou le comportement de ce dernier, mais sur sa présumée incapacité, en tant que mari et père, à se montrer un bon employé, étant donné les accusations portées par son épouse et sa fille. Le congédiement était lié à des motifs de distinction illicite prévus au par. 5(1) du Code, à savoir l'état matrimonial et l'état familial, et il constituait donc de la discrimination.

Elle a en conséquence accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à la commission d'enquête pour qu'elle décide de la réparation.

V. Questions en litige

1. Quel est le sens des termes « état matrimonial » et « état familial » employés dans le *Code des droits de la personne* de l'Ontario? De façon plus particulière, ces termes peuvent-ils être interprétés extensivement et viser l'identité du conjoint ou d'un enfant du plaignant?
2. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en concluant qu'on avait établi l'existence de « discrimination » au sens du *Code des droits de la personne* de l'Ontario?

VI. Analyse

Nous estimons opportun de nous pencher tout d'abord sur le contexte législatif du présent pourvoi, puis sur la jurisprudence applicable et, enfin, sur l'application des principes juridiques pertinents aux faits de l'espèce.

A. *Le contexte législatif du présent pourvoi*

À notre avis, si l'on interprète les termes « état matrimonial » et « état familial » dans le contexte des dispositions où ils figurent, ainsi que dans le contexte plus général du Code dans son ensemble, il est clair qu'ils englobent l'identité du conjoint ou d'un enfant du plaignant. Cette interprétation, qui s'appuie essentiellement sur le libellé des dispositions en cause, est en outre étayée par les principes d'interprétation applicables aux dispositions relatives aux droits de la personne.

The appellants argued that the definitions of “family status” and “marital status” imply a legislative intent to restrict these grounds to complaints based on a person’s “absolute status”, i.e., the mere fact of being married, single, etc., or the fact of being in a certain type of family, and do not extend to complaints based on the particular identity of family members. This argument is based on the use of the word “status” in the definitions of these two terms found in s. 10(1) of the Code. These definitions are as follows:

“family status” means the status of being in a parent and child relationship;

. . . .

“marital status” means the status of being married, single, widowed, divorced or separated and includes the status of living with a person of the opposite sex in a conjugal relationship outside marriage;

The appellants submit that the word “status” implies membership in a class or group of persons and thus that these definitions do not encompass the particular identity of a spouse or child. In the hearing before this Court, counsel for the appellants referred to s. 11(1) of the Code to illustrate his point. Section 11(1) reads:

A right of a person under Part I is infringed where a requirement, qualification or factor exists that is not discrimination on a prohibited ground but that results in the exclusion, restriction or preference of a group of persons who are identified by a prohibited ground of discrimination and of whom the person is a member, except where

The argument made here is that constructive discrimination applies to groups.

We agree that the term “status” implies membership in a class or group; however, it does not necessarily follow that these definitions operate to exclude discrimination claims based on particular identity. In fact, s. 11(1) itself distinguishes between grounds of discrimination, where the action complained of is explicitly directed at a person who falls within

Les appelants soutiennent qu’il ressort des définitions d’« état familial » et d’« état matrimonial » que le législateur entendait que ces motifs s’appliquent uniquement à la discrimination fondée sur l’état familial ou matrimonial « au sens absolu » — c’est-à-dire le simple fait d’être marié, célibataire, etc., ou le fait d’appartenir à un certain type de famille — et ne visent pas à la discrimination fondée sur l’identité d’un membre de la famille en particulier. Ils appuient cette prétention sur l’emploi du mot « état » (en anglais « *status* ») dans les définitions de ces deux termes au par. 10(1) du Code :

« état familial » Fait de se trouver dans une relation parent-enfant.

« état matrimonial » Fait d’être marié, célibataire, veuf, divorcé ou séparé. Est également compris le fait de vivre avec une personne du sexe opposé dans une union conjugale hors du mariage.

Les appelants font valoir que l’emploi du mot « état » suppose l’appartenance à une catégorie ou à un groupe de personnes et que, en conséquence, ces définitions n’englobent pas l’identité du conjoint ou d’un enfant. Pendant l’audition du pourvoi devant notre Cour, l’avocat des appelants a invoqué l’art. 11 du Code afin d’illustrer son argument. Cet article est rédigé en partie ainsi :

Constitue une atteinte à un droit d’une personne reconnu dans la partie I l’existence d’une exigence, d’une qualité requise ou d’un critère qui ne constitue pas une discrimination fondée sur un motif illicite, mais qui entraîne l’exclusion ou la préférence d’un groupe de personnes identifié par un motif illicite de discrimination et dont la personne est membre, ou l’imposition d’une restriction à ce groupe, sauf dans l’un des cas suivants . . .

L’argument avancé en l’espèce est que la discrimination indirecte s’applique aux groupes.

Nous reconnaissons que le mot « état » suppose l’appartenance à une catégorie ou à un groupe. Toutefois, il ne s’ensuit pas nécessairement que ces définitions ont pour effet d’exclure la discrimination fondée sur l’identité d’une personne donnée. En fait, le par. 11(1) lui-même distingue entre la notion de motifs de discrimination — à savoir les cas où la

the class of persons enumerated in the grounds, and groups, where the action complained of has the effect of discriminating against the class of persons, or group, enumerated in the Code. This distinction suggests that it would be improper to merge the two in interpreting s. 5(1). To abandon grounds in order to protect groups exclusively would require the creation of artificial sub-groups so as to make the Code effective. In other words, in order to fall within the scope of s. 5(1), the complainant would have to demonstrate not only that he or she falls within the class of persons enumerated in the grounds, but also that he or she belongs to an identifiable sub-group or class included within them. To interpret the definitions so as to include such a condition would be to read in a requirement that is simply not there on its face.

39

The fact that the word “status” does not restrict the statute in the manner proposed by the appellants is clear from the way the term has been qualified in the case law, and in the submissions of the parties. The very issue in this appeal has been characterized as whether s. 5(1) of the Code includes complaints based on “relative status” as opposed to “absolute status”. The essence of the appellants’ argument is that the ordinary meaning of the word “status” refers to an absolute condition; the inclusion of relative status within the scope of the definition would require the addition of a qualification. We cannot agree. The word “status” is equally capable of encompassing both the absolute definition and the relative definition. Moreover, the terms “marital status” and “family status” are in themselves relative. That is, they require the existence or absence of a relationship with another person. To restrict its meaning to the absolute would ignore the very condition that brings the status into being in the first place.

40

Turning to the substantive provision in question, the discrimination claim in this case is based on s. 5(1) of the Code which read as follows:

mesure reprochée vise explicitement une personne appartenant à la catégorie de personnes identifiée par les motifs —, et la notion de groupes — à savoir les cas où la mesure reprochée entraîne de la discrimination contre la catégorie de personnes (ou groupe) identifiée par le Code. Cette distinction tend à indiquer qu’il serait inapproprié d’assimiler les deux notions dans l’interprétation du par. 5(1). Abandonner la notion de motifs afin de protéger exclusivement les groupes requerrait la création de sous-groupes artificiels pour garantir l’efficacité du Code. En d’autres termes, pour être visé par le par. 5(1), le plaignant devrait établir non seulement qu’il appartient à la catégorie de personnes identifiée par les motifs, mais également qu’il fait partie d’un sous-groupe ou d’une sous-catégorie identifiable. Considérer que les définitions comportent une telle condition équivaldrait à y intégrer implicitement une exigence qui n’y figure tout simplement pas.

Le fait que le mot « état » ne limite pas la portée de la loi comme le prétendent les appelants ressort de la manière dont ce terme est qualifié dans la jurisprudence et dans les observations des parties. La question même que pose le présent pourvoi a été formulée de la manière suivante : Le paragraphe 5(1) du Code s’applique-t-il à la discrimination fondée sur « l’état au sens relatif » par opposition à « l’état au sens absolu »? Essentiellement, les appelants affirment que, considéré dans son sens ordinaire, le mot « état » s’entend d’une situation absolue; l’inclusion de la notion d’état au sens relatif dans le champ d’application de la définition exigerait l’ajout d’une réserve. Nous ne pouvons retenir cet argument. Le mot « état » peut recevoir à la fois la définition absolue et la définition relative. Qui plus est, les termes « état matrimonial » et « état familial » sont en eux-mêmes relatifs, c’est-à-dire qu’ils requièrent l’existence ou l’absence d’un lien avec une autre personne. Limiter le mot « état » à son sens absolu serait faire abstraction de la situation même qui donne naissance à l’état concerné.

En ce qui concerne la disposition substantielle en litige, la plainte de discrimination présentée en l’espèce est fondée sur le par. 5(1) du Code, dont voici le texte :

5. — (1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, family status or handicap.

By using the words “every person” the statute is clearly aimed at protecting individuals as opposed to groups against discrimination. Although it is equally clear that, in order to come under the protection of s. 5(1), the discrimination must be based on one of the listed grounds, this does not mean that the discriminatory action must be directed against an identifiable group subsumed within the enumerated ground. Nor does it mean that the action complained of must result from the stereotypical application of an attributed group characteristic. Such requirements are simply not found in the wording of s. 5(1). Thus, on its face, the provision appears to encompass complaints based on the particular identity of a family member based on either the “marital status” or “family status” grounds.

We find further support for this view in the wording of s. 24(1)(d) of the Code which provides as follows:

24. — (1) The right under section 5 to equal treatment with respect to employment is not infringed where,

- . . .
- (d) an employer grants or withholds employment or advancement in employment to a person who is the spouse, child or parent of the employer or an employee.

This section of the Code provides a defence for employers who discriminate on the basis of relative marital or family status in certain circumstances, i.e., where an employer has a nepotism or anti-nepotism policy. The existence of this definition indicates not only that the terms “marital status” and “family status” are capable of encompassing situations based on relative status, but further, by carving out this particular exception, the section suggests a

5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

En employant les mots « [t]oute personne », le législateur a manifestement voulu protéger les individus — par opposition aux groupes — contre la discrimination. Bien qu'il soit également clair que, pour que le plaignant bénéficie de la protection du par. 5(1), la discrimination doit être fondée sur l'un des motifs énumérés, il ne s'ensuit pas que l'acte discriminatoire doit être dirigé contre un groupe identifiable visé par le motif en question. Il ne s'ensuit pas non plus que la mesure reprochée doive résulter de l'attribution stéréotypée au plaignant d'une caractéristique de nature collective. De telles exigences ne ressortent tout simplement pas du texte du par. 5(1). Par conséquent, en ce qui concerne les motifs fondés sur l'« état matrimonial » et l'« état familial », la disposition paraît à première vue s'appliquer aux plaintes fondées sur l'identité d'un membre de la famille en particulier.

Selon nous, cette interprétation est également étayée par le texte de l'al. 24(1)d) du Code :

24 (1) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait :

- . . .
- d) qu'un employeur accorde ou refuse un emploi ou une promotion à une personne qui est son conjoint, son enfant ou son père ou sa mère ou à une personne qui est le conjoint, l'enfant ou le père ou la mère d'un employé.

Cette disposition du Code offre un moyen de défense aux employeurs qui, dans certaines circonstances, établissent une distinction fondée sur l'état matrimonial ou familial au sens relatif, c'est-à-dire lorsqu'ils appliquent une politique contre le népotisme. Non seulement cette disposition montre que les termes « état matrimonial » et « état familial » sont susceptibles d'englober l'état au sens relatif, mais, par l'établissement de cette exception

legislative intention to otherwise include both absolute status and relative status complaints within the ambit of s. 5(1).

42

The appellants argued that provincial statutes dealing with the same subject matter should be read harmoniously, and cited the definition of “marital status” from the *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 2(1)(i.01), where the term “marital status” is defined as follows:

(i.01) “**marital status**” means that state of being engaged to be married, married, single, separated, divorced, widowed or living in a common-law relationship, but discrimination on the basis of a relationship with a particular person is not discrimination on the basis of marital status;

Although we agree that statutory language from other jurisdictions may aid in the interpretation process, this does not mean that words used by one legislature in defining a term should be imported into the definition of that term in another jurisdiction where the legislature has not included such words. On the contrary, the express exclusion of particular identity in the Saskatchewan Code and the absence of that exclusion in the Ontario Code lends itself more easily to the conclusion that the broader meaning of status was, in fact, intended in Ontario. At the very least, the definition in the Saskatchewan Code indicates that the term “marital status” is capable of including the particular identity of a spouse when not expressly excluded.

43

It is not only specific provisions of the Code which indicate that the terms “marital status” and “family status” are meant to extend to the particular identity of family members; the preamble to the Code also supports this interpretation:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and is in accord with the Universal Declaration of Human Rights as proclaimed by the United Nations;

particulière, elle suggère également que le législateur entendait que le par. 5(1) s’applique par ailleurs aux plaintes de discrimination fondées soit sur l’état au sens absolu soit sur l’état au sens relatif.

Plaidant que les diverses lois provinciales en la matière devaient faire l’objet d’une interprétation harmonieuse, les appelants ont cité la définition de « *marital status* » (« état matrimonial ») du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, al. 2(1)(i.01) :

[TRADUCTION] (i.01) « **état matrimonial** » Le fait d’être fiancé, marié, célibataire, séparé, divorcé, veuf ou conjoint de fait. Toutefois, la discrimination fondée sur l’existence d’une relation avec une personne en particulier ne constitue pas de la discrimination fondée sur l’état matrimonial.

Bien que nous admettions que le texte d’une loi d’un autre ressort puisse servir à l’interprétation d’une disposition litigieuse, il ne s’ensuit toutefois pas que les mots employés par un législateur pour définir un terme doivent être intégrés à la définition du même terme dans un autre ressort où le législateur n’a pas employé ces mots. Au contraire, l’exclusion expresse de la notion d’identité particulière dans le code de la Saskatchewan et sa non-exclusion dans le code ontarien incitent davantage à conclure que le législateur ontarien a en fait voulu que la définition d’« état » soit extensive. La définition du code de la Saskatchewan indique à tout le moins que le terme « état matrimonial » peut englober l’identité de l’époux lorsque cette situation n’est pas expressément exclue.

Non seulement les dispositions pertinentes du Code permettent-elles de conclure que les termes « état matrimonial » et « état familial » sont censés englober l’identité des membres de la famille, mais son préambule appuie également cette interprétation :

ATTENDU que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde et est conforme à la Déclaration universelle des droits de l’homme proclamée par les Nations Unies;

AND WHEREAS it is public policy in Ontario to recognize the dignity and worth of every person and to provide for equal rights and opportunities without discrimination that is contrary to law, and having as its aim the creation of a climate of understanding and mutual respect for the dignity and worth of each person so that each person feels a part of the community and able to contribute fully to the development and well-being of the community and the Province;

AND WHEREAS these principles have been confirmed in Ontario by a number of enactments of the Legislature and it is desirable to revise and extend the protection of human rights in Ontario; [Emphasis added.]

The preamble, like s. 5(1), focusses on individuals as opposed to groups, further supporting our preferred interpretation of the terms “marital status” and “family status”.

In reference to this very preamble, McIntyre J., in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, said at pp. 546-47:

There we find enunciated the broad policy of the Code and it is this policy which should have effect. It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary — and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. [Emphasis added.]

More generally, this Court has repeatedly reiterated the view that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature and ought to be interpreted in a liberal and purposive manner in order to advance the broad policy considerations underlying it: see, for example, *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 120; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 370; *Robichaud v. Canada*

ATTENDU que l'Ontario a pour principe de reconnaître la dignité et la valeur de toute personne et d'assurer à tous les mêmes droits et les mêmes chances, sans discrimination contraire à la loi, et que la province vise à créer un climat de compréhension et de respect mutuel de la dignité et de la valeur de toute personne de façon que chacun se sente partie intégrante de la collectivité et apte à contribuer pleinement à l'avancement et au bien-être de la collectivité et de la province;

ET ATTENDU que ces principes sont confirmés en Ontario par un certain nombre de lois de la Législature et qu'il est opportun de réviser et d'élargir la protection des droits et la personne en Ontario; [Nous soulignons.]

Tout comme le par. 5(1), le préambule met l'accent sur l'individu plutôt que sur le groupe, fait qui renforce notre interprétation des termes « état matrimonial » et « état familial ».

Relativement à ce même préambule, le juge McIntyre a dit ceci, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 546-547 :

Nous y trouvons un énoncé de la politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer. Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. [Nous soulignons.]

Plus généralement, notre Cour a dit à maintes reprises que les lois sur les droits de la personne possèdent un caractère unique et quasi constitutionnel, et qu'il faut leur donner une interprétation libérale et téléologique, propre à favoriser le respect des considérations de politique générale qui les sous-tendent : voir, à titre d'exemples, *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 120; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*,

(*Treasury Board*), [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58.

45

Based on the preamble to the Code as well as s. 5(1) itself, the provision in question is aimed at preventing discrimination against individuals on the basis of the listed grounds. An interpretation of the terms “marital status” and “family status” which supports this broad goal is one which includes discrimination based on the particular identity of a spouse or family member. Thus, in accordance with the applicable principles of interpretation, this is the interpretation which should be adopted.

B. *Discrimination Jurisprudence*

46

In common with all federal and provincial human rights legislation and with the equality guarantee in the *Canadian Charter*, the primary purpose of the Ontario Code is to eradicate discrimination on the basis of enumerated and (in the case of the *Canadian Charter*) analogous grounds. We have concluded that the words of the Code support the view that the enumerated grounds of marital and family status are broad enough to encompass circumstances where the discrimination results from the particular identity of the complainant’s spouse or family member. Although the jurisprudence on the scope of marital status in the context of human rights legislation is uneven at best, the weight of judicial consideration also favours an approach that focuses on the harm suffered by the individual, regardless of whether that individual fits neatly into an identifiable category of persons similarly affected.

47

Much was made at the hearing about groups and the apparent requirement that the impugned conduct must, at least potentially, affect an identifiable sub-group within the enumerated ground in order to make out a claim of discrimination. As earlier discussed, we find this approach to be in error. While a category of persons is often identifiable given the existence of historically disadvantaged groups in

[1993] 2 R.C.S. 353, p. 370; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, p. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 157-158.

À la lumière du préambule du Code et du texte du par. 5(1) lui-même, la disposition en cause vise à protéger les individus contre la discrimination fondée sur l’un ou l’autre des motifs énumérés. Appuie cet objectif général l’interprétation des termes « état matrimonial » et « état familial » qui englobe la discrimination fondée sur l’identité du conjoint du plaignant ou d’un membre de la famille de ce dernier. Conformément aux principes d’interprétation applicables, voilà donc l’interprétation qu’il convient de retenir.

B. *Jurisprudence en matière de discrimination*

Comme toutes les autres lois fédérales et provinciales protégeant les droits de la personne au Canada et comme la garantie d’égalité prévue par la *Charte canadienne*, le code ontarien vise principalement à mettre fin à la discrimination fondée sur l’un ou l’autre des motifs énumérés ou (comme c’est le cas pour la *Charte canadienne*) sur des motifs analogues. Nous estimons que le texte du Code appuie la thèse selon laquelle les motifs énumérés concernés — l’état matrimonial et l’état familial — ont une portée suffisamment large pour englober le cas où la discrimination découle de l’identité du conjoint du plaignant ou d’un membre de la famille de ce dernier. Bien que la jurisprudence relative à la portée du terme « état matrimonial » dans le contexte des lois sur les droits de la personne soit, au mieux, partagée, elle privilégie généralement une interprétation axée sur le préjudice subi par l’individu, que ce dernier fasse clairement partie ou non d’une catégorie identifiable de personnes touchées de semblable manière.

À l’audience, on a beaucoup insisté sur la notion de groupes et sur l’exigence apparente voulant que, pour que soit établi le bien-fondé de la plainte de discrimination, le comportement reproché touche, du moins potentiellement, un sous-groupe identifiable visé par le motif énuméré. Comme nous l’avons signalé plus tôt, nous estimons que cette démarche est erronée. Bien qu’il soit souvent possible

Canadian society, it is not a necessary requirement to a finding of discrimination.

The appellants rely on the decision of MacGuigan J.A. in *Cashin, supra*, wherein he held that in order to found a claim on the basis of “marital status” there must be an identifiable “group” to which the claimant belongs. In that case, the employer CBC refused to renew the complainant’s contract upon her marriage to Mr. Cashin, a prominent public figure in Newfoundland who had recently been appointed to the Board of Directors of Petro-Canada. Finding no discrimination on the basis of the complainant’s marriage to Mr. Cashin in particular, MacGuigan J.A. held, at p. 506:

In fine, what the Act discourages is discrimination against an individual, not in his/her individuality, but as group cypher, identified by a group characteristic. Consequently, the identity of a particular spouse cannot be included in the notion of marital status because it is a purely individual rather than a group aspect of life.

Nevertheless, the Federal Court of Appeal found that the complainant was not renewed because she had adopted her husband’s surname and that this amounted to discrimination on the basis of “marital status”. In reaching this conclusion, MacGuigan J.A. identified the sub-group against whom the discrimination was directed and to which the complainant belonged, at p. 508:

It became apparent at the hearing before the adjudicator that there is no written policy established by the [CBC] relating to the spouses of employees, but it is clear from the testimony of Donna Logan [Program Director for CBC] that the policy that was thought to exist adversely differentiated against married women who had adopted their husbands’ surnames. In my view this is discrimination based on a primary incident of marital status. It is discrimination under the aspect of group rather than of individual. Such adverse differentiation tending to affect employment opportunities thus

d’identifier une catégorie de personnes, vu l’existence de groupes historiquement défavorisés au sein de la société canadienne, il ne s’agit pas d’un préalable à toute conclusion de discrimination.

Les appelants invoquent l’arrêt *Cashin*, précité, de la Cour d’appel fédérale, dans laquelle le juge MacGuigan a conclu que le plaignant devait appartenir à un « groupe » identifiable pour que le tribunal puisse conclure à l’existence de discrimination fondée sur l’état matrimonial. Dans cette affaire, l’employeur, la Société Radio-Canada, avait refusé de renouveler le contrat de la plaignante, après son mariage avec M. Cashin, personnalité en vue de Terre-Neuve qui venait d’être nommée au conseil d’administration de Pétro-Canada. Après avoir conclu à l’absence de discrimination fondée sur le mariage de la plaignante avec M. Cashin en particulier, le juge MacGuigan a dit ceci, à la p. 506 :

En fin de compte, ce que la Loi vise à décourager, c’est la distinction dirigée contre une personne individuelle non pas en raison de son individualité, mais parce qu’elle constitue un spécimen d’un groupe identifié par une caractéristique donnée. En conséquence, l’identité d’un conjoint particulier ne peut être comprise dans la notion d’état matrimonial parce que cette identité est purement individuelle et n’a pas trait à un aspect de la vie partagé par un groupe.

Néanmoins, la Cour d’appel fédérale a jugé que le contrat de la plaignante n’avait pas été renouvelé parce que celle-ci avait adopté le nom de famille de son mari et que cette mesure constituait de la discrimination fondée sur l’« état matrimonial ». Pour arriver à cette conclusion, le juge MacGuigan a, à la p. 508, identifié le sous-groupe qui était visé par la discrimination et auquel appartenait la plaignante :

S’il est devenu évident lors de l’audition tenue devant l’arbitre qu’aucune ligne directrice écrite n’a été établie par [la SRC] au sujet des conjoints des employés, il ne ressort pas moins clairement du témoignage de Donna Logan [directrice des programmes d’information à la SRC] que la ligne de conduite que l’on considérait être en vigueur établissait une distinction défavorable à l’égard des femmes mariées qui adoptaient le nom de famille de leur mari. À mon avis, il s’agit là d’un acte discriminatoire fondé sur un accessoire primordial de l’état matrimonial. La discrimination ainsi exercée a trait à un groupe plutôt

exactly constitutes a *prima facie* discrimination practice

49

Following on the heels of *Cashin*, this Court released *Brossard, supra*, a case dealing with a similar kind of complaint pursuant to the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. In that case, the town of Brossard adopted a hiring policy that disqualified members of the immediate families of full-time employees and town councillors from taking up employment with the town. The complainant's application for summer employment with the town as a lifeguard was not considered because her mother worked as a full-time typist at the municipal police station. In response to the daughter's complaint, the Commission des droits de la personne stated that the complainant had been wronged and recommended that she be immediately granted the position for which she applied. The town then sought a declaration that the hiring policy did not constitute wrongful discrimination under s. 10 of the Quebec *Charter*.

50

After concluding that "civil status" within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter* includes both filial and marital status, Beetz J. went on to consider whether "relative status", in the sense of the particular identity of the spouse or family member, also fell within the scope of civil status. He remarked, at p. 294:

The respondent argues that a narrow interpretation should be given to "civil status" in this respect. But as I have observed, to understand the civil status of one person one must often refer to the civil status of another. . . . It is difficult to imagine a hiring policy that excludes "all sons and daughters" without specifying whose sons and daughters. It is of course possible to discriminate on the basis of marital status in absolute terms (e.g., "no married men as test pilots"), but it is improbable that an individual could be the object of discrimination in employment based on a blood relationship without making reference at the same time to the person to whom he or she is related. [Emphasis deleted.]

qu'à un individu. Ainsi, *prima facie*, une telle distinction défavorable tendant à nuire aux chances d'emploi constitue précisément un acte discriminatoire . . .

Dans la foulée de cette décision, notre Cour s'est prononcée, dans l'affaire *Brossard*, précitée, sur une plainte analogue déposée sous le régime de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Dans cette affaire, la ville de Brossard avait adopté une politique prohibant l'embauche des membres de la famille immédiate de ses conseillers municipaux et employés à temps plein. La demande présentée à la ville par la plaignante en vue d'obtenir un emploi d'été à titre de sauveteur avait été écartée parce que sa mère travaillait à temps plein comme dactylo au poste de police de la municipalité. Saisie de la plainte, la Commission des droits de la personne avait estimé que la plaignante avait subi un préjudice et elle avait recommandé qu'on lui accorde immédiatement le poste qu'elle demandait. La ville avait alors sollicité un jugement déclaratoire portant que sa politique d'embauchage ne constituait pas de la discrimination illicite au sens de l'art. 10 de la *Charte québécoise*.

Après avoir conclu que l'état civil au sens de l'art. 10 de la *Charte* québécoise englobait à la fois la filiation et l'état matrimonial, le juge Beetz s'est demandé si l'état civil s'entendait également de l'état civil « au sens relatif », c'est-à-dire de l'identité du conjoint ou d'un membre de la famille du plaignant. Il a fait les observations suivantes, à la p. 294 :

L'intimée soutient que, sous cet aspect, l'expression « état civil » doit recevoir une interprétation stricte. Toutefois, comme je l'ai fait observer, pour saisir l'état civil d'une personne, il faut souvent se référer à celui d'une autre personne. [. . .] De fait, on peut difficilement concevoir une politique d'embauchage qui exclut « tous les fils et toutes les filles » sans qu'il soit précisé de qui ils sont les fils et les filles. Bien sûr, il est possible d'exercer une discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens absolu (par ex. « aucun homme marié comme pilote d'essai »), mais il est invraisemblable qu'une personne puisse faire l'objet d'une discrimination dans l'embauchage fondée sur l'existence d'un lien de parenté par le sang, sans que soit mentionnée en même temps la personne avec laquelle elle a ce lien de parenté. [Soulignement supprimé.]

Referring to MacGuigan J.A.'s reasoning in *Cashin*, Beetz J. held, at p. 298, that in the instant case it was unnecessary to decide whether the identity of a particular spouse is included in the notion of civil status, since "a general no-relative, no-spouse employment rule, precisely because in its generality it may have the effect of imposing a general or group category, does fall into civil status". Nevertheless, he went on to state, at p. 299:

I am inclined, however, to think that in some circumstances the identity of a particular spouse might be included in marital or civil status. Sometimes an employer may exclude an individual because of the identity of his or her spouse without acting on an explicit no-spouse rule, leaving the court with the sometimes difficult and not always useful task of inferring a "group category". A no-spouse rule may be applied unevenly by the employer and thereby lose its generality. In *Cashin*, for example, Mahoney J. remarked that the C.B.C. tolerated the fact that certain employees did have high profile political spouses. Furthermore, an employer may exclude a candidate for employment because of the employer's particular animosity for the spouse of the candidate. Thus the candidate is excluded because of the particular identity of his or her spouse and for no other reason. This might well be discrimination based on marital or civil status but I repeat that it is not necessary to decide this question to dispose of this appeal. [Emphasis added.]

Since these two decisions, adjudications on the scope of marital and family status have developed unevenly across Canadian jurisdictions. One line of cases appear to have adopted the "group identity" versus "particular identity" complaints distinction espoused by MacGuigan J.A. in *Cashin: Gallagher v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1996), 28 C.H.R.R. D/81 (Ont. Bd. Inq.); *Le Blanc v. Canada Post Corp.* (1992), 18 C.H.R.R. D/57 (Can. Trib.); *Gagnon v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [2002] C.H.R.D. No. 4 (QL); *MacMillan v. 141187 Ventures Ltd. (c.o.b. "Nechako North Coast Construction Services")*, [1994] B.C.C.H.R.D. No. 8 (QL); *Bailey v. Fogo Island Co-operative Society*

Faisant état du raisonnement du juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Cashin*, le juge Beetz a estimé qu'il était inutile, dans l'affaire dont il était saisi, de décider si l'identité du conjoint était comprise dans la notion d'état civil, étant donné « qu'une règle générale proscrivant l'embauchage des parents et des conjoints des employés relève effectivement de l'état civil précisément parce qu'en raison de son caractère général, elle peut avoir pour effet d'imposer une catégorie générale ou une catégorie relative à un groupe » (p. 298-299). Il a néanmoins ajouté ceci, à la p. 299 :

Je suis néanmoins porté à croire que dans certaines circonstances l'identité d'un conjoint particulier pourrait être comprise dans l'état matrimonial ou civil. Or, il arrive parfois que l'employeur exclue une personne en raison de l'identité de son conjoint sans pour autant appliquer une règle explicite interdisant l'embauchage des conjoints. Le tribunal se trouve alors chargé de la tâche parfois difficile et non toujours utile d'avoir à déduire l'existence d'une « catégorie relative à un groupe ». De plus, une règle destinée à empêcher l'embauchage de conjoints peut être appliquée d'une manière inégale par l'employeur et perdre ainsi son caractère général. Dans l'affaire *Cashin*, par exemple, le juge Mahoney fait remarquer que Radio-Canada tolérerait que certains employés aient des conjoints qui étaient des personnalités politiques très en vue. Il se peut en outre qu'un employeur exclue un candidat à un poste en raison de l'animosité particulière qu'il a pour le conjoint de ce candidat. L'exclusion de ce dernier repose alors sur l'identité de son conjoint et rien d'autre. Cela pourrait bien constituer de la discrimination fondée sur l'état matrimonial ou civil mais, je le répète, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. [Nous soulignons.]

Depuis ces deux décisions, la jurisprudence relative à la définition d'état matrimonial et d'état familial a évolué de façon inégale dans les différents ressorts canadiens. Un premier courant jurisprudentiel paraît adhérer à la distinction entre « identité collective » et « identité particulière » retenue par le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Cashin* : voir *Gallagher c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1996), 28 C.H.R.R. D/81 (Com. enq. Ont.); *Le Blanc c. Société canadienne des postes* (1992), 18 C.H.R.R. D/57 (Trib. can.); *Gagnon c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [2002] D.C.D.P. n° 4 (QL); *MacMillan c. 141187 Ventures Ltd.*

Ltd. (2001), 40 C.H.R.R. D/77 (Nfld. Bd. Inq.). A second line of cases generally follow and develop the reasoning of Beetz J. in *Brossard*, *supra*; *Dewetter v. Northland Security Guard Services Ltd.* (1996), 29 C.H.R.R. D/8 (B.C.C.H.R.); *Gipaya v. Anton's Pasta Ltd.* (1996), 27 C.H.R.R. D/326 (B.C.C.H.R.); *J. v. London Life Insurance Co.* (1999), 36 C.H.R.R. D/43 (B.C. Trib.); *Allum v. Hollyburn Properties Management Inc.* (1991), 15 C.H.R.R. D/71 (B.C.C.H.R.); *Price v. British Columbia (Ministry of Social Services and Housing)* (1991), 15 C.H.R.R. D/11 (B.C.C.H.R.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Immeubles NI/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.). We are of the view that the latter approach is to be preferred.

(*c.o.b.* « *Nechako North Coast Construction Services* »), [1994] B.C.C.H.R.D. No. 8 (QL); *Bailey c. Fogo Island Co-operative Society Ltd.* (2001), 40 C.H.R.R. D/77 (Com. enq. T.-N.). Un deuxième courant jurisprudentiel se range généralement à l'avis exprimé par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard*, précité, et développe le raisonnement qu'il y tient : *Dewetter c. Northland Security Guard Services Ltd.* (1996), 29 C.H.R.R. D/8 (B.C.C.H.R.); *Gipaya c. Anton's Pasta Ltd.* (1996), 27 C.H.R.R. D/326 (B.C.C.H.R.); *J. c. London Life Insurance Co.* (1999), 36 C.H.R.R. D/43 (B.C. Trib.); *Allum c. Hollyburn Properties Management Inc.* (1991), 15 C.H.R.R. D/171 (B.C.C.H.R.); *Price c. British Columbia (Ministry of Social Services and Housing)* (1991), 15 C.H.R.R. D/11 (B.C.C.H.R.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Immeubles NI/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.). À notre avis, il convient de privilégier ce deuxième courant jurisprudentiel.

53

There is little doubt that discrimination on the basis of absolute status (e.g., married/single) is prohibited by the Code. Indeed, this is discrimination in its classic form. Discrimination on the basis of relative status will also be caught by the Code where there is some rule of general application that results in differential treatment of a particular sub-group. Aptly named by the respondents as “group identity” complaints, the most common example is a general anti-nepotism policy in the employment context. Discrimination in this context occurs where the complainant's situation corresponds to that of a sub-class of persons who share an absolute status (e.g., married employees who adopt their husbands' surnames). To this point, the case law is not in conflict. All would agree that employer policies or actions of general application that provide differential treatment to a sub-category of married persons would fall within the scope of “marital status”. The *Brossard* line of cases parts ways with those that follow *Cashin* in the second type of relative status discrimination, the so-called “particular identity” complaints. These complaints involve the differential treatment of an individual based on a characteristic

Il fait peu de doute que le Code interdit la discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens absolu (par exemple le fait d'être marié ou célibataire). Il s'agit en effet de la forme classique de discrimination. L'état matrimonial au sens relatif constituera également un motif illicite de distinction lorsque, en raison d'une règle d'application générale, un traitement différent est réservé à un sous-groupe en particulier. L'exemple le plus courant de ce que les intimés désignent judicieusement comme étant les plaintes fondées sur l'« identité collective » est l'application d'une politique antinépotisme générale dans le domaine de l'emploi. Dans ce contexte, il y a discrimination lorsque la situation du plaignant correspond à celle d'une sous-catégorie de personnes qui partagent le même état au sens absolu (par exemple les employées mariées qui adoptent le nom de famille de leur mari). Jusque-là, la jurisprudence n'est pas contradictoire. Personne ne contesterait qu'une politique ou mesure d'application générale de l'employeur qui a pour effet de réserver un traitement différent à une sous-catégorie de personnes mariées constitue de la discrimination fondée sur l'« état matrimonial ». Les décisions qui suivent l'arrêt *Brossard* et celles qui s'alignent sur l'arrêt *Cashin* divergent quant au second type de

of the person's spouse that is objectionable to the employer.

Both the appellants and the Divisional Court below assert that particular identity complaints are beyond the scope of the Code, as they are not based on any group characteristic, but solely on the peculiar circumstances of the parties. In the absence of any identifiable group in which to locate the respondent, the behaviour does not amount to discrimination on the basis of marital status. With respect, we disagree. Similar arguments were made to this Court in *Janzen*, *supra*, and were summarily rejected. The employers in that case argued that sexual harassment did not constitute discrimination on the basis of sex since the conduct was based on the sexual attractiveness of the particular complainants and not their gender. Dickson C.J. held, at p. 1290:

To argue that the sole factor underlying the discriminatory action was the sexual attractiveness of the appellants and to say that their gender was irrelevant strains credulity. Sexual attractiveness cannot be separated from gender. The similar gender of both appellants is not a mere coincidence, it is fundamental to understanding what they experienced.

Enumerated grounds correspond to groups of individuals who share similar personal characteristics (e.g., individuals who are married/single). In this sense, the grounds enumerated in the Code encapsulate many groups of persons who may be exposed to prohibited conduct. This sociological fact, however, does not translate into a requirement that the complainant identify a particular group that has suffered or may potentially suffer the same discrimination. While the search for a group is a convenient means of understanding and describing the discriminatory action, it does not rise to the level of a legal requirement. In the context of the equality guarantee in the *Canadian Charter*, this Court has stated clearly

discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens relatif, à savoir les plaintes fondées sur l'« identité particulière » du conjoint. Ces plaintes se caractérisent par le traitement différent réservé à un individu en raison d'une caractéristique de son conjoint qui est jugée inacceptable par l'employeur.

Tant les appelants que la Cour divisionnaire soutiennent que les plaintes fondées sur l'identité particulière échappent à l'application du Code, du fait qu'elles ne se fondent pas sur une caractéristique de nature collective, mais uniquement sur la situation particulière des parties. En l'absence d'un groupe identifiable auquel peut être rattaché le plaignant, le comportement reproché n'équivaut pas à de la discrimination fondée sur l'état matrimonial. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion. Des arguments analogues ont été présentés à notre Cour dans l'affaire *Janzen*, précité, et ils ont été sommairement rejetés. Dans cette affaire, les employeurs prétendaient que le harcèlement sexuel ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe, puisqu'il était imputable non pas au sexe des plaignantes mais à leur attrait sexuel. Le juge en chef Dickson a tiré la conclusion suivante, à la p. 1290 :

Soutenir que le seul facteur à la base de l'acte discriminatoire résidait dans l'attrait sexuel des appelantes et affirmer que leur sexe était sans importance met la crédulité à l'épreuve. L'attrait sexuel ne peut se dissocier du sexe. Ce n'est pas simple coïncidence que les deux appelantes sont du même sexe, c'est essentiel à la compréhension de ce qu'elles ont subi.

Les motifs énumérés correspondent à des groupes de personnes qui partagent des caractéristiques personnelles semblables (par exemple les personnes mariées, les personnes célibataires). En ce sens, les motifs énumérés dans le Code englobent de nombreux groupes de personnes susceptibles d'être exposées à un comportement illicite. Cette donnée sociologique n'emporte cependant pas pour le plaignant l'obligation d'établir l'existence d'un groupe particulier qui aurait été victime du même acte de discrimination ou qui pourrait l'être. Bien que la recherche d'un groupe soit un moyen permettant de bien comprendre l'acte discriminatoire et de le décrire, elle ne constitue pas une obligation légale.

that group membership is not a necessary precondition to finding discrimination (see *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 66):

On the other hand, it may be misleading or inappropriate in some cases to speak about “membership” within a group for the purpose of a s. 15(1) claim. The *Charter* guarantees equality rights to individuals. In this respect, it must be made clear that the s. 15(1) claimant is not required to establish membership in a sociologically recognized group in order to be successful. It will always be helpful to the claimant to be able to identify a pattern of discrimination against a class of persons with traits similar to the claimant, i.e., a group, of which the claimant may consider herself or himself a member. Nonetheless, an infringement of s. 15(1) may be established by other means, and may exist even if there is no one similar to the claimant who is experiencing the same unfair treatment. [Emphasis added.]

Dans le contexte du droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne*, notre Cour a clairement dit que l'appartenance à un groupe n'est pas un préalable au prononcé d'une conclusion de discrimination : voir *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 66 :

D'autre part, il peut être trompeur ou inapproprié, dans certains cas, de parler d'« appartenance » à un groupe aux fins d'une allégation fondée sur le par. 15(1). La *Charte* garantit les droits à l'égalité aux particuliers. À cet égard, il faut établir clairement que la personne qui invoque le par. 15(1) n'a pas à démontrer, pour avoir gain de cause, qu'elle fait partie d'un groupe reconnu sociologiquement. Il sera toujours utile pour un demandeur d'être en mesure de relever une pratique discriminatoire contre une catégorie de personnes possédant des caractéristiques semblables aux siennes, c.-à-d., un groupe auquel le demandeur peut considérer qu'il appartient. Néanmoins, la violation du par. 15(1) peut être démontrée à l'aide d'autres moyens et peut exister même si aucune autre personne possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur ne subit le même traitement injuste. [Nous soulignons.]

56

To require that the complainant share with potential others an identifiable sub-category status is to impose on the complainant an additional burden that the Code does not mandate. The “group” to which the claimant belongs is already embodied in the ground enumerated by the Code. In our view, this is precisely the distinction to which Abella J.A. referred, at paras. 46-48, when she reasoned that the Code speaks of grounds, not groups:

Discrimination is not only about groups. It is also about individuals who are arbitrarily disadvantaged for reasons having largely to do with attributed stereotypes, regardless of their actual merit. While it is true that disadvantageous stereotypes usually arise when characteristics are attributed to someone based on what people in a particular group are *deemed* to be capable of, this does not mean that when dealing with a complaint, a complainant must be artificially slotted into a group category before a claim of discrimination can be upheld under the *Code*.

Whether or not a disadvantaged group can be fashioned out of the facts of any particular case is largely irrelevant. The *Code* stipulates grounds in s. 5(1), not

Exiger du plaignant qu'il fasse partie, avec d'autres membres potentiels, d'une sous-catégorie identifiable équivaut à lui imposer un fardeau supplémentaire que ne commande pas le Code. Le motif énuméré dans le Code comprend déjà le « groupe » auquel appartient le plaignant. À notre avis, telle est précisément la distinction dont fait état madame le juge Abella lorsqu'elle dit, aux par. 46-48, que le Code parle de motifs et non de groupes :

[TRADUCTION] La discrimination ne s'exerce pas seulement contre des groupes. Elle touche également les particuliers qui sont défavorisés d'une manière arbitraire pour des motifs tenant à des stéréotypes, indépendamment de la valeur véritable de ces personnes. Bien qu'il soit vrai qu'il y a généralement application de stéréotypes préjudiciables lorsque certaines caractéristiques sont attribuées sur la foi de ce que les membres d'un groupe particulier sont *réputés* être capables de faire, il ne s'en suit pas que, dans le contexte d'une plainte, le plaignant doit être classé artificiellement dans une catégorie de nature collective pour qu'une plainte de discrimination présentée en vertu du *Code* puisse être retenue.

Dans une large mesure, il importe peu qu'un groupe défavorisé puisse être circonscrit à partir des faits de l'espèce. Au paragraphe 5(1) du *Code*, le législateur a

groups. The question is whether an individual has been discriminated against on the basis of a prohibited ground, not whether he or she necessarily fits into a group requiring redress.

There is no doubt that the *Code* contemplates that an individual's membership in a group may result in discrimination based on perceived characteristics attributed to the group. Some of the grounds in s. 5(1), for example, such as race, sex or ethnic origin, anticipate arbitrary barriers attaching to individuals belonging to certain historically disadvantaged groups. But other grounds, such as family or marital status or age, may have less to do with whether a disadvantaged group emerges easily from an individual's complaint than with whether the individual, regardless of group membership, is being stereotyped or arbitrarily disadvantaged. [Emphasis in original.]

Accordingly, it is a misconception to require the complainant to demonstrate membership in an identifiable group made up of only those suffering the particular manifestation of the discrimination. It is sufficient that the individual experience differential treatment on the basis of an irrelevant personal characteristic that is enumerated in the grounds provided in the Code. It is not necessary to embark on the artificial exercise of constructing a disadvantaged subgroup to which the complainant belongs in order to bring one's self within the ambit of marital or family status within the meaning of the Code.

C. *Application to the Facts of this Case*

Having concluded that marital and family status, within the meaning of the Code, can encompass claims arising from the particular identity of the complainant's spouse or child, the proper inquiry is not whether the respondent belongs to an identifiable group but whether he was arbitrarily disadvantaged on the basis of his marital or family status. In our view, he was.

The Board of Inquiry made the following finding of fact, at para. 15, which none of the courts below nor the parties themselves dispute:

I am satisfied, based on the evidence before me, that the sole reason for Mr. A's termination was the fact that his

énuméré des motifs, non des groupes. La question est de savoir si une personne a été victime de discrimination fondée sur un motif illicite, et non si elle fait nécessairement partie d'un groupe dont la situation doit être corrigée.

Il ne fait aucun doute que, dans le *Code*, le législateur a envisagé que l'appartenance d'une personne à un groupe puisse être la source de discrimination fondée sur des caractéristiques qu'on attribue au groupe. Certains des motifs prévus au par. 5(1), par exemple la race, le sexe ou l'origine ethnique, supposent que les membres de certains groupes historiquement défavorisés font face à des obstacles arbitraires. D'autres motifs tels que l'état familial, l'état matrimonial ou l'âge ne soulèvent pas tant la question de savoir si on peut facilement dégager l'existence d'un groupe défavorisé d'une plainte individuelle, que la question de savoir si, indépendamment de son appartenance à un groupe, la personne en cause fait l'objet de stéréotypes ou est arbitrairement défavorisée. [En italique dans l'original.]

Il est donc erroné d'obliger le plaignant à établir qu'il appartient à un groupe identifiable, constitué uniquement des personnes qui sont victimes du même acte discriminatoire que celui qu'il allègue. Il suffit qu'on lui réserve un traitement différent pour l'un des motifs énumérés. Il n'est pas nécessaire de créer artificiellement un second sous-groupe auquel appartiendrait le plaignant pour que celui-ci relève du champ d'application des motifs de l'état matrimonial et de l'état familial prévus par le Code.

C. *Application aux faits de l'espèce*

Nous arrivons à la conclusion que l'état matrimonial et l'état familial au sens du Code peuvent s'entendre de l'identité particulière de l'époux ou d'un enfant du plaignant. La question qu'il convient de se poser ne consiste pas à se demander si l'intimé appartient à un groupe identifiable, mais bien s'il a été arbitrairement défavorisé en raison de son état matrimonial ou familial. À notre avis, il l'a été.

La commission d'enquête a tiré la conclusion de fait suivante, que ni les juridictions inférieures ni les parties elles-mêmes ne contestent (au par. 15) :

[TRADUCTION] La preuve me convainc que le seul motif pour lequel A a été congédié est l'allégation

57

58

59

daughter had raised allegations of sexual abuse against his employer, Mr. B.

Further, the Board of Inquiry noted that Mr. B acknowledged that he did not dismiss Mr. A for cause. Accordingly, the factual record is clear that the respondent Mr. A was dismissed from his employment because of the actions of his wife and daughter. Those actions were the operative cause of the firing.

60 The appellants also assert that the dismissal of Mr. A does not amount to discrimination because the decision was based solely on personal animosity. Even if we were to accept that assertion, the animosity did not result from any action or behaviour of Mr. A, but rather solely because of his marital and familial affiliations. Thus the appellants' automatic attribution of the wife and daughter's behaviour to Mr. A reflects stereotypical assumptions about Mr. A that have nothing to do with his individual merit or capabilities. This is precisely the kind of conduct which the Code aims to prevent.

61 We note that, in unfortunate situations such as the one at bar, a complainant's personal life and employment may become incompatible to the point that a dismissal would be justifiably based on the complainant's merits or capabilities. However, we agree with the finding of the Board that since the respondent had said nothing about the allegations and had "compartmentalized" his personal and employment situations, the decision to terminate was based on an unfounded and premature presumption of incompatibility.

62 Based on the factual findings of the Board of Inquiry in this case, we find that Mr. A was discriminated against on the basis of his marital and/or family status and, accordingly, dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Ross & McBride, Hamilton.

d'abus sexuel formulée par sa fille à l'endroit de son employeur, B.

En outre, la commission d'enquête a souligné que B avait admis ne pas avoir eu de raison valable de congédier A. Il ressort donc des faits que ce dernier a été remercié à cause des actes de sa femme et de sa fille. Ce sont ces actes qui furent la cause efficiente du congédiement.

En outre, les appelants font valoir que le congédiement de A ne constitue pas un acte discriminatoire, étant donné que cette décision est uniquement le fruit d'une animosité personnelle. Même si nous retenions cette prétention, l'animosité ne résulte pas de quelque acte ou comportement de A, mais uniquement de ses liens matrimoniaux et familiaux. En conséquence, le fait pour les appelants d'imputer automatiquement à A des actes de son épouse et de sa fille témoigne de l'application à son endroit de prémisses stéréotypées, qui n'ont rien à voir avec sa valeur ou sa compétence. Il s'agit précisément du genre de conduite que le Code vise à prévenir.

Nous tenons à souligner que, dans une autre situation malencontreuse analogue à celle des parties en l'espèce, il pourrait arriver que la vie personnelle et la vie professionnelle du plaignant deviennent à ce point incompatibles qu'il serait justifié de le congédier eu égard à sa valeur ou à sa compétence. Cependant, comme l'intimé était resté muet au sujet des allégations et avait « compartimenté » sa vie personnelle et sa vie professionnelle, nous partageons l'avis de la commission d'enquête selon lequel la décision de le remercier s'appuyait sur une présomption à la fois non fondée et prématurée d'incompatibilité entre sa vie professionnelle et sa vie personnelle.

À la lumière des conclusions de fait de la commission d'enquête, nous concluons que A a fait l'objet de discrimination fondée sur son état matrimonial, son état familial ou sur les deux et, en conséquence, nous rejetons le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Ross & McBride, Hamilton.

Solicitor for the respondent the Ontario Human Rights Commission: The Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Procureur de l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne : La Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2002 Vol. 3

3^e cahier, 2002 Vol. 3

Cited as [2002] 3 S.C.R. 433-659

Renvoi [2002] 3 R.C.S. 433-659

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Neil.....631

Criminal law — Remedies — Stay of proceedings — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Whether stay of jury's guilty verdict warranted.

Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Proper limits of a lawyer's "duty of loyalty" to a current client in a case where the lawyer did not receive any confidential information relevant to the matter in which he proposes to act against the current client's interest.

R. v. Noël.....433

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Whether accused's cross-examination contrary to s. 13 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Evidence — Cross-examination — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Accused having invoked s. 5(2) of Canada Evidence Act at his brother's trial — Whether Crown should have been prevented from introducing prior testimony at accused's own trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2).

R. v. Wilson.....629

Criminal law — Charge to jury — Intoxication — Presumption of intent.

Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer).....519

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Neil.....631

Droit criminel — Recours — Arrêt des procédures — Accusé demandant l'arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d'intérêts — L'arrêt des procédures relativement au verdict de culpabilité rendu par le jury est-il justifié?

Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Accusé demandant l'arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d'intérêts — Limites du « devoir de loyauté » envers un client actuel lorsque l'avocat n'a reçu aucun renseignement confidentiel pertinent quant à l'affaire dans laquelle il entend agir à l'encontre des intérêts de son client actuel.

R. c. Noël.....433

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Le contre-interrogatoire de l'accusé était-il contraire à l'art. 13 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Preuve — Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Accusé ayant invoqué l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada lors du procès de son frère — Le ministère public aurait-il dû être empêché de produire le témoignage antérieur de l'accusé à son propre procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2).

R. c. Wilson.....629

Droit criminel — Exposé au jury — Intoxication — Présomption d'intention.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections).....519

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Elections — Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

SOMMAIRE (Fin)

porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Élections — Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Camille Noël *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NOËL

Neutral citation: 2002 SCC 67.

File No.: 28734.

2002: May 14; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Whether accused's cross-examination contrary to s. 13 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Evidence — Cross-examination — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Accused having invoked s. 5(2) of Canada Evidence Act at his brother's trial — Whether Crown should have been prevented from introducing prior testimony at accused's own trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2).

The accused was charged with first degree murder after the body of a nine-year-old boy was found in a tunnel. The boy had died of strangulation. The case against the accused consisted essentially of numerous incriminating statements that he made to the police in the days following the homicide. The accused's defence was that his brother had killed the victim while he merely assisted in disposing of the body. The accused testified at trial and denied any participation in the killing. He repudiated all his previous incriminating statements. The accused's brother had also been charged with that murder. He was tried separately and acquitted. The

Camille Noël *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. NOËL

Référence neutre : 2002 CSC 67.

N^o du greffe : 28734.

2002 : 14 mai; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Le contre-interrogatoire de l'accusé était-il contraire à l'art. 13 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Preuve — Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Accusé ayant invoqué l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada lors du procès de son frère — Le ministère public aurait-il dû être empêché de produire le témoignage antérieur de l'accusé à son propre procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2).

Une accusation de meurtre au premier degré a été portée contre l'accusé après la découverte du corps d'un jeune garçon de neuf ans dans un tunnel. L'enfant était mort étranglé. La preuve contre l'accusé se composait essentiellement de nombreuses déclarations incriminantes qu'il avait faites à la police dans les jours suivant l'homicide. Pour sa défense, l'accusé affirmait que c'était son frère qui avait tué la victime et qu'il l'avait simplement aidé à se débarrasser du corps. L'accusé a témoigné à son procès et a nié toute participation au meurtre. Il a désavoué toutes ses déclarations incriminantes antérieures. Le frère de l'accusé avait également été accusé du meurtre.

accused testified for the Crown both at the preliminary inquiry and at his brother's trial. Although the accused was called as a Crown witness, the Crown was eventually permitted to cross-examine him at his brother's trial. The cross-examination was lengthy and fruitful. The accused admitted that his statements to the police were true, and he admitted having been his brother's accomplice in the murder of the boy. In addition to the constitutional protection granted to him by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, when the accused testified at his brother's trial he had asked for, and been granted, the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. When the accused eventually testified in his own trial, the Crown was permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he made during his brother's trial. The accused was found guilty by the jury. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Under s. 13 of the *Charter*, when an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony, even if it is tendered for the apparent limited purpose of testing credibility, unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case, including the efficacy of an adequate instruction to the jury. When the prior evidence was highly incriminating, no limiting instruction to the jury could overcome the danger of incrimination and the cross-examination should not be permitted.

During his trial the accused was cross-examined at length on the testimony he gave previously during the preliminary inquiry and trial of his brother. Typically, Crown counsel would read excerpts from the transcript of the accused's prior testimony and, consistently, the accused would repudiate his prior in-court statements, stating that he was in fact lying during his brother's trial, claiming that his brother had threatened him and forced him to lie. Had the sole intent of the Crown been to discredit the accused, it would have been sufficient simply to highlight these contradictions and repudiations. However, the Crown went further and, at various points in the cross-examination, attempted to get the accused to adopt the incriminating portions of his prior testimony. The cross-examination was thus illegally aimed at

Il a été jugé séparément et acquitté. L'accusé a témoigné pour la poursuite à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. Même si l'accusé avait été assigné à titre de témoin à charge, le ministère public a par la suite été autorisé à le contre-interroger au cours du procès de son frère. Ce contre-interrogatoire fut long et utile. L'accusé a alors reconnu la véracité de ses déclarations antérieures à la police et admis sa complicité dans le meurtre du jeune garçon. Outre la protection constitutionnelle que lui accordait l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'accusé a demandé et obtenu, lorsqu'il a témoigné au procès de son frère, la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Lorsque, par la suite, l'accusé a témoigné à son propre procès, le ministère public a été autorisé à le contre-interroger en détail sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites lors du procès de son frère. Le jury a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : En vertu de l'art. 13 de la *Charte*, l'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, même si ce témoignage n'est produit en apparence que dans le but limité de jauger la crédibilité, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury. Lorsque le témoignage antérieur était très incriminant, aucune directive restrictive donnée au jury ne saurait écarter le risque d'incrimination et le contre-interrogatoire ne devrait pas être autorisé.

Au cours de son procès, l'accusé a été contre-interrogé en détail sur le témoignage qu'il avait rendu antérieurement à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. En général, le substitut du procureur général lisait des extraits de la transcription du témoignage antérieur de l'accusé et, chaque fois, l'accusé désavouait ses déclarations judiciaires antérieures, en affirmant avoir menti lors du procès de son frère et en clamant que son frère l'avait menacé et forcé à mentir. Si son seul but avait été de discréditer l'accusé, le ministère public aurait pu se contenter de faire ressortir ces contradictions et ces désaveux. Or, le ministère public est allé plus loin et a tenté, à divers moments du contre-interrogatoire, d'amener l'accusé à réitérer les parties incriminantes de son témoignage antérieur. Le contre-

incriminating the accused and not only at testing his credibility. The risk of misuse of the incriminating evidence given by the accused at his brother's trial was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions.

Since the accused invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* at his brother's trial, the Crown should have been prevented from introducing that prior testimony at the accused's own trial. Moreover, the constitutional protection offered by s. 13 of the *Charter* is co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in a case like the present. When the accused is cross-examined by reference to incriminating evidence that he gave in a judicial proceeding — whether the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act* was claimed or not — the accused is protected by s. 13 of the *Charter*. When the evidence given in a judicial proceeding by a witness who subsequently becomes an accused was incriminating at the time it was given, such that the witness could have been granted the statutory protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but did not know to ask, the focus should shift to the use that the Crown proposes to make of that evidence at the subsequent trial of the accused. Clearly, the Crown is precluded from introducing it as part of its case in chief. Whether the Crown can confront the accused with his prior incriminating testimony in cross-examination, purportedly to test his credibility, will depend on whether there is a real danger, despite any warning given to the jury, that the protected evidence may be used to incriminate the accused. The *Kuldip* exception is limited to cases where the reference to the prior evidence is exclusively for impeachment purposes and carries no other risk of incrimination. Cross-examination is thus permitted only when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence.

No reference should have been made, during the cross-examination of the accused, to his awareness of the statutory and constitutional protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* respectively. In the rare circumstances where it will be permissible to cross-examine an accused on the basis of his prior testimony, the cross-examination will only be directed at his credibility. Knowledge of the legal protection does not yield an inference in relation to truthfulness one way or the other.

interrogatoire visait donc illégalement à incriminer l'accusé et pas seulement à jauger sa crédibilité. Il existait un immense risque d'utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par l'accusé au procès de son frère et ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit.

Puisque l'accusé avait invoqué l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* lors du procès de son frère, on aurait dû empêcher le ministère public de déposer ce témoignage antérieur au procès de l'accusé. De plus, dans un cas comme celui-ci, la protection constitutionnelle offerte par l'art. 13 de la *Charte* a la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'accusé bénéficie de la protection de l'art. 13 de la *Charte* lorsqu'il est contre-interrogé relativement à un témoignage incriminant qu'il a déjà rendu dans une procédure judiciaire — peu importe qu'il ait réclamé ou non la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Lorsque le témoignage offert dans une procédure judiciaire par un témoin devenu par la suite accusé était incriminant au moment où il a été rendu, de sorte que le témoin aurait pu bénéficier de la protection légale de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'il avait su qu'il pouvait la revendiquer, il faut centrer notre attention sur la façon dont le ministère public entend utiliser ce témoignage au procès subséquent de l'accusé. De toute évidence, le ministère public ne peut se servir de ce témoignage pour établir sa preuve principale. La question de savoir si le ministère public peut opposer à l'accusé, en contre-interrogatoire, son témoignage antérieur incriminant, censément pour attaquer sa crédibilité, dépendra de l'existence du danger réel que le témoignage protégé puisse servir à incriminer l'accusé, malgré toute mise en garde faite au jury. L'application de l'arrêt *Kuldip* se limite aux cas où la mention du témoignage antérieur vise exclusivement à attaquer la crédibilité et ne comporte aucun autre risque d'incrimination. On permettrait donc le contre-interrogatoire lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense.

Lors du contre-interrogatoire de l'accusé, aucune allusion n'aurait dû être faite à sa connaissance de la protection légale et constitutionnelle que lui offrent, respectivement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte*. Dans les rares circonstances où il sera permis de contre-interroger un accusé relativement à son témoignage antérieur, le contre-interrogatoire ne visera que sa crédibilité. La connaissance de la protection légale ne permet pas de tirer une inférence quant à la véracité ou à la fausseté d'un témoignage.

Since the case must go back for a new trial on the s. 13 issue, it is unnecessary to decide whether the trial judge's instructions on reasonable doubt were sufficiently flawed to have required a new trial on that ground alone. As for the trial judge's treatment of the expert evidence, the instructions were not deficient to the point of constituting a misdirection.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Preventing the jury from hearing evidence going to the heart of the accused's credibility on the grounds that the jury are incapable of properly using it for this just purpose would add a barrier to the truth-seeking process which is both unjustified and unjust. Ensuring that an accused receives a fair trial, deterring police misconduct and preserving the integrity of the administration of justice are all laudable goals to which this Court must strive in its rules of evidence, at times to the detriment of full access to the truth. Where these goals are met, however, the search for the truth must be the preponderant consideration. No evidence was before the Court in this case to suggest that juries are, as a whole, unable to use prior testimony in an appropriate manner. Absent such evidence, there does not appear to be a pressing need to make a fundamental change in the law of evidence so as to exclude in all cases a whole series of prior inconsistent statements made while testifying. Eliminating a significant amount of evidence that strikes at the heart of any witness's credibility is also not a proper expression of the law. In this case admitting prior testimony will generally serve both to incriminate the accused and to undermine his credibility. The former use is prejudicial, while the latter is proper. The jury should be given a chance to make use of this type of evidence, subject to appropriate instructions indicating that they are not to use prior testimony to incriminate the accused. *Kuldip* strikes an appropriate balance between the rights of the accused not to have their previous evidence used to incriminate them, and the need for the jury to be exposed to as much of the truth as can be permitted in a just society. This is the balance that s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* seek to strike, and this is the balance that this Court ought to uphold. Allowing a witness to lie on the stand without fear of being contradicted is not something this Court ought to permit.

The use immunity that arises when a witness testifies is the same whether the witness has claimed the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* or not. This use immunity prevents the prosecution from using the witness's testimony in any subsequent proceedings

Puisqu'un nouveau procès serait tenu en conséquence de la question fondée sur l'art. 13, il n'était pas nécessaire de décider si les directives du juge du procès sur le doute raisonnable étaient suffisamment viciées pour exiger la tenue d'un nouveau procès pour ce seul motif. En ce qui concerne la façon dont le juge du procès a traité la preuve d'expert, ses directives ne comportaient pas de lacunes suffisantes pour être considérées comme des directives erronées.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : Empêcher le jury d'entendre une preuve qui va au cœur de la crédibilité de l'accusé au motif que le jury est incapable de s'en servir judicieusement à cette fin légitime constituerait un obstacle de plus, à la fois injustifié et injuste, à la découverte de la vérité. Dans l'application de ses règles de preuve, notre Cour doit, parfois au détriment d'un accès intégral à la vérité, tendre vers les objectifs louables qui consistent à assurer le caractère équitable du procès de l'accusé, à empêcher l'inconduite policière et à maintenir l'intégrité de l'administration de la justice. Cependant, lorsque ces objectifs sont atteints, la recherche de la vérité doit l'emporter sur les autres considérations. En l'espèce, la Cour ne disposait d'aucun élément de preuve tendant à démontrer que les jurés ne sont généralement pas en mesure de se servir judicieusement des témoignages antérieurs. En l'absence d'une telle preuve, il n'apparaît pas y avoir un besoin urgent de modifier en profondeur le droit de la preuve de manière à exclure systématiquement toute une série de déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'un témoignage. L'élimination d'une portion considérable d'éléments de preuve qui vont au cœur de la crédibilité d'un témoin ne reflète pas l'état du droit. En l'espèce, l'admission en preuve du témoignage antérieur servira normalement à incriminer l'accusé et à miner sa crédibilité. La première fin comporte un caractère préjudiciable, alors que la dernière est légitime. On devrait laisser au jury l'occasion d'utiliser ce type de preuve, sous réserve de directives appropriées lui enjoignant de ne pas se servir du témoignage antérieur de l'accusé pour l'incriminer. L'arrêt *Kuldip* établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé de ne pas voir son témoignage antérieur utilisé pour l'incriminer et le besoin pour le jury de connaître la vérité dans toute la mesure où il le peut dans le cadre d'une société juste. C'est l'équilibre que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* cherchent à atteindre, et c'est l'équilibre que la Cour se doit de maintenir. La Cour ne devrait pas permettre qu'un témoin mente à la barre sans craindre d'être contredit.

L'immunité contre l'utilisation d'un témoignage, dont bénéficie la personne qui témoigne, est similaire, que cette dernière ait ou non revendiqué la protection fondée sur l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cette immunité empêche la poursuite de se servir de la

for the purpose of incriminating the witness (who is now the accused in his or her own proceeding). Given the fact that a great deal of evidence that is tendered to impugn a witness's credibility also has the effect of incriminating him or her, it will be necessary in most cases for the trial judge to instruct the jury with respect to the appropriate use to which they can put the evidence. Occasionally, instructions to the jury will have to be given during the trial so as to pre-emptively prepare the jury for the evidence they will hear. The danger of the evidence being used to incriminate the accused depends a great deal on the nature of the evidence as well as the circumstances of the case. The greater the danger of incrimination, the more explicit the instructions to the jury will need to be to prevent the evidence from being used to impermissibly incriminate the accused.

The Crown's cross-examination of the accused dealt mostly with the accused's prior testimony at his brother's trial and preliminary hearing. There is nothing that is offensive in this line of questioning. The trial judge's instructions to the jury appropriately delineated the two purposes for which the evidence could be used, and the one purpose for which the jury were entitled to use it. While the trial judge's instructions pertaining to the appropriate standard of proof are not entirely consistent with this Court's requirements, there has been substantial compliance with the requirements set out. There is no reasonable apprehension that the jury misunderstood the correct standard of proof that they were required to apply. The appeal should also be dismissed on the issue of expert evidence. While Crown counsel's questions respecting the accused's understanding of the law were not appropriate, the presence of such questions did not have any real effect on the outcome of the accused's trial, and the curative proviso should be applied.

Cases Cited

By Arbour J.

Distinguished: *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **referred to:** *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358; *R. v. Côté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Marcoux*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *R. v. Mottola*, [1959] O.R. 520; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *Den Norske Bank A.S.A. v. Antonatos*, [1999] Q.B. 271; *Carter v. United States*, 684 A.2d 331 (1996); *Hoffman v.*

déposition du témoin (qui est maintenant l'accusé) pour l'incriminer dans toute procédure subséquente. Compte tenu du fait qu'une grande partie du témoignage présenté pour attaquer la crédibilité d'un témoin a également l'effet de l'incriminer, il sera nécessaire dans la plupart des cas que le juge du procès donne au jury des directives sur la fin légitime à laquelle celui-ci peut utiliser le témoignage. Le juge devra occasionnellement donner des directives au jury au cours du procès, question de le préparer d'avance aux témoignages qu'il s'apprête à entendre. Le danger de voir le témoignage de l'accusé utilisé pour l'incriminer dépend largement de la nature du témoignage ainsi que des circonstances de l'affaire. Plus le danger d'incrimination est grand, plus les directives au jury devront être explicites afin d'empêcher que le témoignage de l'accusé soit utilisé, de manière inacceptable, pour l'incriminer.

Le contre-interrogatoire que le ministère public a mené portait largement sur le témoignage antérieur que l'accusé avait rendu au procès et à l'enquête préliminaire de son frère. Ce type de questions n'a rien d'inapproprié. Les directives du juge du procès au jury délimitent convenablement les deux fins auxquelles le témoignage peut servir, ainsi que la seule fin à laquelle le jury est habilité à en faire usage. Bien que ses directives sur la norme de preuve appropriée n'aient pas été entièrement conformes aux exigences de la Cour, elles étaient conformes pour l'essentiel aux exigences prescrites. Il n'existe aucune crainte raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve appropriée qu'il se devait d'appliquer. Il y a également lieu de rejeter l'appel sur la question de la preuve d'expert. Bien que les questions que le substitut du procureur général a posées à l'accusé sur sa compréhension du droit aient été inappropriées, elles n'ont pas véritablement influencé l'issue du procès de l'accusé et la disposition réparatrice doit être appliquée.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Malloy c. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358; *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97; *Klein c. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *R. c. Mottola*, [1959] O.R. 520; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *Den Norske Bank A.S.A. c. Antonatos*, [1999] Q.B. 271; *Carter c. United States*, 684

United States, 341 U.S. 479 (1951); *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Monette*, [1956] S.C.R. 400; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950; *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Kuldip, [1990] 3 S.C.R. 618, rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; *R. v. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678; *R. v. Hammond* (1898), 29 O.R. 211; *R. v. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Miller v. White* (1889), 16 S.C.R. 445; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773; *R. v. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *R. v. Guariglia*, [2000] VSC 13; *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1898, c. 53, s. 1.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5 [am. 1997, c. 18, s. 116].
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 13, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.11 [ad. 1991, c. 43, s. 4; 1995, c. 22, s. 10 (Sch. I, item 24)], 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1908 (New Zealand), No. 56, s. 4.
Evidence Act 1958 (Victoria), No. 6246, s. 29.
Evidence Act 1977 (Queensland), 26 Eliz. II No. 47, s. 10 [am. Qld. E.D. s. 7].
Evidence Act 2001 (Tasmania), No. 76 of 2001, s. 128.

A.2d 331 (1996); *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *R. v. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29; *R. v. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. v. Monette*, [1956] R.C.S. 400; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950; *R. v. Jabarianha*, [2001] R.C.S. 430, 2001 CSC 75; *R. v. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. v. Kuldip, [1990] 3 R.C.S. 618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; *R. v. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678; *R. v. Hammond* (1898), 29 O.R. 211; *R. v. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. v. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *R. v. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. v. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Miller v. White* (1889), 16 R.C.S. 445; *R. v. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. v. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. v. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. v. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. v. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773; *R. v. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *R. v. Guariglia*, [2000] VSC 13; *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. v. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. v. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75.

Lois et règlements cités

Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31, art. 5.
Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1898, ch. 53, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 13, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.11 [aj. 1991, ch. 43, art. 4; 1995, ch. 22, art. 10 (ann. I, art. 24)], 686(1)(b)(iii).
Constitution des États-Unis d'Amérique, Cinquième Amendement.
Evidence Act 1908 (Nouvelle-Zélande), No. 56, art. 4.
Evidence Act 1958 (Victoria), No. 6246, art. 29.
Evidence Act 1977 (Queensland), 26 Eliz. II No. 47, art. 10 [mod. Qld. E.D. art. 7].
Evidence Act 2001 (Tasmanie), No. 76 of 2001, art. 128.

United States Constitution, Fifth Amendment.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. XXXVI, 3rd Sess., 7th Parl., March 3, 1893, pp. 1695 and 1697.
- Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: The Commission, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
- Cross on Evidence*, 6th N.Z. ed. by Donald L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1997.
- Delisle, Ronald Joseph, and Don Stuart. *Evidence Principles and Problems*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2001.
- Heydon, John Dyson. *Cross on Evidence*, 6th Australian ed. Sydney: Butterworths, 2000.
- Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 2000.
- Maczko, Frank. "Charter of Rights: Section 13" (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213.
- McCormick on Evidence*, vol. 1, 5th ed. by John W. Strong. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Paciocco, David M. "Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 433.
- Peck, Richard C. C. "The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 456.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 1464, 156 C.C.C. (3d) 17, [2001] Q.J. No. 2831 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1995] Q.J. No. 1147 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Josée Ferrari, for the appellant.

Henri-Pierre Labrie and *Michel Breton*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBUR J. — We are asked in this appeal to revisit our jurisprudence on the scope of the constitutional protection offered to a witness who subsequently becomes an accused, under s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5 [mod. 1997, ch. 18, art. 116].

Doctrine citée

- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. 16^e Rapport. *Le jury*. Ottawa : La Commission, 1982.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXVI, 3^e sess., 7^e lég., 3 mars 1893, p. 1513 et 1515.
- Cross on Evidence*, 6th N.Z. ed. by Donald L. Mathieson. Wellington, N.Z. : Butterworths, 1997.
- Delisle, Ronald Joseph, and Don Stuart. *Evidence Principles and Problems*, 6th ed. Toronto : Carswell, 2001.
- Heydon, John Dyson. *Cross on Evidence*, 6th Australian ed. Sydney : Butterworths, 2000.
- Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London : Butterworths, 2000.
- Maczko, Frank. « Charter of Rights : Section 13 » (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213.
- McCormick on Evidence*, vol. 1, 5th ed. by John W. Strong. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.
- Paciocco, David M. « Evidence About Guilt : Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001), 80 *R. du B. can.* 433.
- Peck, Richard C. C. « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth » (2001), 80 *R. du B. can.* 456.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464, 156 C.C.C. (3d) 17, [2001] J.Q. n° 2831 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure, [1995] A.Q. n° 1147 (QL). Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Josée Ferrari, pour l'appelant.

Henri-Pierre Labrie et *Michel Breton*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE ARBUR — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit réexaminer sa jurisprudence sur l'étendue de la protection constitutionnelle que l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* offre à un témoin qui devient

particular this case calls for a determination of the state of the law after *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, and *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

subséquentement un accusé. Nous devons tout particulièrement déterminer quel est l'état du droit depuis le prononcé des arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, et *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

2 The appellant was found guilty by a jury of first degree murder. In the evening of December 16, 1994, the body of a nine-year-old boy was found in a tunnel abutting on Stanley Street, in Magog. He had died of strangulation. A few hours earlier, the boy's mother had searched for her son before alerting the police; the young boy never returned home after a youth science club meeting. After a few days of investigation, the police arrested the appellant on December 20, 1994. The essence of the case against the appellant consisted of numerous incriminating statements that he made to the police in the days following the homicide. The appellant's defence was that his brother had killed the victim while he merely assisted in disposing of the body. The appellant testified at trial and denied any participation in the killing. He repudiated all his previous incriminating statements.

Un jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré. Dans la soirée du 16 décembre 1994, le corps d'un jeune garçon de neuf ans a été découvert dans un tunnel donnant sur la rue Stanley, à Magog. L'enfant était mort étranglé. Quelques heures plus tôt, la mère avait cherché son fils avant d'alerter la police, le jeune garçon n'étant jamais retourné à la maison après une réunion d'un club de sciences pour les jeunes. La police a arrêté l'appelant le 20 décembre 1994, après quelques jours d'enquête. La preuve contre l'appelant se composait essentiellement de nombreuses déclarations incriminantes qu'il avait faites à la police dans les jours suivant l'homicide. Pour sa défense, il affirmait que c'était son frère qui avait tué la victime et qu'il l'avait simplement aidé à se débarrasser du corps. L'appelant a témoigné à son procès et a nié toute participation au meurtre. Il a désavoué toutes ses déclarations incriminantes antérieures.

3 The appellant's brother Serge Noël had also been charged with that murder. He was tried separately and he was acquitted in June 1995. The appellant testified for the Crown both at the preliminary inquiry and at the trial of his brother. Although the appellant was called as a Crown witness, the Crown was eventually permitted to cross-examine him at his brother's trial. The cross-examination was lengthy and fruitful. The appellant admitted that his statements to the police were true, and he admitted having been his brother's accomplice in the murder of the little boy. In addition to the constitutional protection granted to him by s. 13 of the *Charter*, when the appellant testified at his brother's trial, he had asked for the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. That statutory protection was granted to him as was confirmed during the hearing by the appellant's counsel.

Le frère de l'appelant, Serge Noël, a également été accusé de meurtre. Il a été jugé séparément et acquitté en juin 1995. L'appelant a témoigné pour la poursuite à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. Même si l'appelant avait été assigné à titre de témoin à charge, le ministère public a par la suite été autorisé à le contre-interroger au cours du procès de son frère. Ce contre-interrogatoire fut long et utile. L'appelant a alors reconnu la véracité de ses déclarations antérieures à la police et admis sa complicité dans le meurtre du jeune garçon. Outre la protection constitutionnelle que lui accordait l'art. 13 de la *Charte*, l'appelant a demandé, lorsqu'il a témoigné au procès de son frère, la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Cette protection légale lui a été accordée, comme l'a confirmé l'avocat de l'appelant au cours de l'audition.

4 As I will elaborate below, I have come to the conclusion that s. 13 of the *Charter* must be

Pour les motifs que je vais exposer plus loin, j'arrive à la conclusion que l'art. 13 de la *Charte*

interpreted as follows: When an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case including the efficacy of an adequate instruction to the jury. When, as here, the prior evidence was highly incriminating, no limiting instruction to the jury could overcome the danger of incrimination and the cross-examination should not be permitted.

When the appellant eventually testified in his own trial, the Crown was permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he made during his brother's trial. That cross-examination was permitted on the authority of *Kuldip, supra*, which distinguishes between cross-examination aiming to incriminate, which is prohibited, and cross-examination aiming at challenging credibility, which is not. Here, the trial judge and the majority in the Court of Appeal held that the cross-examination was merely used to challenge the credibility of the appellant, who was now denying any participation in the murder, and not for the prohibited purpose of incriminating him. In my view, the majority of the Court of Appeal was in error in coming to that conclusion.

Fish J.A. dissented on that and on two other grounds. This appeal therefore comes to us as of right. I will return briefly to the two other grounds of appeal which arise from Fish J.A.'s dissent. In my view, the ground of appeal based on s. 13 of the *Charter* is dispositive in favour of the appellant, whose conviction must be set aside.

I. The Trial

The appellant was tried by judge and jury. At the outset of his trial on October 17, 1995, a *voir dire* was held to determine the admissibility of certain incriminating statements made by the appellant to

doit recevoir l'interprétation suivante : l'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury. Dans un cas où, comme en l'espèce, le témoignage antérieur était très incriminant, aucune directive restrictive donnée au jury ne saurait écarter le risque d'incrimination et le contre-interrogatoire ne devrait pas être autorisé.

Lorsque, par la suite, l'appelant a témoigné à son propre procès, le ministère public a été autorisé à le contre-interroger en détail sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites lors du procès de son frère. Le tribunal a autorisé ce contre-interrogatoire en s'appuyant sur l'arrêt *Kuldip*, précité, qui a établi une distinction entre le fait de contre-interroger un accusé dans le but de l'incriminer, ce qui est interdit, et le fait de le contre-interroger dans le but d'attaquer sa crédibilité, ce qui est permis. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel, à la majorité, ont conclu que le contre-interrogatoire visait simplement à attaquer la crédibilité de l'appelant, qui niait alors toute participation au meurtre, et n'avait pas été mené dans le but, interdit, de l'incriminer. À mon avis, cette conclusion majoritaire de la Cour d'appel est erronée.

Le juge Fish était dissident sur ce point et sur deux autres. Le pourvoi a donc été formé de plein droit. Je reviendrai succinctement sur les deux autres moyens d'appel tirés de la dissidence du juge Fish. À mon avis, l'argument fondé sur l'art. 13 de la *Charte* est déterminant et permet de trancher le pourvoi en faveur de l'appelant, dont la déclaration de culpabilité doit être annulée.

I. Le procès

Le procès de l'appelant s'est déroulé devant un juge et un jury. Au début de son procès, le 17 octobre 1995, on a tenu un *voir-dire* sur l'admissibilité de certaines déclarations incriminantes que

5

6

7

the police, both prior to and after his arrest. The statements can be summarized as follows:

- On December 17, 1994, the appellant told a police officer that he spent the evening of December 16 with his brother, Serge Noël, at the latter's home.
- On December 18, 1994, the appellant told another police officer that on December 16 he watched movies at his brother's house from 6 p.m. onwards.
- On December 20, 1994, the appellant made the following statement at the police station: [TRANSLATION] "It's true, I did it, but I'm not alone in it."
- On December 20, 1994, the appellant signed an 18-page written statement at the police station, describing how he and his brother killed the victim.
- On December 21, 1994, at the police station, the appellant changed his previous version of events and specified that the crime was committed in his basement.
- On December 26, 1994, the appellant had a telephone conversation with a police officer. This conversation led to the discovery of a plastic bag containing some personal effects of the victim.
- On July 4, 1995, the appellant told a police officer that he held the victim's legs while his brother killed him.

The trial judge ruled that all of these statements were admissible into evidence. This ruling is not in issue before us.

8

Early in the trial, the trial judge ordered the assessment of the appellant's mental condition, pursuant to s. 672.11 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The defence had three expert witnesses testify as to the intellectual incapacity of the appellant, stating that he exhibited an I.Q. of 61 and that he could neither read nor write. The Crown's only expert witness, on the other hand, described

l'appelant avait faites à la police avant et après son arrestation. Voici un résumé de ces déclarations :

- Le 17 décembre 1994, l'appelant a dit à un agent de police qu'il avait passé la soirée du 16 décembre avec son frère, Serge Noël, à la maison de ce dernier.
- Le 18 décembre 1994, l'appelant a dit à un autre agent de police que, le 16 décembre, il avait regardé des films chez son frère à partir de 18 heures.
- Le 20 décembre 1994, l'appelant a fait la déclaration suivante au poste de police : « C'est vrai, je l'ai fait, mais je ne suis pas seul là-dedans. »
- Le 20 décembre 1994, l'appelant a signé une déclaration de 18 pages au poste de police, dans laquelle il décrivait comment son frère et lui avaient tué la victime.
- Le 21 décembre 1994, au poste de police, l'appelant a modifié sa version antérieure des faits et a précisé que le crime avait été commis dans son sous-sol.
- Le 26 décembre 1994, l'appelant a eu une conversation téléphonique avec un agent de police. Cette conversation a mené à la découverte d'un sac de plastique contenant des effets personnels de la victime.
- Le 4 juillet 1995, l'appelant a dit à un policier qu'il avait tenu les jambes de la victime pendant que son frère l'assassinait.

Le juge du procès a statué que toutes ces déclarations étaient admissibles en preuve. Cette décision n'est pas contestée en l'espèce.

Peu après le début du procès, le juge a ordonné l'évaluation de l'état mental de l'appelant en vertu de l'art. 672.11 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La défense a fait déposer trois témoins experts relativement à l'incapacité intellectuelle de l'appelant, qui ont affirmé que celui-ci avait un quotient intellectuel de 61 et qu'il ne savait ni lire ni écrire. Par contre, le seul témoin expert du ministère public

the appellant as “borderline” with an I.Q. of 75. On November 1, 1995, the appellant was found fit to stand trial and the proceedings continued.

The case for the Crown consisted essentially of the appellant’s statements to police and of the testimony of eyewitnesses to the effect that they saw the appellant and his brother loitering in the streets of Magog on the evening of December 16, 1994. The defence relied chiefly on the appellant’s testimony denying his involvement in the murder. The appellant claimed that it was his brother who committed the murder and that he merely helped him carry the body to the Stanley Street tunnel. The defence also argued that the incriminating statements made by the appellant were unreliable in light of his limited intellectual capacity and, in particular, his limited grasp of reasonably simple questions.

During his trial the appellant was cross-examined at length on the testimony he gave previously during the preliminary inquiry and trial of his brother Serge Noël. The transcript of the appellant’s cross-examination is 299 pages long. I note that, for approximately 250 of those 299 pages, the cross-examination of the appellant was centred around his prior testimony, much of which was incriminating. For the first 50 pages or so, the line of questioning was directed alternately to the appellant’s incriminating statements to the police and to his prior testimony at Serge Noël’s preliminary inquiry and trial. The remainder of the appellant’s cross-examination focussed almost exclusively on his testimony at his brother’s trial. Typically, Crown counsel would read excerpts from the transcript of the appellant’s prior testimony and, consistently, the appellant would repudiate his prior in-court statements, stating that he was in fact lying during his brother’s trial, claiming that his brother had threatened him and forced him to lie. Had the sole intent of the Crown been to discredit the appellant, it would have been sufficient to simply highlight these contradictions and repudiations. However, the Crown went further and, at various points in the cross-examination, attempted

a dit que l’appelant avait une intelligence « limite » ou « *borderline* », avec un quotient de 75. Le 1^{er} novembre 1995, l’appelant a été jugé apte à subir son procès et l’instance a suivi son cours.

La preuve du ministère public était constituée principalement des déclarations que l’appelant avait faites à la police et de celles de témoins oculaires qui affirmaient avoir vu l’appelant et son frère flâner dans les rues de Magog le soir du 16 décembre 1994. La défense reposait principalement sur le témoignage de l’appelant, qui niait avoir participé au meurtre. L’appelant soutenait que c’était son frère qui avait commis le meurtre et qu’il l’avait simplement aidé à transporter le corps vers le tunnel de la rue Stanley. La défense alléguait également que les déclarations incriminantes faites par l’appelant n’étaient pas dignes de foi compte tenu de sa capacité intellectuelle limitée et, notamment, de sa compréhension limitée de questions relativement simples.

Au cours de son procès, l’appelant a été contre-interrogé en détail sur le témoignage qu’il avait rendu antérieurement à l’enquête préliminaire et au procès de son frère, Serge Noël. La transcription du contre-interrogatoire de l’appelant comporte 299 pages. Je constate que, dans 250 de ces 299 pages, le contre-interrogatoire de l’appelant est axé sur son témoignage antérieur, dont une bonne partie était incriminante. Dans les 50 premières pages, environ, les questions portaient alternativement sur les déclarations incriminantes que l’appelant avait faites à la police et sur son témoignage antérieur lors de l’enquête préliminaire et du procès de Serge Noël. Dans le reste du contre-interrogatoire, les questions portaient presque exclusivement sur le témoignage rendu par l’appelant au procès de son frère. En général, le substitut du procureur général lisait des extraits de la transcription du témoignage antérieur de l’appelant et, chaque fois, l’appelant désavouait ses déclarations judiciaires antérieures, en affirmant avoir menti lors du procès de son frère et en clamant que son frère l’avait menacé et forcé à mentir. Si son seul but était de discréditer l’appelant, le ministère public aurait pu se contenter de faire ressortir ces contradictions et ces désaveux. Or, le ministère public est allé plus loin et

to get the appellant to adopt the incriminating portions of his prior testimony. For example:

[TRANSLATION]

Q. I am going to ask you the same question again, Mr. Noël. In the last ten (10) minutes, I have been telling you what you told the jury, about your own and Serge's involvement. So that this is clear, you were waiting for him at the corner by the Gilbert convenience store, you followed him as far as the karate school, he was afraid of you, his mother had talked to him about you. He took off with Serge, you followed them on St-Luc going toward the tunnel. You stopped when you reached the tunnel and they kept going toward the skating rink. You stayed there for a short while and then went home. Serge came back to pick up the hockey stick in your basement and went back to the skating rink. He told you that he had struck Eric on the head twice (2) with the hockey stick. He brought him back to your place. That's where we had got to. You were asked here, that testimony, was it the truth? I am asking you this today, and you have your hand on the Bible.

A. That's what he told me.

Q. Okay. So, on that day, June 13, 1995, when the lawyer Mr. Côté asked you:

“Q. The testimony you have given, Mr. Noël, from when His Honour asked everyone to leave the room, is that the whole truth?”

That is referring to what I just read. You replied:

“A. Yes, it's the whole truth.

Q. It's the real, genuine truth?

A. I didn't put my hand on the Bible for nothing, eh! If I hadn't put it on the Bible, I wouldn't have told the truth.”

So, Mr. Noël, when was it the truth? On June 9 when you had taken an oath or today?

Again, at another point in the cross-examination:

[TRANSLATION]

Q. So I am asking you:

a tenté, à divers moments du contre-interrogatoire, d'amener l'appelant à réitérer les parties incriminantes de son témoignage antérieur. En voici un exemple :

Q. Je vais vous poser la même question, monsieur Noël. Dans les dix (10) dernières minutes je vous ai relaté ce que vous disiez devant le jury, votre participation à vous et celle de Serge. Pour que ce soit clair, vous l'attendiez au coin du dépanneur Gilbert, vous l'avez suivi jusqu'à l'école de karaté, y'avait peur de vous, sa mère y'avait parlé de vous. Y'est parti avec Serge, vous les avez suivis sur la St-Luc en direction du tunnel. Au tunnel vous avez arrêté là, y'ont continué vers la patinoire. Vous êtes resté là un petit peu et vous êtes allé chez vous. Serge est revenu chercher le bâton de hockey dans le sous-sol chez vous, y'est retourné à la patinoire. Il vous a dit qu'il avait donné deux (2) coups de hockey sur la tête à Éric. Il l'a ramené chez vous. On était rendu là. Ça, on vous a demandé ici ce témoignage là, là, est-ce que c'était ça la vérité? Je vous le demande aujourd'hui puis là, vous avez la main sur la Bible.

R. C'est qu'est-ce que lui il m'a dit.

Q. O.K. Alors, cette journée-là, le treize (13) juin quatre-vingt-quinze ('95), quand l'avocat Côté vous demande :

« Q. Votre témoignage que vous avez rendu, monsieur Noël, depuis que Monsieur le juge a demandé à tout le monde de sortir de la salle, c'est tu toute la vérité ça? »

Ça fait référence à ce que je viens de lire ça. Votre réponse :

« R. Oui, c'est toute la vérité.

Q. C'est la vraie, vraie vérité ça?

R. J'ai pas mis la main pour rien sur la Bible, hein! Si je l'aurais pas mise sur la Bible j'aurais pas dit la vérité. »

Alors, monsieur Noël, c'était quand la vérité? Le neuf (9) juin quand vous aviez prêté serment ou aujourd'hui?

De même, à un autre moment du contre-interrogatoire :

Q. Là, je vous pose la question :

“Q. So then, what’s going on?”

What I mean is, just before, I asked you:

“Q. Did he [Éric] tell Serge something: I don’t want to see him.

A. No.

Q. What did he do?

A. The little guy said that he wanted to leave and go see his mother.”

Do you recall having said that to the members of the jury?

A. It’s very possible.

Q. It’s very possible, eh! Okay.

There are many more such examples, many of which have been quoted in the dissenting reasons of Fish J.A. It is not necessary to reproduce them here. Reading the transcript as a whole, however, I can only conclude, as did Fish J.A., that the cross-examination was illegally aimed at incriminating the appellant and not only at testing his credibility.

Another particularly improper feature of this cross-examination is the fact that the jury was presented with the contents of a surreptitiously recorded jailhouse conversation between the appellant and two inmates named Carbone and Montminy. According to the appellant, Carbone encouraged him to describe how the crime was committed from the viewpoint of his brother Serge.

[TRANSLATION]

A. Mario Carbone, he told me, he said: “Put yourself in your brother’s shoes.” He said: “Tell me how it happened.”

. . .

Q. Okay. So then, what did you tell Mario Carbone?

A. Well, he asked me what had happened to the kid.

Q. And what did you tell him?

A. That’s what I told him, that my brother had killed him . . . that he had killed the kid.

« Q. Fait que là, qu’est-ce qui se passe? »

C’est-à-dire, juste un peu avant puis là, je vous demande :

« Q. [Éric] Y’a tu dit quelque chose à Serge : Je veux pas le voir, lui.

R. Non.

Q. Il fait quoi?

R. Le petit gars y’a dit qu’il voulait s’en aller puis il voulait aller voir sa mère. »

Vous vous souvenez avoir dit ça aux membres du jury?

R. C’est fort possible.

Q. C’est fort possible, hein! O.K.

Il existe de nombreux autres exemples, dont bon nombre ont été cités par le juge Fish dans ses motifs de dissidence. Il n’est pas utile de les reproduire ici. Toutefois, à la lecture de l’ensemble de la transcription, je n’ai d’autre choix que de conclure, à l’instar du juge Fish, que le contre-interrogatoire visait illégalement à incriminer l’appelant et pas seulement à jauger sa crédibilité.

Le contre-interrogatoire comporte un autre élément particulièrement irrégulier, soit le fait que l’on a porté à la connaissance du jury le contenu d’une conversation enregistrée clandestinement dans une prison entre l’appelant et deux détenus dénommés Carbone et Montminy. Selon l’appelant, Carbone l’a incité à lui décrire la perpétration du crime en se mettant dans la peau de son frère Serge.

R. Mario Carbone, il me dit à moi, il dit : « Mets-toi dans la peau de ton frère ». Il dit : « Explique-moi comment que ça s’est déroulé. »

. . .

Q. O.K. Ça fait que là, qu’est-ce que vous lui avez raconté à Mario Carbone?

R. Bien, il m’a demandé qu’est-ce qui s’avait passé avec le jeune.

Q. Puis là, qu’est-ce que vous lui avez raconté?

R. C’est ça que je lui ai dit, que mon frère il avait tué . . . il avait tué le jeune.

At this point, the cross-examination became extremely convoluted and difficult to follow. The Crown cross-examined the appellant by reading excerpts of the transcript of Serge Noël's trial during which the appellant was being questioned about that conversation with Carbone and Montminy. During his brother's trial, defence counsel had played the audio-tape of the jailhouse conversation and had questioned the appellant as to its contents. In other words, in this case, the jury was asked to follow and make sense of a cross-examination about a cross-examination about a tape-recorded conversation during which the appellant described the crime, not from his own perspective, according to him, but from his brother's.

À ce moment, le contre-interrogatoire devient extrêmement compliqué et difficile à suivre. Le ministère public a contre-interrogé l'appelant en lisant des extraits de la transcription du procès de Serge Noël, dans lesquels l'appelant répondait à des questions sur la conversation qu'il avait eue avec Carbone et Montminy. Au cours du procès du frère de l'appelant, l'avocat de la défense avait fait jouer la bande de la conversation enregistrée en prison et avait interrogé l'appelant sur le contenu de cet enregistrement. En d'autres termes, en l'espèce, on demandait au jury de suivre et d'arriver à comprendre le déroulement d'un contre-interrogatoire relatif à un contre-interrogatoire sur une conversation enregistrée au cours de laquelle l'appelant avait décrit le crime, non pas, selon lui, de son propre point de vue, mais de celui de son frère.

12

The Crown claims that the purpose of this was to discredit the appellant by showing the contradictions between his testimony at his brother's trial and at his own. The trial judge instructed the jury that it could not look to the jailhouse conversation for the truth of its contents but only for the purpose of assessing the appellant's credibility. However, in my view, the Crown clearly attempted to rely on the previous testimony on the jailhouse conversation to establish the guilt of the appellant. For example:

Le ministère public affirme qu'il voulait ainsi discréditer l'appelant en faisant ressortir les contradictions entre les témoignages qu'il avait offerts au procès de son frère et à son propre procès. Le juge du procès a expliqué au jury qu'il ne pouvait pas considérer la conversation enregistrée en prison comme une preuve de la véracité de son contenu, mais qu'il pouvait en tenir compte seulement pour apprécier la crédibilité de l'appelant. Je crois néanmoins qu'il est clair que le ministère public a tenté de se servir du témoignage antérieur sur la conversation survenue en prison pour établir la culpabilité de l'appelant, tel qu'en témoigne notamment l'extrait suivant :

[TRANSLATION]

Q. And then he asked you the question we hear on the tape: "Was there anyone who heard noise in the basement?" On the tape, we hear: "Yes, my brother." Then he asked you the question:

"Q. That's right?

A. That's right."

Q. Next question: "Your brother who?" Answer: "Serge"

. . .

So, Mr. Noël, it was your brother who was upstairs and who heard the noise in the basement?

A. It was me who was upstairs and he was in the basement. It was the exact opposite of what I said.

Q. Et là, il vous pose la question qu'on entend sur la cassette : « Il y a-tu quelqu'un qui a entendu du bruit dans la cave? » Sur la cassette, on entend : « Oui, mon frère. » Là, il vous pose la question :

« Q. C'est ça?

R. C'est ça. »

Q. Question suivante : « Ton frère qui? » Réponse : « Serge »

. . .

Alors, monsieur Noël, c'était votre frère qui, qui était en haut puis qui a entendu le bruit dans la cave?

R. C'est moi qui étais en haut puis lui, il était dans la cave. Tout à l'inverse de qu'est-ce que j'ai dit.

Q. Fine. It was the exact opposite. Except that Mario Carbone then asked you: “Did anyone hear noise in the basement?” On the tape, we hear: “Yes, my brother.” Your brother who? Answer: “Serge.”

Then Mr. Côté looked at you and asked you:

“Q. That’s right?”

A. That’s right.”

That is in fact what you said on June 9? [at Serge’s trial]

A. Yes. That’s because he asked me to put myself in my brother’s shoes.

Q. Fine. He told you to put yourself in your brother’s shoes?

A. Yes.

Q. But he asked you: “Your brother who?” And you answered: “Serge.”

A. Yes. He didn’t want me to say my name. He kept wanting me to call myself . . .

Q. Okay.

A. . . . Serge while I was talking.

Q. But do you agree with me that if Serge had been the one talking on the tape, he would have said: “Who was waiting for you upstairs?” You would have said: “It was Camille.”

Without calling either Carbone or Montminy to testify at the appellant’s trial, the Crown improperly introduced this evidence as part of its case “in a manner that cannot be properly described as cross-examination as to credibility — or, for that matter, as cross-examination of *any sort*” (reasons of Fish J.A. (2001), 156 C.C.C. (3d) 17, at para. 186 (emphasis in original)). One has to wonder how even the most alert and astute jurors could have made sense of such a complicated and intricate juxtaposition of testimonies. The only thing that emerged clearly was the attempt by the Crown to put yet another incriminating statement before the jury.

Q. Parfait. C’était tout l’inverse. Sauf que là, Mario Carbone t’as demandé, il vous a demandé : « Il y a-tu quelqu’un qui a entendu du bruit dans la cave? » Sur la cassette on entend : « Oui, mon frère. » Ton frère qui? Réponse : « Serge ».

Là, maître Côté vous a regardé puis il vous a demandé :

« Q. C’est ça?

R. C’est ça. »

C’est bien ce que vous avez dit le neuf (9) juin? [au procès de Serge]

R. Oui. C’est parce qu’il m’a dit de me mettre dans la peau de mon frère.

Q. Parfait. Il vous a dit de vous mettre dans la peau de votre frère?

R. Oui.

Q. Mais il vous a demandé : « Ton frère qui? » Puis ça a été votre réponse : « Serge ».

R. Oui. Lui, il ne voulait pas que je dise mon nom. Il voulait tout le temps que je m’appelle . . .

Q. O.K.

R. . . . Serge quand je parlais.

Q. Mais vous êtes d’accord avec moi que si c’est Serge qui aurait parlé sur la cassette, il aurait dit : « Qui t’attendait en haut? » Vous auriez dit : « C’est Camille. »

Sans assigner ni Carbone ni Montminy à témoigner au procès de l’appelant, le ministère public a produit irrégulièrement ce témoignage comme preuve à charge [TRADUCTION] « d’une façon que l’on ne peut véritablement décrire comme un contre-interrogatoire touchant la crédibilité — ni même, d’ailleurs, comme un contre-interrogatoire *de quelque nature que ce soit* » (motifs du juge Fish, [2001] R.J.Q. 1464, par. 186 (en italique dans l’original)). Il faut se demander comment même le juré le plus vif d’esprit et le plus perspicace aurait pu arriver à comprendre une juxtaposition de témoignages aussi complexe et aussi subtile. Seule se dégage clairement la tentative par le ministère public de porter encore une autre déclaration incriminante à la connaissance du jury.

II. The Quebec Court of Appeal (2001), 156 C.C.C. (3d) 17

13

The appellant appealed the verdict on five grounds, all of which were rejected by the majority of the court, constituted by Proulx and Chamberland J.J.A. Essentially, the majority was of the view that: (1) the trial judge did not err in allowing rebuttal evidence to be adduced during the *voir dire* on the admissibility of the appellant's statements to the police; (2) the trial judge did not err in ruling that these incriminating statements of the appellant were admissible; (3) the cross-examination was properly conducted and was exclusively aimed at discrediting the appellant; (4) while imperfect, the charge to the jury was in substantial compliance with the principles in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, and the decisions rendered in its wake; (5) the trial judge did not err in failing to charge the jury on the expert evidence since it did not go to the heart of this case, namely the credibility of the appellant.

14

Fish J.A. dissented on three of the five grounds discussed above. First, in the opinion of Fish J.A., the jury charge improperly explained the notion of reasonable doubt and, read as a whole, gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof. Second, the trial judge should have given instructions with regards to the expert evidence relating to the appellant's I.Q. According to Fish J.A., the appellant's damaging admissions and contradictions could, in light of the experts' evidence, have been attributable to his intellectual limitations and assist the jurors in assessing his credibility. Finally, Fish J.A. was of the view that the cross-examination of the appellant on his prior testimony was irregular and contrary to s. 13 of the *Charter* insofar as it was used for the truth of its contents and not, as permitted by *Kuldip*, to attack the credibility of the appellant. For these reasons, Fish J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial.

II. La Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464

L'appelant a fondé son appel du verdict sur cinq motifs, qui ont tous été rejetés par les juges majoritaires de la Cour d'appel, soit les juges Proulx et Chamberland. Ils étaient essentiellement d'avis que : (1) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en permettant la présentation d'une contre-preuve lors du voir-dire sur l'admissibilité des déclarations de l'appelant à la police; (2) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant que ces déclarations incriminantes de l'appelant étaient admissibles; (3) le contre-interrogatoire a été mené régulièrement et visait exclusivement à discréditer l'appelant; (4) bien qu'imparfaites, les directives données au jury étaient conformes, pour l'essentiel, aux principes exposés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, et les décisions qui l'ont suivi; (5) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en omettant de donner des directives au jury concernant la preuve d'expert puisque celle-ci ne touchait pas le cœur de l'affaire, savoir la crédibilité de l'appelant.

Le juge Fish a exprimé sa dissidence relativement à trois des cinq motifs susmentionnés. Premièrement, à son avis, l'exposé au jury expliquait de façon erronée la notion du doute raisonnable et, considéré dans son ensemble, soulevait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Deuxièmement, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives relativement à la preuve d'expert concernant le quotient intellectuel de l'appelant. D'après le juge Fish, les contradictions et les aveux compromettants de l'appelant auraient pu, à la lumière du témoignage des experts, être attribués à ses limites intellectuelles et, ainsi, la preuve d'expert aurait pu aider les jurés à apprécier la crédibilité de l'appelant. Enfin, le juge Fish était d'avis que le contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son témoignage antérieur était irrégulier et contraire à l'art. 13 de la *Charte* dans la mesure où il avait été utilisé pour établir la véracité de son contenu et non, comme le permet l'arrêt *Kuldip*, pour attaquer la crédibilité de l'appelant. Pour ces motifs, le juge Fish aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. Issues

On appeal to this Court, the appellant raises the same grounds that formed the basis of Fish J.A.'s dissent. In particular: (1) whether the trial judge erred in charging the jury on the burden of proof and reasonable doubt; (2) whether the trial judge erred in failing to provide any instruction with regard to the expert evidence; and (3) whether the cross-examination of the appellant was irregular and contrary to s. 13 of the *Charter*. I will address each of these issues in reverse order.

IV. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

V. Analysis

A. *Kuldip and the Right Against Self-Incrimination*

1. Introduction

This case is different from *Kuldip*, *supra*, in several respects. For one thing, the appellant here

III. Les questions en litige

Dans le présent pourvoi, l'appelant soulève les mêmes motifs que ceux sur lesquels repose la dissidence du juge Fish. Il demande tout particulièrement à notre Cour de déterminer : (1) si le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury sur le fardeau de preuve et sur le doute raisonnable; (2) si le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner des directives sur la preuve d'expert; et (3) si le contre-interrogatoire de l'appelant était irrégulier et contraire à l'art. 13 de la *Charte*. J'examinerai chacune de ces questions à tour de rôle en commençant par la dernière.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

V. Analyse

A. *L'arrêt Kuldip et le droit de ne pas s'incriminer*

1. Introduction

Le présent pourvoi diffère de l'arrêt *Kuldip*, précité, à plusieurs égards. D'une part, l'appelant en

15

16

17

invoked the protection of the *Canada Evidence Act* when he first testified. This is the first case that comes before us where both s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* are at play together. Moreover, the evidence given by the appellant in his first testimony was clearly incriminating, and his cross-examination at his own trial exposed the incriminating statements that he made under oath in relation to the very charge that he now faced. By contrast, in *Kuldip*, the cross-examination referred to statements made by the accused at his first trial that were exculpatory when they were made, but could now be proven false and therefore damaging to his credibility. In order to determine whether *Kuldip* was intended to and should be applied in the circumstances of this case, we must assess whether these differences are significant.

l'espèce a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lors de son témoignage initial. C'est la première fois que nous entendons un pourvoi touchant l'application à la fois de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*. Par ailleurs, la preuve présentée par l'appelant lors de son premier témoignage était clairement incriminante et son contre-interrogatoire lors de son propre procès exposait les déclarations incriminantes qu'il avait faites sous serment relativement à l'accusation même qui pesait contre lui. Or, dans l'affaire *Kuldip*, le contre-interrogatoire faisait allusion à des déclarations que l'accusé avaient faites lors de son premier procès et qui étaient disculpatoires au moment où elles avaient été formulées, mais dont la fausseté pouvait maintenant être établie, ce qui compromettrait la crédibilité de l'accusé. Pour déterminer si l'arrêt *Kuldip* était censé et devrait s'appliquer dans les circonstances de l'espèce, nous devons maintenant apprécier l'importance de ces différences.

18

The majority of the Court of Appeal was content to invoke the classic distinction between a permissible and a prohibited use of the same evidence, and to rely on clear instructions to the jury to ensure that the distinction is understood and followed. No one denies that the distinction between the two possible aims or uses of cross-examination is a tenuous one when the cross-examination is of an accused in a criminal case. Indeed, this was explicitly recognized by the majority in the Court of Appeal in this case as it had been by Lamer C.J. writing for the majority in *Kuldip*. He said, at p. 635:

This seems an appropriate time at which to mention that I share Martin J.A.'s concern that it is sometimes difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. A trial judge will have to be very clear in his or her instructions to the jury when setting out the uses to which previous testimony can be put and the uses to which such testimony must not be put. While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction.

En Cour d'appel, la majorité s'est contentée de parler de la distinction classique entre une utilisation permise et une utilisation interdite des mêmes éléments de preuve et de s'en remettre à la clarté des directives données au jury pour garantir qu'il avait compris et appliqué cette distinction. Personne ne nie qu'il existe une distinction ténue entre les deux buts ou utilisations possibles du contre-interrogatoire d'un accusé dans une affaire criminelle. En fait, la majorité en Cour d'appel l'a explicitement reconnu en l'espèce, à l'instar du juge en chef Lamer s'exprimant au nom de la majorité dans *Kuldip*, à la p. 635 :

Le moment me semble opportun pour souligner que je partage la préoccupation du juge Martin : il est parfois difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le juge du procès devra donner des directives très claires au jury au moment de décrire ce que ce dernier peut faire et ce qu'il ne doit pas faire d'un témoignage antérieur. Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé.

This same concern was well expressed by Fish J.A. in his dissenting opinion in the present case, at paras. 169 and 173-74:

Even for those trained in the law, the use in cross-examination of evidence obtained from the accused as a witness in other proceedings involves a firm grasp of a subtle distinction in theory that is often difficult to apply in practice. This case, as we shall see, demonstrates that the danger of misapplication is not just hypothetical, but real.

... this is one of the rare cases where the record *establishes* that the jury did not distinguish in its deliberations between the use of appellant's prior evidence to impugn his credibility and its probative effect on his guilt. After deliberating for approximately five hours, the jury sent the judge this question:

[TRANSLATION] Your Lordship, the jury would like to know if Camille Noël left Serge and Éric Arpin at the karate school at the corner of St-Luc and St-Patrice and went to his (Camille's) house and saw Éric again after he was dead and carried him into the tunnel, would Mr. Camille Noël, under s. 21(b), be a party to the offences and therefore guilty of first degree murder?

As the trial judge noted, this question pre-supposed "facts" that were not in evidence. The question thus demonstrated, incontrovertibly in my view, that despite the judge's instructions, the jury had failed to grasp the distinction it was bound by *Kuldip* to apply. [Emphasis in original.]

This difficulty became, in my opinion, insurmountable in this case. Like Fish J.A., I conclude that the risk of misuse of the incriminating evidence given by the appellant at his brother's trial, when it was introduced against him at his own trial purportedly to challenge his credibility, was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions. In my view, this use is not permitted by s. 13 of the *Charter*.

Le juge Fish, dans ses motifs dissidents en l'espèce, a bien exprimé cette même préoccupation, aux par. 169 et 173-174 :

[TRADUCTION] Même pour les personnes ayant une formation juridique, l'utilisation au cours d'un contre-interrogatoire d'éléments de preuve obtenus de l'accusé à titre de témoin dans une autre procédure nécessite une solide connaissance d'une distinction théorique subtile qui est souvent difficile à appliquer en pratique. Comme nous le verrons, la présente affaire démontre que le risque d'une mauvaise application n'est pas seulement hypothétique, mais réel.

... c'est l'un des rares cas où le dossier *établit* que le jury n'a pas fait de distinction dans ses délibérations entre l'utilisation du témoignage antérieur de l'appelant pour attaquer la crédibilité de celui-ci et la valeur probante de ce témoignage quant à la culpabilité. Après avoir délibéré pendant environ cinq heures, le jury a acheminé la question suivante au juge :

Monsieur le juge, le jury aimerait savoir si Camille Noël a quitté Serge et Éric Arpin à l'école de karaté au coin de St-Luc et St-Patrice et est allé chez lui (Camille) et a revu Éric après sa mort et l'a transporté dans le tunnel. Alors, monsieur Camille Noël, selon l'article 21B), serait-il retenu comme ayant été participant aux infractions et donc passible de meurtre au premier degré?

Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, cette question présupposait l'existence de « faits » qui ne faisaient pas partie de la preuve. À mon avis, cette question démontrait inéluctablement que, malgré les directives du juge, le jury n'avait pas saisi la distinction que l'arrêt *Kuldip* l'obligeait à appliquer. [En italique dans l'original.]

À mon avis, cette difficulté est devenue insurmountable en l'espèce. À l'instar du juge Fish, je conclus qu'il existe un immense risque d'utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par l'appelant au procès de son frère, puis déposé en preuve contre lui à son propre procès censément pour attaquer sa crédibilité, et que ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit. À mon avis, l'art. 13 de la *Charte* ne permet pas pareille utilisation du témoignage.

2. Section 5 of the *Canada Evidence Act* and Section 13 of the *Charter*

21

Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. If the evidence proffered is less than full and frank, the witness is subject to prosecution for perjury or for the related offence of giving contradictory testimony. In the United States, a different arrangement is in place: faced with the prospect of self-incrimination, the witness can claim the Fifth Amendment, and refuse to provide the incriminating answer. The state then has to dispense with his evidence altogether. As the United States Supreme Court stated in *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), at pp. 7-8: “[T]he American system of criminal prosecution is accusatorial, not inquisitorial, and . . . the Fifth Amendment privilege is its essential mainstay. . . . Governments, state and federal, are thus constitutionally compelled to establish guilt by evidence independently and freely secured, and may not by coercion prove a charge against an accused out of his own mouth.” See generally *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at pp. 450-518.

22

Under the regime of the *Canada Evidence Act*, and now also under the *Charter*, a different bargain is struck. When a witness provides evidence in any proceeding, whether voluntarily or under legal compulsion, he or she cannot refuse to answer a question that may tend to incriminate the witness, but is offered protection against the subsequent use of that evidence. The question before us is the extent of that protection. To answer that question, it is important

2. L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l’article 13 de la *Charte*

L’article 13 incorpore une protection légale contre l’auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l’interpréter est de l’examiner en regard de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l’instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu’un témoin contraint de déposer au cours d’une procédure judiciaire risque de s’auto-incriminer, l’État lui offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. Si son témoignage n’est pas vraiment complet et sincère, le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour l’infraction connexe de témoignages contradictoires. Aux États-Unis, les choses se passent différemment : lorsqu’il risque de s’auto-incriminer, le témoin peut réclamer la protection du Cinquième amendement et refuser de fournir une réponse incriminante. L’État doit alors renoncer complètement à son témoignage. Comme la Cour suprême des États-Unis l’a affirmé dans l’arrêt *Malloy c. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), p. 7 et 8 : [TRADUCTION] « [L]e système américain de poursuites criminelles est un système accusatoire, et non de type inquisitoire, et [. . .] le Cinquième amendement en constitue le pivot essentiel. [. . .] Les administrations étatiques et fédérale sont donc forcées par la Constitution d’établir la culpabilité d’une personne au moyen d’une preuve obtenue de façon libre et indépendante; elles ne peuvent avoir recours à la contrainte pour prouver qu’un accusé a commis une infraction en utilisant des déclarations qu’il a lui-même faites. » Voir généralement *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 1, p. 450 à 518.

Sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*, et maintenant également en vertu de la *Charte*, un marché différent est conclu. Lorsqu’une personne témoigne dans une procédure, que ce soit volontairement ou par suite d’une contrainte légale, elle ne peut refuser de répondre à une question susceptible de l’incriminer, mais elle bénéficie d’une protection contre l’utilisation subséquente de ce témoignage. Notre Cour doit en l’espèce déterminer quelle est

to remember its root in the *quid pro quo*. The witness, now accused, gave something in exchange for the protection. This is what makes a statement given in a judicial proceeding different from a statement to a person in authority, which is governed by rules of admissibility that are relevant to the special concerns related to that type of statement, and also different from all other out-of-court declarations and admissions.

McIntyre J., in his dissenting opinion in *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350, referred to that important purpose of s. 13 as follows, at p. 384:

There is a social interest in encouraging people to come forward to give evidence, not only in court but on other occasions in the tribunals and proceedings referred to above. That interest is not served where witnesses in testifying expose themselves to the danger of self-incrimination because of such testimony. It is suggested that it was a recognition of this fact, together with a recognition of the inadequacy of the law relating to self-incrimination and the inadequacy of provincial powers in this respect that caused the framers of the *Charter* to include the very greatly strengthened *Charter* provisions relating to self-incrimination.

This *quid pro quo* under which witnesses lost their important common law right to refuse to incriminate themselves in exchange for a use immunity attached to their compelled answers to incriminating questions is of course not a form of contract with an individual witness but a rule of public law under which the erosion of the privilege against self-incrimination is compensated by appropriate safeguards. If one were to pursue a contract analogy, as my colleague Justice L'Heureux-Dubé suggests I do, the remedy for the "breach" is provided for in the "contract": the witness may be prosecuted for perjury or for the offence of giving contradictory evidence. More appropriately, I would suggest, s. 5 is a rule of public law which contemplates the possibility of an untruthful witness and which provides the appropriate response to such an eventuality by withdrawing the protection to the explicit extent provided for in the section. In that sense at least the protection is not absolute.

l'étendue de cette protection. Pour répondre à cette question, il importe de rappeler qu'il s'agit à l'origine d'une contrepartie. Le témoin, qui est maintenant accusé, a donné quelque chose en échange de la protection. C'est ce qui distingue une déclaration faite dans le contexte d'une procédure judiciaire de tous les types de déclarations et d'aveux extrajudiciaires, et notamment d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité, régie par des règles d'admissibilité qui sont pertinentes aux préoccupations particulières que soulève ce type de déclaration.

Dans l'arrêt *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, le juge McIntyre, dissident, a parlé de cet objectif important de l'art. 13, à la p. 384 :

Il est dans l'intérêt de la société d'encourager les gens à venir témoigner, non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais à d'autres occasions devant les tribunaux administratifs et dans les procédures susmentionnées. Cet intérêt n'est pas servi si, en témoignant, on court le risque de s'incriminer soi-même. On laisse entendre que c'est la reconnaissance de ce fait ainsi que des lacunes du droit relatif à l'auto-incrimination et de l'insuffisance des pouvoirs provinciaux dans ce domaine qui a amené les rédacteurs de la *Charte* à y inclure des dispositions de beaucoup renforcées en ce qui concerne l'auto-incrimination.

L'attribution d'une contrepartie selon laquelle le témoin perd le droit important de ne pas s'incriminer que lui reconnaît la common law en échange d'une immunité contre l'utilisation des réponses qu'il est contraint de fournir à des questions incriminantes ne constitue évidemment pas une forme de contrat conclu avec un témoin en particulier, mais bien une règle de droit public voulant que l'érosion du privilège de ne pas s'incriminer soit contrebalancée par des garanties appropriées. Si l'on pousse plus loin l'analogie avec un contrat, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, la réparation en cas de « manquement » est prévue dans le « contrat » : le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Selon moi, il convient davantage de dire que l'art. 5 est une règle de droit public qui, d'une part, prévoit la possibilité qu'un témoin mente et qui, d'autre part, fournit une solution convenable pour faire face à une telle éventualité, c'est-à-dire le retrait de la protection dans les limites expressément fixées par cette disposition. En ce sens du moins, la protection accordée n'est pas absolue.

25

I should also add that neither under s. 5 of the *Canada Evidence Act* nor under the *Charter* is there any reason, in my view, to draw a distinction between evidence given under compulsion and evidence given voluntarily, even when the evidence is voluntarily given by an accused who waives his non-compellability and testifies in his own trial. This is made clear by the language of s. 5, and by the rationale behind both provisions. When the witness is on the stand, whether under subpoena or not, the witness is required to answer all relevant questions put to him. He may only object to answering any question that may incriminate him and seek protection. The bargain is engaged when the jeopardy arises. The protection is given in exchange for the answer. It then becomes apparent that in keeping with the *quid pro quo* which lies at the heart of s. 13, the state should not be permitted to introduce as part of its case an incriminating statement made by the accused in another proceeding, even if that “other proceeding” was his previous trial for the same offence (see *Dubois, supra*); nor should the state be permitted to introduce, in cross-examination, for the purpose of “incriminating” the accused, an innocuous statement that the accused made while a witness in another proceeding (see *Mannion, supra*).

26

It is on that authority that this Court concluded in *Kuldip, supra*, that the use of a previous testimony to challenge the credibility of an accused who testifies in his own trial does not infringe s. 13 because it is not used to “incriminate” the accused and is therefore not a violation of the *quid pro quo*. If anything, the limited use of the prior testimony is thought to be more akin to the lifting of the protection when the witness is untruthful. Just as there is no protection against a charge of perjury or for giving contradictory evidence, the assumption is that there is no protection if the sole purpose of the subsequent use is to demonstrate untruthfulness, while not violating the bargain that the testimony will not be used to incriminate.

Je tiens aussi à ajouter qu’à mon avis, rien ne justifierait, sous le régime de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ou de la *Charte*, qu’on établisse une distinction entre le témoignage que le témoin a été contraint de rendre et celui qu’il a offert de son plein gré, même s’il s’agit d’un accusé qui a renoncé à son droit de ne pas être contraint de témoigner et qui a témoigné volontairement à son procès. C’est ce qui ressort clairement du libellé de l’art. 5 ainsi que du fondement des deux dispositions. Qu’il ait été assigné à témoigner ou non, le témoin est tenu de répondre à toutes les questions pertinentes qui lui sont posées à l’audience. Il ne peut rien faire, si ce n’est s’opposer à une question susceptible de l’incriminer et demander la protection prévue. Le marché est conclu au moment où le risque surgit. La protection est accordée en échange de la réponse. Il devient alors évident que, conformément à la contrepartie qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, l’État ne devrait pas être autorisé à produire en preuve une déclaration incriminante faite par l’accusé dans une autre procédure, même si cette « autr[e] procédur[e] » est un procès antérieur qu’il a subi relativement à la même infraction (voir *Dubois, précité*); lorsqu’il contre-interroge l’accusé, l’État ne devrait pas non plus être autorisé à produire, dans le but de l’« incriminer », une déclaration anodine que l’accusé a faite lors de son témoignage dans une autre procédure (*Mannion, précité*).

C’est en se fondant sur cette thèse que notre Cour a conclu dans l’arrêt *Kuldip, précité*, que l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité d’un accusé qui témoigne au cours de son procès ne contrevient pas à l’art. 13 parce que cette utilisation ne vise pas à « incriminer » l’accusé et ne constitue donc pas une violation du principe de la contrepartie. On considère plutôt que l’utilisation limitée du témoignage antérieur tient davantage de la suppression de la protection lorsque le témoin ment. Tout comme il n’existe pas de protection contre une accusation pour parjure ou témoignages contradictoires, on présume qu’il n’en existe pas non plus lorsque le seul but de l’utilisation subséquente est d’établir le mensonge, ce qui ne va pas à l’encontre du marché voulant que le témoignage ne soit pas utilisé pour incriminer l’accusé.

That subtle distinction, which could plausibly be made on the facts of *Kuldip*, disappears in a case such as the present one when the two uses — the permitted one and the prohibited one — are totally intermingled, and when it is apparent that the prohibited use is of much greater value to the Crown and probably of irresistible appeal to the jury.

This was recognized, at least implicitly, in *Kuldip*, when Lamer C.J. referred to the Saskatchewan case of *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12. In that case, Vancise J.A. had put forward the distinction maintained in *Kuldip* between cross-examination to incriminate and cross-examination to discredit. It is important to note that in *B. (W.D.)*, Vancise J.A. had clearly anticipated the situation before us today and had answered in my view correctly the dilemma that it poses. He said, at pp. 23-24:

In the present case, the accused denied he committed the offence. The issue, as noted, was his credibility. The statement made by him in the previous proceeding did not concern the commission of the offence. It was a factual statement concerning his current relationship, which differed from what he said at trial. The Crown cross-examined the accused to show that he made a statement in other proceedings which differed from that made at the trial. The purpose was not to introduce evidence relating to the commission of an offence. The purpose was to test the appellant's credibility and to reduce the credit to be given to his present testimony.

If the respondent made a statement in which he admitted, or implicated himself in the crime charged, s. 13 would be engaged and such cross-examination prohibited. That would be an attempt to use the accused's previous answers against him as the basis of his own prosecution. [Emphasis added.]

This distinction illustrates that *Kuldip* presents a limited exception to the general prohibition contained in s. 13 against the use of prior testimony: it is only when such subsequent use cannot be said to incriminate the accused that it will escape the prohibition contained in the *Charter*. Lamer C.J. himself

Cette distinction subtile, que l'on pouvait vraisemblablement établir à partir des faits de l'arrêt *Kuldip*, s'estompe dans une affaire comme en l'espèce où les deux utilisations — l'une permise et l'autre interdite — s'entremêlent totalement et où il est évident que l'utilisation interdite a une utilité supérieure pour le ministère public et présente probablement un intérêt irrésistible pour le jury.

Le juge en chef Lamer l'a reconnu du moins implicitement dans l'arrêt *Kuldip*, en se reportant à l'arrêt *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12, de la Saskatchewan. Dans cette affaire, le juge Vancise de la Cour d'appel avait exposé la distinction, confirmée dans l'arrêt *Kuldip*, entre un contre-interrogatoire visant à incriminer et un contre-interrogatoire visant à discréditer. Il importe de signaler que le juge Vancise avait clairement prévu, dans *B. (W.D.)*, précité, la situation dont nous sommes saisis en l'espèce et avait correctement résolu à mon avis le dilemme qu'elle pose. Il affirme aux p. 23-24 :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'accusé a nié avoir commis l'infraction. Comme on l'a signalé, la question en litige touchait sa crédibilité. La déclaration qu'il avait faite dans le cadre de la procédure antérieure ne se rapportait pas à la perpétration de l'infraction. Il s'agissait d'une déclaration factuelle quant à sa relation actuelle, laquelle différait de ce qu'il a dit au procès. Le ministère public a contre-interrogé l'accusé pour établir qu'il avait fait, dans le cadre d'une autre procédure, une déclaration qui différait de celle qu'il a faite au procès. Ce contre-interrogatoire ne visait pas à déposer une preuve relative à la perpétration d'une infraction, mais à miner la crédibilité de l'appelant et à affaiblir l'importance à accorder à son témoignage dans l'instance en cours.

Si l'intimé a fait une déclaration dans laquelle il a avoué le crime reproché ou indiqué qu'il y avait participé, l'art. 13 s'applique et il est interdit de procéder à un tel contre-interrogatoire. Ce serait tenter d'employer les réponses antérieures d'un accusé comme fondement de la poursuite engagée contre lui. [Je souligne.]

Cette distinction illustre que l'arrêt *Kuldip*, précité, constitue une exception limitée à l'interdiction générale d'utiliser un témoignage antérieur édictée par l'art. 13 : c'est seulement lorsqu'il est impossible d'affirmer que cette utilisation subséquente incrimine l'accusé qu'elle échappe à l'interdiction

27

28

29

recognized the limited reach of *Kuldip* when he said in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 762:

It must also be remembered that *Kuldip* and s. 13 of the *Charter* refer to a very special subset of prior inconsistent statements, in which the prior statement is made by an accused in a proceeding who testifies at a future proceeding and which, if admitted for the truth of its contents, would incriminate him in the second proceeding. Furthermore, s. 13 applies only to a witness who testifies in a “proceeding”; while this Court has yet to explore the outer boundaries of this term, cases decided to date have concentrated on judicial proceedings such as trials and preliminary inquiries: see *Dubois*.

30

When the prior evidence was not on its face incriminating, as in *Mannion, supra, Kuldip, supra*, and *B. (W.D.)*, *supra*, direct use is still prohibited, since the purpose can only be to incriminate, but cross-examination may not be (*Kuldip* and *B. (W.D.)*). But when the prior evidence was incriminating at the time it was given, in that, for instance, it contained a damaging admission linking the witness to a criminal activity, its use in subsequent proceedings must be totally prohibited, even if it is tendered for the apparent limited purpose of testing credibility, unless there is no realistic danger of incrimination. This is consistent with the scope of s. 5 of the *Canada Evidence Act* as it had been interpreted prior to the advent of the *Charter*, and it is in my view consistent with the *quid pro quo* upon which persons are expected to give their full and frank evidence under oath in judicial proceedings even when such evidence contains statements that are damaging to the witness’s interest.

31

In *Kuldip*, Martin J.A. writing for the Court of Appeal for Ontario (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, had canvassed the state of the law on the scope of the protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act*. In *obiter* (since s. 5 had not been invoked), Lamer C.J. rejected the interpretation of s. 5 offered

faite dans la *Charte*. Le juge en chef Lamer a personnellement reconnu la portée limitée de l’arrêt *Kuldip* lorsqu’il a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 762 :

Il ne faut pas oublier non plus que l’arrêt *Kuldip* et l’art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre procédure et qui, s’il était admis pour établir la véracité de son contenu, l’incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l’art. 13 s’applique seulement à un témoin qui dépose dans une « procédure »; certes, notre Cour n’a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires : voir l’arrêt *Dubois*.

Lorsque le témoignage antérieur n’est pas incriminant de prime abord, comme c’était le cas dans les arrêts *Mannion, Kuldip* et *B. (W.D.)*, précités, son utilisation directe est néanmoins interdite, puisqu’elle ne peut avoir d’autre but que d’incriminer l’accusé, mais il pourrait en être autrement du contre-interrogatoire (*Kuldip* et *B. (W.D.)*). Toutefois, lorsque le témoignage antérieur était incriminant au moment où il a été rendu, parce qu’il renfermait par exemple un aveu compromettant rattachant son auteur à une activité criminelle, son utilisation dans des procédures subséquentes doit être totalement interdite, même si ce témoignage n’est produit en apparence que dans le but limité de jauger la crédibilité, à moins qu’il n’existe aucun risque réaliste d’incrimination. Ce principe est compatible avec la portée de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, tel qu’il a été interprété avant l’avènement de la *Charte*, et il est à mon avis compatible avec le principe de la contrepartie en vertu duquel on s’attend des personnes qu’elles rendent un témoignage complet et sincère sous serment dans des procédures judiciaires, même si leur témoignage renferme des déclarations nuisibles à leurs intérêts.

Dans l’arrêt *Kuldip*, le juge Martin, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, avait examiné l’état du droit sur l’étendue de la protection offerte par l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans des remarques incidentes (puisque l’application de l’art. 5 n’avait

by the Court of Appeal for Ontario. In my view, the interpretation of Martin J.A. was the correct one and it should inform our understanding of the scope of s. 13.

The major distinction between s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* is of course the requirement that, in order to activate the statutory protection, s. 5 has to be claimed by the witness at the time he or she gave evidence. Section 13, by contrast, applies to all persons who give evidence, without any requirement that the protection be sought by the witness. This distinction between the statutory and constitutional regimes has a significant consequence. Indeed, the constitutional protection is universal and not dependent upon the sophistication of the witness or the competence of his or her lawyer. But there is another, more subtle difference between the two protective regimes. By having to claim the protection under the *Canada Evidence Act*, the witness has to express an awareness, or at least a fear, that the evidence he or she was about to give may have subsequent adverse consequences for him or her. In the words of the section, the witness has to assert that his answer “may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding”. It is therefore apparent that the protection was limited to compelled “incriminating” evidence. In that context it is hardly surprising that when given, the protection was absolute, save for prosecutions for perjury and the like. The state was not permitted to use such “incriminating” evidence for any purpose, whether to incriminate directly, or in cross-examination (see the analysis by Martin J.A. cited by Lamer C.J. in *Kuldip*).

Section 5(2) of the *Canada Evidence Act* states that when a witness “objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him”, then “the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him” (emphasis added) in subsequent criminal proceedings, save in prosecutions for perjury or for the giving of contradictory evidence. The wording of s. 5(2) makes no exception to the

pas été soulevée), le juge en chef Lamer a rejeté l’interprétation de l’art. 5 préconisée par la Cour d’appel de l’Ontario. À mon avis, c’est l’interprétation du juge Martin qui était correcte et dont il faut s’inspirer pour déterminer la portée de l’art. 13.

La principale distinction entre l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l’art. 13 de la *Charte* réside bien entendu dans le fait que le témoin doit, au moment de son témoignage, réclamer la protection de l’art. 5 pour en déclencher l’application. Pour sa part, l’art. 13 s’applique à quiconque témoigne, sans qu’il soit nécessaire que le témoin réclame cette protection. Cette distinction entre le régime légal et le régime constitutionnel a une conséquence importante. En effet, la protection constitutionnelle est universelle et ne dépend pas du fait que le témoin est bien informé ni de la compétence de son avocat. Il existe toutefois une autre différence, plus subtile, entre les deux régimes de protection. Étant donné qu’il doit réclamer la protection offerte par la *Loi sur la preuve au Canada*, le témoin doit révéler qu’il sait ou craint tout au moins que le témoignage qu’il s’appête à rendre risque d’avoir des conséquences négatives pour lui. Selon le libellé de la disposition, le témoin doit faire valoir que sa réponse « pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile ». Il est donc évident que cette protection ne vise que le témoignage « incriminant » qu’une personne est contrainte de rendre. Dans ce contexte, il n’est guère étonnant que la protection, une fois accordée, soit absolue, sauf en cas de poursuite pour parjure ou dans une situation semblable. L’État ne pouvait utiliser un tel témoignage « incriminant » à quelque fin que ce soit, pour incriminer directement l’accusé ou lors du contre-interrogatoire (voir l’analyse du juge Martin, cité par le juge en chef Lamer dans *Kuldip*).

En vertu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu’un témoin « s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer » alors « sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui » (je souligne) dans une procédure pénale subséquente, sauf dans le cas de poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le libellé du par. 5(2)

inadmissibility of incriminatory evidence when a witness invokes the statutory protection. Therefore, the cases of *R. v. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358 (Alta. S.C., App. Div.), and *R. v. Côté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564, [1979] C.A. 118, which interpret s. 5(2) as prohibiting even cross-examination, and which were cited with approval by this Court in *Mannion, supra*, at p. 281, are in my opinion correct and can be relied upon as good law.

ne prévoit aucune exception à l'inadmissibilité d'un témoignage incriminant lorsqu'un témoin invoque la protection légale. Par conséquent, à mon avis, les arrêts *R. c. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358 (C.S. Alb., Div. app.) et *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118, dans lesquels on a interprété le par. 5(2) de manière à interdire même le contre-interrogatoire et que notre Cour a cités avec approbation dans l'arrêt *Mannion*, précité, à la p. 281, sont corrects et constituent le droit applicable.

34 It follows from the fact that the appellant in the present case invoked s. 5(2) at his brother's trial that the Crown should have been prevented from introducing that prior testimony at the appellant's own trial. The trial judge should have applied s. 5(2) so as not to allow this to happen. I am also of the view, however, that the constitutional (as opposed to statutory) protection offered by s. 13 of the *Charter* is co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in a case like the present, and it is to this issue that I would like to turn.

Puisque l'appelant en l'espèce a invoqué l'application du par. 5(2) lors du procès de son frère, on aurait dû empêcher le ministère public de déposer ce témoignage antérieur en preuve au procès de l'appelant. Le juge du procès aurait dû appliquer le par. 5(2) pour que cela ne se produise pas. Toutefois, je suis également d'avis que, dans un cas comme celui-ci, la protection constitutionnelle (par opposition à la protection légale) offerte par l'art. 13 de la *Charte* a la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et c'est précisément cette question que j'examinerai maintenant.

35 The proper interpretation of s. 13 of the *Charter* requires a full understanding of its sources at common law, and under the *Canada Evidence Act*. The common law "privilege" against self-incrimination, traditionally expressed in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, is a particular rule derived from the broader "principle" against self-incrimination: *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229. At common law, the accused was neither competent nor compellable as a witness. For the non-accused witness however, the common law privilege against self-incrimination provided that everyone was entitled to refuse to answer a question which might incriminate him: *R. v. Marcoux*, [1976] 1 S.C.R. 763. As such, the rule was aptly called the "privilege" against self-incrimination or the "prerogative" of the witness. See *R. v. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97 (Man. C.A.), at pp. 104-5, for a convenient summary of the common law privilege against self-incrimination. That privilege is thus distinct from the concept of compellability. Save for a few — the accused and his or her spouse — all witnesses are compellable to give evidence. Whether they do so enthusiastically, voluntarily, reluctantly or under the threat of legal

Pour interpréter correctement l'art. 13 de la *Charte* il faut bien comprendre ses origines en common law et dans la *Loi sur la preuve au Canada*. Traditionnellement exprimé dans la maxime *nemo tenetur seipsum accusare*, le « privilège » de ne pas s'incriminer, reconnu par la common law, est une règle particulière tirée du « principe » plus général interdisant l'auto-incrimination : *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229. En common law, l'accusé n'était ni habile, ni contraignable à témoigner. Cependant, lorsqu'il s'agissait d'un témoin non accusé, le privilège de common law de ne pas s'incriminer prévoyait que toute personne pouvait refuser de répondre à une question susceptible de l'incriminer : *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763. Par conséquent, la règle était à juste titre appelée le « privilège » de ne pas s'incriminer ou la « prérogative » du témoin. Voir l'arrêt *R. c. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97 (C.A. Man.), p. 104-105, pour un résumé utile du privilège de ne pas s'incriminer reconnu en common law. Ce privilège est donc distinct du concept de la contraignabilité. À l'exception de quelques personnes — l'accusé(e) et son époux(se) — tous les témoins sont

sanction, witnesses are required to appear, to take an oath and to answer truthfully all questions put to them, subject to the common law privilege or, now that it has been modified by statute, to the protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* has replaced the privilege to refuse to answer self-incriminating questions with a certain measure of use immunity. It is the witness who activates the protection of s. 5(2) by registering an objection with the court. It is up to the witness, not the court, to decide if and when he or she will invoke the protection of s. 5. As stated by Lamer J.A. (as he then was) in *Côté*, *supra*, at pp. 570-71 C.C.C., [TRANSLATION] “it is the witness who, to the exclusion of all others, has the right to decide which [questions] will be of an incriminating nature” (emphasis added), the court having now been cast in a more [TRANSLATION] “passive role” since the enactment of s. 5.

This is not to say that the witness may register an objection to every question being asked. The objection must relate solely to questions which, in the honest belief of the witness, may lead to self-incrimination. This was made clear by this Court in *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309, a case about the constitutionality of s. 5 of the *British Columbia Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, c. 113, the wording of which is virtually identical to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Writing for the Court, Rand J. concurring, Kerwin C.J. stated, at pp. 315-16, that:

... the objection must be made on the oath of the person under examination that, to the best of his belief, his answers would tend to criminate him, or the company, as the case may be. Such person is not entitled to object to answer ordinary questions about his residence, place of business, etc., nor is he entitled to rest on a statement that on the advice of his solicitor, or the solicitor for the company, he refuses to answer any questions on the ground that the answers might tend to criminate him, or it. He must pledge his oath in his belief that his answers to

contraignables. Qu'ils déposent avec enthousiasme, de leur propre gré, avec réticence ou sous la menace d'une sanction légale, les témoins sont tenus de se présenter à la barre, de prêter serment et de répondre franchement à toutes les questions qui leur sont posées, sous réserve du privilège de common law ou, depuis sa modification par le législateur, de la protection offerte par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a remplacé le privilège de refuser de répondre à des questions auto-incriminantes par une certaine immunité quant à l'utilisation du témoignage. C'est le témoin qui déclenche l'application de la protection visée au par. 5(2) en formulant une objection auprès du tribunal. C'est le témoin, et non le tribunal, qui décide s'il invoquera la protection de l'art. 5 et à quel moment. Comme l'a affirmé le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *Côté*, précité, p. 121, « c'est le témoin qui, à l'exclusion de tous autres, a le droit de décider [quelles réponses] seraient de nature à l'incriminer » (je souligne), le tribunal jouant désormais un « rôle [. . .] plus passif » depuis l'adoption de l'art. 5.

Cela ne veut pas dire que le témoin peut formuler une objection à toute question qui lui est posée. L'objection doit se rapporter seulement aux questions qui, de l'avis sincère du témoin, seraient susceptibles de l'incriminer. C'est ce qu'a clairement établi notre Cour dans l'arrêt *Klein c. Bell*, [1955] R.C.S. 309, qui portait sur la constitutionnalité de l'art. 5 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 113, dont le libellé est pratiquement identique à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. S'exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Kerwin, avec l'appui du juge Rand, a tenu les propos suivants, aux p. 315-316 :

[TRADUCTION] . . . la personne interrogée doit formuler l'objection sous serment et déclarer qu'au meilleur de sa connaissance ses réponses pourraient tendre à l'incriminer ou à incriminer la société, le cas échéant. Cette personne n'a pas le droit de refuser de répondre à des questions ordinaires concernant son lieu de résidence, sa place d'affaires, etc., ni de déclarer qu'elle refuse de répondre à toute question, sur avis de son avocat ou de celui de la société, au motif que les réponses pourraient tendre à l'incriminer ou à incriminer la société. Elle doit

36

37

particular questions seriatim would so tend. . . .
[Emphasis added.]

It should be noted however that, in practice, it is not necessary to voice an objection at every question seriatim. Courts may now accept blanket objections to a series of questions [TRANSLATION] “when the witness anticipates, having regard to the circumstances, that all of them will invite him to give answers which he thinks in one way or another would tend to incriminate him”: *Côté, supra*, at p. 570 C.C.C.

affirmer sous serment qu’elle croit que ses réponses à une série de questions particulières tendraient à le faire . . . »
[Je souligne.]

Toutefois, il convient de préciser qu’il n’est pas nécessaire en pratique de formuler une opposition à chaque question. Les tribunaux peuvent maintenant accepter une objection générale à une série de questions « quand le témoin prévoit, eu égard aux circonstances, qu’elles l’inviteront toutes à donner des réponses qui d’une façon ou d’une autre seront de nature à l’incriminer » : *Côté*, précité, p. 121.

38

The procedure to be followed under s. 5 has also been properly described by Morden J.A. of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Mottola*, [1959] O.R. 520, at p. 526:

An accused person who is a witness is not excused from answering incriminating questions. However, if the witness objects to answering a question upon the ground that his answer may tend to incriminate him and he then answers it as he is bound by the Act to do, the answer shall not be used in evidence against him in any criminal proceedings against him thereafter taking place with the necessary exception of a perjury charge in the giving of such evidence. The objection must be taken by the witness to the question. In practice when a witness is being examined upon an incident or series of incidents and he thinks that all or any of his answers might tend to incriminate him, the Judge might of course permit a general objection to the series of such questions and not require a specific objection to each and every question. But the objection cannot be taken before the witness is sworn and before he is asked any questions. Any protection the witness has if he objects to the question, is provided by s. 5(2), is against the use of his answer in independent, contemporaneous or subsequent prosecutions. This protection is conferred by the Act and not by any ruling of the Judge when objection is taken to a question. The procedure followed in the case under appeal was unwarranted. The magistrate had no authority to confer or withhold ‘the protection of the Court’ upon the witness Boule or upon the appellant Vallee. Both these witnesses could at any time during their examination object to answer questions — they had no right to refuse to answer — but if they would have been excused at Common Law from answering such questions, their answers could not be used against them in other criminal proceedings.
[Emphasis added.]

Dans l’arrêt *R. c. Mottola*, [1959] O.R. 520, p. 526, le juge Morden de la Cour d’appel de l’Ontario a bien décrit la procédure à suivre sous le régime de l’art. 5 :

[TRANSLATION] Une personne accusée qui est un témoin n’est pas exemptée de répondre à des questions incriminantes. Cependant, si le témoin refuse de répondre à une question au motif que sa réponse peut tendre à l’incriminer et y répond ensuite comme la Loi l’oblige à le faire, la réponse qu’il donne ne peut être utilisée en preuve contre lui dans une procédure criminelle intentée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure relativement à ce témoignage. C’est le témoin qui doit formuler une objection à la question. En pratique, lorsqu’un témoin est interrogé relativement à un incident ou à une série d’incidents et qu’il est d’avis que toutes ses réponses pourraient tendre à l’incriminer, le juge pourrait bien entendu permettre la formulation d’une objection générale à la série de questions et ne pas exiger une objection particulière à chacune des questions. Cependant, cette objection ne peut être reçue avant que le témoin soit assermenté et avant qu’on ait commencé à lui poser des questions. La protection dont bénéficie le témoin s’il s’oppose à la question est celle du par. 5(2), c’est-à-dire une protection contre l’utilisation de sa réponse dans des poursuites indépendantes, simultanées ou subséquentes. Lorsqu’il y a objection à une question, cette protection se trouve conférée par la Loi et non par une décision du juge. La procédure suivie en l’espèce n’était pas justifiée. Le magistrat n’avait pas le pouvoir d’accorder ni de retirer « la protection du tribunal » au témoin Boule ou à l’appellant Vallee. Lors de leur interrogatoire, ces deux témoins pouvaient en tout temps s’opposer à répondre aux questions — auxquelles ils ne pouvaient refuser de répondre — mais, s’ils avaient été dispensés de répondre à ces questions en vertu de la common law, leurs réponses n’auraient pu être utilisées contre eux dans d’autres procédures criminelles. [Je souligne.]

Although these cases all suggest that the protection of s. 5 can only be invoked with regard to questions that the witness could have refused to answer pursuant to the common law privilege, they are silent as to the manner by which the proper application of s. 5 is monitored by the court.

The role of the trial judge in other jurisdictions is quite clear. For instance, in the United Kingdom and Australia, where the common law privilege still exists, the trial judge has the duty to ensure that the privilege is not unduly invoked; a determination must be made as to the potentially incriminating nature of the testimony that is requested. The test is whether, in the circumstances, there is a real and appreciable danger that the evidence sought could be used in future criminal investigations or prosecutions against the witness. See *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), at pp. 420-23, for a convenient statement of the applicable common law procedure, quoted with approval in *Den Norske Bank A.S.A. v. Antonatos*, [1999] Q.B. 271 (C.A.), at pp. 285-87. Similarly, in the United States, the witness is not the final arbiter of whether the Fifth Amendment is properly invoked. That duty falls to the trial judge. As stated by the District of Columbia Court of Appeals in *Carter v. United States*, 684 A.2d 331 (1996), at p. 338: “[I]f the trial judge concludes the proposed testimony would be incriminating and thereby poses the risk of possible future prosecution of the witness, this ends that inquiry and a claim of the privilege should be sustained.” As noted by the authors of *McCormick on Evidence*, *supra*, at p. 472: “A theoretical risk of liability is, then, sufficient.” In turn, the proposed testimony will be deemed incriminating if it is “evident from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result”: *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951), at p. 486-87.

Bien qu'ils portent à croire que la protection de l'art. 5 ne peut être invoquée que relativement aux questions auxquelles le témoin aurait pu refuser de répondre par application du privilège de common law, ces arrêts ne précisent pas la façon dont le tribunal doit s'assurer que l'art. 5 soit appliqué correctement.

Dans d'autres ressorts, le rôle du juge du procès est fort clair. Par exemple, au Royaume-Uni et en Australie où le privilège de common law existe toujours, le juge du procès a l'obligation de veiller à ce que le privilège ne soit pas revendiqué indûment; il doit décider du caractère potentiellement incriminant du témoignage sollicité. Le critère consiste à savoir s'il existe dans les circonstances un danger réel et appréciable que le témoignage sollicité puisse être utilisé contre le témoin dans des enquêtes ou poursuites futures de nature criminelle. Voir *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), p. 420-423, pour un énoncé utile de la procédure applicable en common law, citée avec approbation dans *Den Norske Bank A.S.A. c. Antonatos*, [1999] Q.B. 271 (C.A.), p. 285-287. De même, aux États-Unis, le témoin n'est pas l'arbitre ultime lorsqu'il s'agit de déterminer si le Cinquième amendement est invoqué à bon droit. Il appartient au juge du procès de le faire. Comme l'a affirmé la Cour d'appel du district de Columbia dans l'arrêt *Carter c. United States*, 684 A.2d 331 (1996), p. 338 : [TRADUCTION] « [S]i le juge du procès conclut que le témoignage proposé serait incriminant et qu'il expose de ce fait le témoin à un risque de poursuite future, la question est réglée et la revendication du privilège doit être accueillie. » Comme l'ont fait remarquer les auteurs de *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, p. 472 : [TRADUCTION] « Un risque théorique de responsabilité est donc suffisant. » Par ailleurs, le témoignage proposé sera réputé incriminant s'il [TRADUCTION] « ressort clairement des éléments implicites de la question, dans le contexte où elle a été formulée, qu'il serait dangereux d'y répondre ou d'expliquer pourquoi on ne peut y répondre, car une divulgation préjudiciable pourrait en résulter » : *Hoffman c. United States*, 341 U.S. 479 (1951), p. 486-487.

40

The considerable discretion of the trial judge where the common law privilege or the Fifth Amendment is concerned is justified because, in both cases, the consequence of claiming the privilege is the complete silence of the witness. The stakes are high when a witness refuses to testify: the trial process and the search for truth are hindered and, in some cases, the defendant is deprived of potentially exculpatory evidence. The trial judge thus has the duty to ensure that the privilege is not unduly asserted. However, once the privilege is upheld, the parties must do without the testimony of the witness. In my view, those concerns are not present in the Canadian regime where the witness's right to silence has been abolished by the various *Evidence Acts*. Every witness must testify and, subject to any other privilege or exclusionary rule, must answer all questions. In exchange, witnesses are protected by s. 13 of the *Charter* and, in addition, may seek the protection of the *Evidence Act*. There is hence little need to monitor the incriminatory nature of the testimony at the time it is given since the witness must answer all questions in any event. Indeed, common law or U.S.-style judicial discretion would be of no consequence. Rather, in Canada, the judicial assessment of the incriminatory nature of the witness's testimony is made at the subsequent proceeding, where the prior testimony is sought to be introduced into evidence. This was emphasized by this Court in *Dubois, supra*, at p. 362, by reference to the protection offered by s. 5(2): "This limited form of protection against self-incrimination clearly has no application to the proceedings in which the testimony is taken and applies only to subsequent proceedings (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at pp. 219-20). It applies, in other words, in subsequent proceedings in which the former witness has become the accused" (emphasis added).

41

In Canadian law, the focus is thus on the nature and use of the prior testimony at the subsequent

Le pouvoir discrétionnaire considérable dont jouit le juge du procès dans l'application du privilège de common law ou du Cinquième amendement est justifié parce que, dans les deux cas, la revendication du privilège emporte comme conséquence le silence absolu du témoin. Les enjeux sont importants lorsqu'un témoin refuse de déposer : le procès et la recherche de la vérité se trouvent entravés et, dans certains cas, la partie défenderesse se trouve privée d'éléments de preuve susceptibles de la disculper. Il incombe donc au juge du procès de veiller à ce que le privilège ne soit pas revendiqué indûment. Cependant, si le juge décide que le privilège s'applique, les parties doivent poursuivre sans la déposition du témoin. À mon avis, ces préoccupations n'existent pas sous le régime canadien, où diverses lois sur la preuve ont aboli le droit du témoin de garder le silence. Chaque témoin est tenu de déposer et de répondre à toutes les questions, sous réserve de tout autre privilège ou de toute autre règle d'exclusion. En retour, le témoin bénéficie de la protection de l'art. 13 de la *Charte* et peut également revendiquer la protection accordée par la *Loi sur la preuve*. Puisque le témoin est de toute façon tenu de répondre à toutes les questions, il n'est pas vraiment nécessaire de vérifier si le témoignage est incriminant au moment où il est rendu. En effet, le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la common law ou par le droit américain n'aurait aucune utilité. Au Canada, les tribunaux examinent plutôt le caractère incriminant du témoignage lors de la procédure subséquente au cours de laquelle on cherche à déposer ce témoignage antérieur en preuve. Notre Cour l'a bien souligné dans l'arrêt *Dubois*, précité, p. 362, relativement à la protection accordée par le par. 5(2) : « De toute évidence, cette forme limitée de protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles le témoignage est recueilli et ne s'applique qu'aux procédures subséquentes (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, aux pp. 219 et 220). En d'autres termes, elle s'applique dans les procédures subséquentes dans lesquelles celui qui était témoin est devenu l'accusé » (je souligne).

Le droit canadien met l'accent sur la nature et l'utilisation du témoignage antérieur à l'occasion

proceeding. In my view, the trial judge before whom s. 5 is first invoked has a duty to ensure that the witness is properly placing himself within the ambit of the section: the answer to which he objects must be one that “but for this Act” he would have been entitled at common law to refuse to answer on the ground that it could tend to incriminate him. Beyond this limited function, however, the trial judge must simply take notice that the statutory protection has been claimed. It is not surprising that this issue has not been the subject of much judicial consideration. For one thing, s. 5 of the *Canada Evidence Act* is rarely invoked since the vast majority of witnesses are not represented by counsel when they testify, and are likely unaware of the existence of the section. Moreover, the trial judge before whom the protection of s. 5 is sought has little incentive to explore whether it is properly claimed since, in any event, the witness is statutorily bound to answer the question.

The protection of s. 13, by contrast, is automatic and need not be invoked or triggered by the witness. This, in itself, creates a new series of difficulties. The problem perceived in *Kuldip, supra*, with expanding the same quasi-absolute protection under s. 13 of the *Charter* to all witnesses who testify is that it would go far beyond the statutory protection by providing a shield against cross-examination to all witnesses for all of their evidence, whether or not it was incriminating at the time it was given. This would be so, even in cases where the witness would clearly not have sought the statutory protection in exchange for going forward with his testimony as a *quid pro quo* for testifying against his own interests.

This distinction offers useful analytical tools to interpret s. 13 in a manner consistent with its wording, spirit and ancestry. In my view, the key to the proper interpretation of s. 13 is to focus on the incriminating use of evidence for which the accused would have had a common law privilege to refuse to answer. It is only for that kind of evidence that use immunity was granted by virtue of s. 5 of the

d’une procédure subséquente. À mon avis, le juge du procès initialement saisi d’une demande fondée sur l’art. 5 doit s’assurer que le témoin se trouve bel et bien dans la situation visée par cette disposition : la question contre laquelle le témoin soulève une objection doit être telle que, « sans la présente loi », il aurait pu refuser d’y répondre en common law au motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer. Cependant, au-delà de cette fonction limitée, le juge du procès doit simplement prendre acte du fait que le témoin réclame la protection de la loi. Il n’est pas étonnant que les tribunaux ne se soient pas souvent penchés sur cette question. D’une part, l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est rarement invoqué puisque la grande majorité des témoins ne sont pas représentés par des avocats lorsqu’ils témoignent et qu’il est peu probable qu’ils soient au courant de l’existence de cette disposition. D’autre part, le juge du procès saisi d’une demande fondée sur l’art. 5 n’a pas vraiment intérêt à examiner si elle est formulée à bon droit puisque la loi oblige le témoin à répondre à la question de toute manière.

Par contraste, la protection accordée par l’art. 13 s’applique automatiquement, sans que le témoin doive l’invoquer ou en déclencher l’application. Cela en soi crée une nouvelle série de difficultés. Comme le souligne l’arrêt *Kuldip*, précité, le fait d’étendre à tous les témoins la protection quasi-absolue prévue par l’art. 13 de la *Charte* pose un problème : pareille protection irait bien au-delà de la protection légale en fournissant à tous les témoins un bouclier contre leur contre-interrogatoire relativement à tout témoignage antérieur, incriminant ou non au moment où il a été rendu. Il en serait ainsi même dans les cas où il est clair que le témoin n’aurait pas demandé la protection légale en échange de son témoignage préjudiciable à ses intérêts.

Cette distinction offre des outils analytiques utiles pour interpréter l’art. 13 d’une façon compatible avec son libellé, son esprit et son historique. À mon avis, la clé de l’interprétation correcte de l’art. 13 consiste à centrer notre attention sur l’utilisation incriminante du témoignage à l’égard duquel la common law aurait reconnu à l’accusé le privilège de refuser de répondre. C’est le seul type de

Canada Evidence Act in lieu of the common law right to silence.

44 When the accused is cross-examined by reference to incriminating evidence that he gave in a judicial proceeding — whether the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act* was claimed or not — the accused is protected by s. 13 of the *Charter*. This is our case.

45 The question remains whether s. 13 would prevent cross-examination to test credibility on innocuous evidence previously given — when s. 5 was not claimed — and when the sole purpose is now to challenge credibility. This was the case in *Kuldip, supra*, which is still good law. In such a case, s. 13 does not expand a protection that would not have been available under s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Section 5 is only available if “but for this Act” the witness would have been excused from answering the question pursuant to the common law privilege. Accordingly, as I indicated earlier, a limited amount of policing by the trial judge before whom the protection is sought is implicit. Section 5 is only available to shelter a witness from the adverse consequences of evidence that, at common law, he would have never been obliged to provide.

46 In the result, when the evidence given in a judicial proceeding by a witness who subsequently becomes an accused was incriminating at the time it was given, such that the witness could have been granted the statutory protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but did not know to ask, the focus should shift to the use that the Crown proposes to make of that evidence at the subsequent trial of the accused. Clearly, as in *Dubois, supra*, the Crown is precluded from introducing it as part of its case in chief. Whether the Crown can confront the accused with his prior incriminating testimony in cross-examination, purportedly to test his credibility, will depend on whether there is a real danger, despite any

témoignage contre l’utilisation duquel l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* accorde une immunité qui remplace le droit de garder le silence reconnu en common law.

L’accusé bénéficie de la protection de l’art. 13 de la *Charte* lorsqu’il est contre-interrogé relativement à un témoignage incriminant qu’il a déjà rendu dans une procédure judiciaire — peu importe qu’il ait réclamé ou non la protection de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en bénéficie en l’espèce.

Il reste à savoir si l’art. 13 empêche la tenue d’un contre-interrogatoire visant à attaquer la crédibilité du témoin relativement à un témoignage inoffensif rendu antérieurement — lorsque le témoin n’a pas revendiqué la protection de l’art. 5 — et lorsque le contre-interrogatoire a pour unique but de miner la crédibilité du témoin. C’était le cas dans l’affaire *Kuldip*, précitée, qui correspond encore à l’état du droit. En pareil cas, l’art. 13 n’élargit pas la portée d’une protection inaccessible sous le régime de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L’article 5 ne s’applique que si, « sans [cette] loi », le témoin aurait été exempté de répondre à la question conformément au privilège de common law. Par conséquent, comme je l’ai indiqué précédemment, le juge du procès saisi d’une demande de protection exerce implicitement un contrôle limité. L’article 5 ne s’applique que pour mettre le témoin à l’abri des conséquences préjudiciables d’un témoignage qu’il n’aurait jamais été contraint de rendre en common law.

En définitive, lorsque le témoignage offert dans une procédure judiciaire par un témoin devenu par la suite accusé était incriminant au moment où il a été rendu, de sorte que le témoin aurait pu bénéficier de la protection légale de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s’il avait su qu’il pouvait la revendiquer, il faut centrer notre attention sur la façon dont le ministère public entend utiliser ce témoignage au procès subséquent de l’accusé. De toute évidence, comme dans l’affaire *Dubois*, précitée, le ministère public ne peut se servir de ce témoignage pour établir sa preuve principale. La question de savoir si le ministère public peut opposer à l’accusé, en contre-interrogatoire, son

warning given to the jury, that the protected evidence may be used to incriminate the accused. This is so in part because of the *quid pro quo*. There should be no risk attached to being compelled to give incriminating evidence, save to answer to perjury or similar charges.

If the prior testimony of the accused was innocuous at the time it was given, it is unlikely that it will serve to incriminate him when it is subsequently used to challenge his credibility. In such a case, as per *Kuldip, supra*, the cross-examination should be permitted. If the original evidence was not incriminating, the *quid pro quo* was never engaged, and the witness cannot ask of the state that he be prevented from being cross-examined as to his credibility should he assert matters differently in a subsequent proceeding, even if the ultimate effect of that subsequent cross-examination may be adverse to his interest. This is consistent with the language of s. 13 which grants to every witness the right not to have any “incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings” (emphasis added).

There is of course no need to adhere to a strict “double incrimination test” in order to trigger the s. 13 protection. Such a strict requirement was rejected in *Dubois, supra*. The evidence is not required to have been obviously incriminating at the time it was given to prevent the direct use by the Crown to incriminate the accused in his subsequent trial. (Although I point out that in *Dubois* the evidence was incriminating at least in part when it was originally given.) In other words, the protection is universal when the subsequent use is to incriminate. But when the prior testimony was incriminating and the Crown, under the authority of *Kuldip, supra*, purports to use that prior testimony apparently for the sole purpose of testing the credibility of the accused, now a witness in his own trial, the protection of s. 13 is activated and the cross-examination will likely be prohibited. The key question is whether

témoignage antérieur incriminant, censément pour attaquer sa crédibilité, dépendra de l’existence du danger réel que le témoignage protégé puisse servir à incriminer l’accusé, malgré toute mise en garde faite au jury. Il en est ainsi en partie en raison du principe de la contrepartie. Le témoin ne devrait courir aucun risque du fait d’être contraint d’offrir un témoignage incriminant, hormis le risque d’une poursuite pour parjure ou pour une infraction similaire.

Si le témoignage antérieur de l’accusé était inoffensif au moment où il a été rendu, il est peu probable que son utilisation subséquente aux fins d’attaquer la crédibilité de l’accusé puisse servir à l’incriminer. Dans ce cas, conformément à l’arrêt *Kuldip*, précité, le contre-interrogatoire devrait être permis. Si le témoignage initial n’était pas incriminant, il n’y a jamais eu attribution d’une contrepartie et le témoin ne peut demander à l’État d’être soustrait à un contre-interrogatoire quant à sa crédibilité s’il donne une version différente des faits dans une procédure subséquente, même si l’effet ultime de ce contre-interrogatoire peut être préjudiciable à ses intérêts. Cette règle est compatible avec le libellé de l’art. 13 qui confère à tout témoin le droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures » (je souligne).

Il n’est évidemment pas nécessaire d’appliquer un « critère de double incrimination » strict pour donner ouverture à la protection garantie par l’art. 13. L’arrêt *Dubois*, précité, a rejeté un critère aussi strict. Il n’est pas nécessaire que le témoignage ait été clairement incriminant au moment où il a été rendu pour qu’il soit interdit au ministère public de l’utiliser plus tard directement dans le but d’incriminer l’accusé lors de son procès. (Précisons toutefois que le témoignage en cause dans l’arrêt *Dubois* était incriminant au moins en partie lorsqu’il a été offert à l’origine.) En d’autres termes, cette protection est universelle lorsque l’utilisation subséquente du témoignage vise à en incriminer l’auteur. Néanmoins, lorsque le témoignage antérieur était incriminant et que le ministère public s’appuie sur l’arrêt *Kuldip*, précité, pour l’utiliser apparemment dans l’unique but d’attaquer la crédibilité de

47

48

the evidence is used to incriminate. This was not the case in *Kuldip*. It is clearly the case here.

l'accusé, maintenant témoin à son propre procès, la protection de l'art. 13 s'applique et la tenue du contre-interrogatoire sera vraisemblablement interdite. Il s'agit essentiellement de savoir si le témoignage est utilisé pour incriminer l'accusé. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Kuldip*. C'est nettement le cas en l'espèce.

49 As I indicated at the outset, the reasons of the majority of the Court of Appeal in this case rest on the assumption that the jury is perfectly capable, if properly instructed, of distinguishing between using evidence to incriminate and using evidence to discredit. Lamer C.J. in *Kuldip* had of course accepted that distinction, while he recognized that it was not, at times, free of difficulties. He analogized the dual use of evidence by reference to the introduction at trial of the criminal record of an accused who takes the stand in his own defence (*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). This use of the criminal record is permitted as long as it is aimed at discrediting the accused who elects to testify; it cannot be used to show a propensity to commit crimes. But, ultimately, the analogy with the use of the accused's criminal record is in my view of limited utility. It is often said that an accused who testifies in his own trial is in the same position as any other witness and that his credibility can therefore be tested in the same way by reference to his criminal record. It is true that the accused is like any other witness, except of course that he comes equipped with the special constitutional shield provided to him by s. 13 of the *Charter*. In that sense at least, he is not like any other witness.

Comme je l'ai indiqué au début, les motifs prononcés par la Cour d'appel, à la majorité, reposent sur l'hypothèse que le jury, s'il a reçu des directives appropriées, est parfaitement capable de faire la distinction entre le fait d'utiliser une preuve dans le but d'incriminer l'accusé et de l'utiliser dans le but de le discréditer. Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer a bien entendu accepté cette distinction, en reconnaissant par contre qu'elle pouvait parfois présenter des difficultés. Il a comparé cette double utilisation de la preuve avec la production, au procès, du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne pour sa défense (*R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). On peut utiliser le casier judiciaire de l'accusé qui décide de témoigner afin de le discréditer, mais non afin de démontrer sa propension à commettre des crimes. Toutefois, en définitive, cette comparaison avec l'utilisation du casier judiciaire de l'accusé ne me paraît pas très utile. On affirme souvent qu'un accusé qui témoigne à son propre procès se trouve dans la même situation que tout autre témoin et que l'on peut donc attaquer sa crédibilité de la même façon que celle d'un autre témoin au moyen de son casier judiciaire. Certes, l'accusé se trouve dans la même situation que tout autre témoin, sauf bien entendu qu'il bénéficie de la protection constitutionnelle spéciale garantie par l'art. 13 de la *Charte*. À cet égard, à tout le moins, sa situation diffère de celle d'un autre témoin.

50 There is a fundamental distinction between cross-examining a witness (other than the accused) on the basis of his or her prior statement, and cross-examining the accused on the same basis. The prior inconsistent statement of a witness is not admissible for the truth of its content, as hearsay. In contrast, any prior inconsistent statement of an accused is admissible for the truth of its content (either as an exception to the hearsay rule, or as non-hearsay, depending on the preferred definition of hearsay).

Il existe une distinction fondamentale entre le contre-interrogatoire d'un témoin (autre que l'accusé) et celui de l'accusé relativement à une déclaration antérieure qu'ils ont faite. Comme il s'agit de ouï-dire, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin n'est pas admissible aux fins d'établir la véracité de son contenu. En revanche, toute déclaration antérieure incompatible d'un accusé est admissible pour établir la véracité de son contenu (soit à titre d'exception à la règle du ouï-dire, soit

In any event, this underlines one of the difficulties in instructing the jury to disregard the content of a prior incriminating statement by the accused. More importantly, there is a great deal of difference between being told to ignore the evidence of predisposition that a criminal record may represent, and being told to ignore the content of an admission of guilt made under oath in another trial. The present case is a glaring illustration of that difficulty. The accused made several incriminating statements, all of which were introduced against him at his trial for the truth of their content. It is difficult to imagine how a jury would understand that the ones they must disregard are the ones he made under oath at his brother's trial.

There was no danger in *Kuldip, supra*, and in *B. (W.D.), supra*, that the reference to the prior testimony would be used directly by the jury to incriminate the accused. The accused Kuldip was being cross-examined on the basis of a statement that he made in his own previous trial on a charge for failing to stop at the scene of an accident, contrary to s. 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 252). At his first trial he testified that after the accident, on February 6, 1983, he went to the police station to inform the police of what had happened and spoke to P.C. Brown. Before his second trial he found out that P.C. Brown was not on duty that day. So at that trial he testified that he once thought that he had spoken to P.C. Brown on February 6 but now thought it could not have been him. The Crown wished to cross-examine him on the basis of his testimony in the first trial on that point. His original testimony that he had gone to the station and met P.C. Brown the day of the accident was hardly incriminating when it was given. He did not claim the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave that evidence, and it is difficult to imagine why anyone would. It is also difficult to imagine how the Crown could have ever wanted to introduce it in chief as part of its case for an incriminating purpose. There was no suggestion that it should be used for the truth of its content. There was

parce qu'il ne s'agit pas de oui-dire, selon la définition du oui-dire qu'on privilégie). Quoiqu'il en soit, cette distinction fait ressortir l'une des difficultés auxquelles se heurte le juge lorsqu'il donne au jury la directive de ne pas tenir compte du contenu de la déclaration antérieure incriminante de l'accusé. Fait plus important encore, il existe une énorme différence entre le fait de recevoir la directive d'écarter la preuve de prédisposition que peut représenter un casier judiciaire et celle d'écarter un aveu de culpabilité fait sous serment lors d'un autre procès. Le présent pourvoi constitue un exemple frappant de cette difficulté. L'accusé a fait plusieurs déclarations incriminantes qui ont toutes été déposées en preuve contre lui à son procès dans le but d'établir la véracité de leur contenu. Il est difficile d'imaginer qu'un jury comprendrait que les déclarations dont il doit faire abstraction sont celles que l'accusé a faites sous serment au cours du procès de son frère.

Dans les affaires *Kuldip* et *B. (W.D.)*, précitées, il n'existait pas de risque qu'une allusion au témoignage antérieur soit utilisée directement par le jury pour incriminer l'accusé. L'accusé Kuldip était contre-interrogé relativement à une déclaration qu'il avait faite lors de son procès antérieur concernant une accusation d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident en contravention du par. 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 252). Lors du premier procès, Kuldip avait affirmé, lors de son témoignage, s'être rendu au poste de police après l'accident, le 6 février 1983, pour signaler les événements et avoir alors rencontré l'agent P.C. Brown. Avant le deuxième procès, il a découvert que P.C. Brown n'était pas en fonction ce jour-là. Au cours du deuxième procès, M. Kuldip a donc témoigné qu'il avait cru parler à l'agent P.C. Brown le 6 février, mais croyait maintenant qu'il était impossible que ce fut lui. Le ministère public désirait contre-interroger M. Kuldip relativement au témoignage qu'il avait offert à ce sujet lors du premier procès. Le premier témoignage selon lequel il s'était rendu au poste de police et avait rencontré P.C. Brown le jour de l'accident était peu incriminant au moment où il avait été offert. M. Kuldip n'a pas réclamé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu'il a témoigné et on peut difficilement imaginer pourquoi quelqu'un l'aurait réclamée. Il

clearly no risk that it would be used for any purpose other than to test the credibility of the accused, and no risk that the trial judge, or a hypothetical jury, would be confused and make an improper use of the prior evidence.

est aussi difficile d'imaginer comment le ministère public aurait pu vouloir produire ce témoignage en interrogatoire principal à titre de preuve à charge afin d'incriminer l'accusé. Il n'a pas été question d'utiliser ce témoignage pour établir la véracité de son contenu. Il est clair qu'il n'existait aucun risque qu'il serve à une fin autre que celle d'attaquer la crédibilité de l'accusé, ni d'ailleurs aucun risque que le juge du procès, ou un jury hypothétique, s'embrouille et utilise ce témoignage antérieur de façon irrégulière.

52 Similarly in *B. (W.D.)*, *supra*, the prior testimony with which the accused was confronted dealt with his alleged unfaithfulness to his wife and contained non-incriminating admissions related to the charges that he faced.

De même, dans l'affaire *B. (W.D.)*, précitée, le témoignage antérieur auquel était confronté l'accusé avait trait à son infidélité alléguée envers son épouse et contenait des aveux non incriminants relatifs aux accusations pesant contre lui.

53 In contrast, although the prior testimony of the accused in *Mannion*, *supra*, was also on its face innocuous when it was given, this Court held that for the Crown to introduce it against the accused at trial, in cross-examination, could have no other purpose than to incriminate him and therefore would violate s. 13. *Mannion* is a case where it is unlikely that the accused would have sought the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave his original evidence since that evidence did not "tend to criminate" him when it was given. In that sense s. 13 is an expansion of the statutory protection, and one fully in line with the broad constitutional protection against compulsory self-incrimination.

Par contre, bien que le témoignage de l'accusé dans l'affaire *Mannion*, précitée, ait lui aussi été anodin à première vue au moment où il a été rendu, notre Cour a statué que la production de ce témoignage contre l'accusé au procès, au moment du contre-interrogatoire, ne pouvait avoir d'autre fin que celle de l'incriminer et contreviendrait en conséquence à l'art. 13. Il s'agissait d'une affaire où il est peu probable que l'accusé aurait sollicité la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu'il a témoigné la première fois puisque son témoignage ne « tend[ait] [pas] à l'incriminer » lorsqu'il l'a offert. En ce sens, l'art. 13 étend la protection légale, en parfaite harmonie avec la vaste protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination forcée.

54 Some would argue that the limited *Kuldip* exception to the s. 13 protection should be abolished. It would be said, in part, that the ultimate aim of the Crown is always to incriminate and that therefore a cross-examination to impeach the credibility of an accused is always, at least indirectly, an attempt to incriminate him. Furthermore, it could be argued that the risk of the jury misusing the prior testimony, even inadvertently, outweighs the benefit of a full contradictory cross-examination on credibility. In my view, there is no need to depart from *Kuldip* to that extent. The cogent arguments advanced in that case to allow an accused who testifies to be confronted with prior inconsistent statements made

Certains pourraient prétendre qu'il faut abolir l'exception limitée à la protection de l'art. 13, formulée dans l'arrêt *Kuldip*. On ferait notamment valoir que le ministère public a toujours comme but ultime d'incriminer l'accusé et qu'un contre-interrogatoire visant à attaquer la crédibilité d'un accusé constitue toujours, du moins indirectement, une tentative de l'incriminer. Par ailleurs, on pourrait avancer que le risque que le jury utilise le témoignage antérieur à mauvais escient, même par inadvertance, l'emporte sur l'avantage à tirer d'un contre-interrogatoire contradictoire complet sur la crédibilité. À mon avis, il n'est pas nécessaire de déroger à ce point à l'arrêt *Kuldip*. Les arguments

in another judicial proceeding can stand as long as there is no risk that such cross-examination could amount to a repudiation of the *quid pro quo* upon which the accused gave evidence in the first place. If there is any indication that the Crown is using the prior evidence to incriminate the accused directly, as in *Dubois, supra*, or indirectly as in *Mannion, supra*, or that the prior evidence was such that it contained, subjectively or objectively, an element of self-incrimination, s. 13 is activated and all reference to the testimony is prohibited, even for the sole purpose of challenging the credibility of the accused. In my view, *Kuldip* is limited to cases where the reference to the prior evidence is exclusively for impeachment purposes and carries no other risk of incrimination. In other words, the cross-examination would be permitted when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence.

This is so in part because, as this case illustrates, a cross-examination on a prior admission of guilt is such that it is asking too much of a jury to ignore the content of the prior admission, particularly when the admission was made under oath in a prior judicial proceeding. This is different from asking the jury to ignore the damaging content of a prior criminal record as evidence of bad character or of predisposition to commit the offence. That, in my view, is challenging enough. But even in the face of the most legally cogent instructions, it is most likely that the jury would not ignore the content of the prior incriminating testimony. Frankly, in a case like the present one, the jury would be entitled to doubt that it had correctly understood the distinction, assuming that all jurors correctly perceived its import. They were told, essentially, that they could use as incriminating evidence the numerous statements that the accused made to the police, but that they could not use for the same purpose the evidence that he gave under

convaincants présentés dans cette affaire à l'appui de la possibilité de confronter l'accusé avec des déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'une autre procédure judiciaire demeurent valables dans la mesure où il n'existe pas de risque que le contre-interrogatoire puisse constituer un désaveu de la contrepartie en retour de laquelle l'accusé a témoigné à l'origine. S'il existe une indication quelconque que le ministère public utilise le témoignage antérieur pour incriminer l'accusé directement, comme dans l'affaire *Dubois*, précitée, ou indirectement, comme dans l'affaire *Mannion*, précitée, ou que le témoignage antérieur renfermait, subjectivement ou objectivement, un élément d'auto-incrimination, l'art. 13 s'applique et toutes les allusions à ce témoignage sont interdites, même à la seule fin d'attaquer la crédibilité de l'accusé. À mon avis, l'application de l'arrêt *Kuldip* se limite aux cas où la mention du témoignage antérieur vise exclusivement à attaquer la crédibilité et ne comporte aucun autre risque d'incrimination. En d'autres termes, on permettrait le contre-interrogatoire lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense.

Comme l'illustre le présent pourvoi, il en est ainsi en partie parce que, compte tenu de la nature même d'un contre-interrogatoire sur un aveu de culpabilité antérieur, c'est trop demander au jury que de faire abstraction du contenu de cet aveu, plus particulièrement lorsqu'il a été fait sous serment dans une procédure judiciaire antérieure. Ce n'est pas du tout la même chose que de demander au jury de faire abstraction du contenu compromettant d'un casier judiciaire antérieur à titre de preuve de mauvaise moralité ou de prédisposition à commettre l'infraction. Ce qui, à mon avis, est déjà assez délicat. Cependant, même après avoir reçu les directives les plus sévères et les plus précises, il est fort probable que le jury ne fera pas abstraction du contenu du témoignage antérieur incriminant. En toute franchise, dans un cas comme celui qui nous occupe, le jury serait en droit de douter d'avoir bien compris cette distinction, en supposant que tous les jurés en aient bien saisi la signification. On leur a dit

oath in a court of law. A jury could be forgiven for thinking that it may have misunderstood the instruction, unless such instruction was accompanied by a lengthy explanation as to its rationale and purpose. Even at that, I agree with Fish J.A. that this would be asking the impossible.

essentiellement qu'ils pouvaient utiliser, à titre de preuve incriminante, les nombreuses déclarations que l'accusé avait faites à la police, mais qu'ils ne pouvaient utiliser, au même titre, le témoignage que l'accusé a rendu sous serment devant un tribunal. On pourrait pardonner au jury de croire qu'il a peut-être mal compris les directives, à moins qu'elles soient accompagnées d'une longue explication quant à leur raison d'être et à leur objet. Et même alors, je reconnais, à l'instar du juge Fish, que ce serait demander l'impossible.

56

I am not casting doubt on the jury's ability to sort out complicated evidence and its permissible uses. This Court has consistently expressed its faith in the institution of the jury (see for example *Corbett, supra*). This faith in the intelligence and common sense of jurors formed the basis of my dissent in *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29. However, there are cases where the mental gymnastics requested of the jury are, on their face, absurd. I believe this to be such a case. Indeed, even the learned trial judge in the present case, a case that required a limiting instruction, expressed some confusion about the proper use of the prior testimony when he referred, in the presence of the jury, to the "double purpose" of the cross-examination: to impeach the credibility of the appellant, and to attempt to obtain admissions from him. This is also why, in part, confessions excluded at common law under the voluntariness rule, or excluded under s. 24(2) of the *Charter*, cannot be introduced solely to challenge the credibility of an accused who testifies and denies his guilt (see *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Monette*, [1956] S.C.R. 400, at p. 402).

Je ne mets pas en doute la capacité du jury de faire le tri des éléments d'une preuve complexe et d'en cerner les utilisations permises. Notre Cour a toujours exprimé sa confiance dans l'institution du jury (voir par exemple l'arrêt *Corbett*, précité). C'est sur cette confiance dans l'intelligence et le bon sens des jurés que reposait ma dissidence dans l'arrêt *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29. Toutefois, il existe des cas où la gymnastique intellectuelle requise du jury est à première vue absurde. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. En effet, même le juge du procès dans la présente affaire, qui commandait des directives restrictives, s'est embrouillé quant à l'utilisation appropriée du témoignage antérieur lorsqu'il a parlé en présence du jury du « double objectif » du contre-interrogatoire : attaquer la crédibilité de l'appelant et tenter d'obtenir des aveux de sa part. C'est également en partie pourquoi les confessions exclues en common law par application de la règle du caractère volontaire ou en vertu du par. 24(2) de la *Charte* ne peuvent être produites dans le seul but de miner la crédibilité de l'accusé qui témoigne et nie sa culpabilité. (Voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Monette*, [1956] R.C.S. 400, p. 402.)

57

While this Court has insisted over the years that jurors be made privy to as much evidence as possible, we have also recognized the necessity to exclude evidence in appropriate cases where the prejudicial effect of its use would overshadow its probative value. This was expressly recognized in *Corbett, supra*. The discretion to disallow cross-examination on prior convictions in appropriate cases reflects an overriding concern not to put to the jury evidence that presents an intolerable likelihood

Bien qu'elle ait insisté au fil des ans pour que les jurés soient mis au courant de la preuve la plus complète possible, notre Cour a aussi reconnu la nécessité d'exclure un élément de preuve au besoin, lorsque l'effet préjudiciable découlant de son utilisation en éclipserait la valeur probante. Elle l'a déclaré expressément dans l'arrêt *Corbett*, précité. Le pouvoir discrétionnaire de refuser, dans les cas opportuns, d'autoriser un contre-interrogatoire portant sur des condamnations antérieures traduit le

of misuse. In addition to the risk of misuse, there is also a legitimate societal interest in not eviscerating constitutional protections such as the one provided for in s. 13 of the *Charter*.

Section 13 of the *Charter*, whatever its scope, will be viewed by some as standing in the way of the truth-finding process. However, it has never been the case in our criminal justice system that the search for truth could be pursued at all costs, by all means. This was best stated in the classic words of Vice-Chancellor Sir J. L. Knight Bruce:

The discovery and vindication and establishment of truth are main purposes certainly of the existence of Courts of Justice; still, for the obtaining of these objects, which, however valuable and important, cannot be usefully pursued without moderation, cannot be either usefully or creditably pursued unfairly or gained by unfair means, not every channel is or ought to be open to them. . . . Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much. [See *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, at p. 957.]

In this light, the prohibition against any reference to prior incriminating evidence also reflects a more fundamental principle, which is at the heart of s. 13. That principle is the trade-off between the right of the state to compel, under the threat of legal sanctions, the evidence of each and every one of us, under oath, in public, in a court of law, and the need for the state to prove its case without the compelled self-incriminating evidence of the accused. That trade-off, reflected in s. 13 of the *Charter*, is a critical feature of the administration of justice that courts are required to protect and uphold. Only in the exceptional circumstance reflected in a case like *Kuldip, supra*, should courts be satisfied that there is no repudiation or betrayal of the conditions under which the witness, now accused, chose to give the potentially damaging evidence rather than face the alternative sanction of a finding of contempt of court. This is not based on any distrust of juries. It is based on the apparent absurdity of asking juries to disregard a confession

souci premier de ne pas soumettre certains éléments de preuve au jury lorsque le risque qu'ils soient mal utilisés est démesuré. Outre le risque d'une mauvaise utilisation, il est dans l'intérêt légitime de la société que les garanties constitutionnelles comme celle édictée à l'art. 13 de la *Charte* ne soient pas vidées de leur contenu.

Certains seront d'avis que l'art. 13 de la *Charte*, quelle qu'en soit la portée, fait obstacle au processus de recherche de la vérité. Toutefois, notre système de justice pénale n'a jamais permis la recherche de la vérité à tout prix et par tout moyen. C'est le vice-chancelier Sir J. L. Knight Bruce qui a le mieux résumé ce principe dans l'énoncé classique qui suit :

[TRADUCTION] Les cours de justice ont sans contredit pour principal objectif la recherche, la défense et la découverte de la vérité; mais tous les moyens ne leur sont pas permis — et ne devraient pas leur être permis — pour réaliser cet objectif, si valable et important soit-il; elles ne peuvent chercher honorablement à l'atteindre sans faire preuve de modération, au prix de l'injustice ou par des moyens inéquitable. [. . .] La vérité est comme toute bonne chose : parfois on la chérit à l'excès, on la recherche trop ardemment, on la paie trop cher. [*Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, p. 957]

Sous cet angle, l'interdiction de faire quelque allusion que ce soit à un témoignage antérieur incriminant traduit également un principe plus fondamental qui est de l'essence de l'art. 13. Ce principe est un compromis entre, d'une part, le droit de l'État de contraindre une personne, sous la menace des sanctions de la loi, à témoigner sous serment, en public, devant un tribunal et, d'autre part, l'obligation de l'État d'établir sa preuve sans le témoignage auto-incriminant forcé de l'accusé. Ce compromis, exprimé dans l'art. 13 de la *Charte*, constitue un élément essentiel de l'administration de la justice que les tribunaux doivent protéger et préserver. La situation exceptionnelle en cause dans *Kuldip, précité*, est la seule dans laquelle le tribunal devrait être convaincu qu'il n'y a pas eu désaveu ou non-respect des conditions en vertu desquelles le témoin, maintenant accusé, a décidé d'offrir le témoignage susceptible de lui nuire plutôt que d'encourir l'autre sanction possible, c'est-à-dire d'être condamné pour outrage au tribunal. Cette conclusion n'est pas fondée sur

under oath, and on the unfairness of allowing them to give effect to it.

B. *Cross-Examination on Awareness of the Law*

un manque de confiance envers les jurés. Elle tient au fait qu'il serait à la fois absurde à première vue de demander aux jurés de ne pas tenir compte d'un aveu fait sous serment et injuste de leur permettre d'y donner suite.

B. *Le contre-interrogatoire sur la connaissance de la loi*

J'aimerais formuler une dernière remarque sur l'art. 13. L'appelant allègue que, lors de son contre-interrogatoire, aucune allusion n'aurait dû être faite à sa connaissance de la protection légale et constitutionnelle que lui offrent, respectivement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte*. Je suis d'accord. Dans les rares circonstances où il sera permis de contre-interroger un accusé relativement à son témoignage antérieur, le contre-interrogatoire ne visera que sa crédibilité. Je ne vois aucun motif de ne pas appliquer en l'espèce le raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75. Essentiellement, qu'on interroge le témoin sur sa connaissance éventuelle du droit au moment où il témoigne pour la première fois ou au moment de son témoignage contradictoire à une autre occasion, on ne sait pas vraiment ce qu'il faut inférer de la perception qu'a le témoin de la protection légale dont il peut se prévaloir. Par exemple, dans l'affaire *Jabarianha*, la poursuite prétendait que le témoin avait menti en affirmant dans son témoignage que c'était lui, et non l'accusé, qui était l'auteur de l'infraction et qu'il savait qu'il pouvait impunément faire un faux aveu grâce à la protection que lui garantissait l'art. 13. En l'espèce, au contraire, le ministère public voulait faire reconnaître à l'appelant qu'il avait dit la vérité lorsqu'il s'était incriminé au procès de son frère parce qu'il savait pouvoir s'incriminer en toute impunité grâce à la protection que lui garantissait l'art. 13. Au-delà des motifs convaincants exprimés dans l'arrêt *Jabarianha* à l'encontre d'un tel contre-interrogatoire, il me semble que le fait que l'accusé soit au courant de la protection légale dont il bénéficie ne permet tout simplement pas de tirer une inférence quant à la véracité ou à la fausseté de son témoignage. Ces questions n'auraient pas dû être permises en l'espèce.

60

One final comment in relation to s. 13. The appellant argues that no reference should have been made, during his cross-examination, to his awareness of the statutory and constitutional protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* respectively. I agree. In the rare circumstances where it will be permissible to cross-examine an accused on the basis of his prior testimony, the cross-examination will only be directed at his credibility. I see no reason not to apply the rationale of this Court's decision in *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75, to this case now before us. Essentially, whether the probing of the knowledge that the witness may have of the law is done when his original evidence is given, or whether it is pursued when he gives inconsistent evidence on a subsequent occasion, it is not clear what inference is to be drawn from the witness's perception of the legal protection available to him or her. In *Jabarianha*, for example, the suggestion was that the witness was lying when he testified that he, and not the accused, was responsible for the offence, and that he knew that he could falsely confess with impunity in light of the s. 13 protection. Here, on the other hand, the Crown was suggesting to the appellant that he told the truth when he incriminated himself at his brother's trial because he knew that he could do so with impunity in light of the protection of s. 13. It seems to me that, apart from the cogent reasons advanced in *Jabarianha* not to permit this line of cross-examination, the simple fact is that knowledge of the legal protection does not yield an inference in relation to truthfulness one way or the other. This line of questioning should not have been permitted in this case.

C. *The Other Grounds of Appeal*

It is conceded that the trial judge's instructions on reasonable doubt were not in accordance with the decisions of this Court in *Lifchus*, *supra*. Specifically, the errors in the trial judge's charge are said to be similar to those encountered in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, and *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56. Since the case must go back for a new trial on the s. 13 issue, it is unnecessary to decide whether the instructions were sufficiently flawed to have required a new trial on that ground alone.

As for the treatment by the trial judge of the expert evidence, in my view the instructions were not deficient to the point of constituting a misdirection.

VI. Conclusion

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial is ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

Truth is essential to justice. The law respecting the privilege against self-incrimination seeks to foster both by promoting the search for truth. The nuanced approach of Lamer C.J. in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, in my opinion, achieved that result while preserving the fundamental privilege against self-incrimination. *Kuldip* has been the law in this country for the last 12 years. No cogent reasons have been presented to indicate that any aspect of *Kuldip* is bad law. Besides, neither the majority nor the dissent in the Court of Appeal in the case at bar, nor for that matter the parties before us, presented arguments or asked for the reversal of any facet of *Kuldip*. Notwithstanding this, my colleague in fact reverses parts of *Kuldip*. I dissent.

C. *Les autres motifs d'appel*

Les parties ont reconnu que les directives du juge du procès sur le doute raisonnable n'étaient pas conformes à l'arrêt *Lifchus*, précité, de notre Cour. Le juge du procès aurait plus particulièrement commis, dans son exposé au jury, des erreurs semblables à celles dont il était question dans les arrêts *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, et *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56. Puisqu'un nouveau procès sera tenu en conséquence de la question fondée sur l'art. 13, il n'est pas nécessaire de décider si ces directives étaient suffisamment viciées pour exiger la tenue d'un nouveau procès pour ce seul motif.

En ce qui concerne la façon dont le juge du procès a traité la preuve d'expert, j'estime que ses directives ne comportaient pas de lacunes suffisantes pour être considérées comme des directives erronées.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et un nouveau procès est ordonné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

La vérité est essentielle à la justice. Le droit relatif au privilège de ne pas s'incriminer vise à les promouvoir toutes deux en favorisant la recherche de la vérité. L'interprétation nuancée qu'a adoptée le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, a permis à mon avis d'atteindre ce résultat tout en préservant le privilège fondamental de ne pas s'incriminer. L'arrêt *Kuldip* est le droit au pays depuis 12 ans. Aucun argument convaincant n'a été apporté de nature à indiquer qu'un aspect quelconque de l'arrêt *Kuldip* serait erroné. De surcroît, ni les juges majoritaires ni le juge dissident de la Cour d'appel en l'espèce, non plus d'ailleurs que les parties à l'instance, n'ont soulevé la question du renversement de l'arrêt *Kuldip* sous quelque aspect que ce soit. Malgré cela, ma collègue renverse en fait certains aspects de l'arrêt *Kuldip*. J'inscris ma dissidence.

61

62

63

64

II. Facts

65

In this case, the appellant is charged with the murder of Éric Arpin, a nine-year-old boy who was killed in the basement of the home where the appellant lived. This boy was killed, it is alleged, by the appellant's brother Serge Noël, while the appellant held down the victim's legs. There is some evidence that both the appellant and Serge engaged in some form of sexual activity with the victim prior to his death.

66

Serge was charged with murder. As noted by the majority in the Court of Appeal, the appellant was called by the Crown as a witness at Serge's trial. In his sworn testimony, the appellant incriminated himself in the victim's murder. At his own trial for murder, the appellant chose to take the stand in his own defence and, after doing so, recounted a somewhat different story from the one he had told under oath at Serge's trial. The Crown, in cross-examination, sought to test the appellant's credibility by making reference to his previous testimony. The appellant was convicted. His conviction was upheld on appeal by a 2-1 majority. This case comes to us as of right on the basis of the dissent in the Court of Appeal. The dissent was based on three issues, which issues are set out and dealt with below.

III. Issues

67

Like Arbour J., I will proceed to deal with the three issues in the same order in which she dealt with them. They are as follows:

- (A) Was the cross-examination of the appellant illegal or improper?
- (B) Did the trial judge err in his instructions respecting the burden of proof the jury were required to apply?
- (C) Did the trial judge err by failing to appropriately instruct the jury with respect to the manner in which they were to use the expert evidence?

II. Les faits

Dans le présent pourvoi, l'appelant est accusé du meurtre d'Éric Arpin, un garçon de neuf ans qui a été tué dans le sous-sol de la résidence de l'appelant. On allègue que le frère de l'appelant, Serge Noël, a tué le garçon pendant que l'appelant lui tenait les jambes. Certains éléments de preuve portent à croire que l'appelant et Serge se sont tous deux livrés à certains actes sexuels sur la victime avant son décès.

Serge a été accusé de meurtre. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont signalé, l'appelant a été assigné comme témoin à charge au procès de Serge. Témoignant sous serment, l'appelant s'est incriminé relativement au meurtre de la victime. À son propre procès pour meurtre, l'appelant a choisi de témoigner pour sa défense et, ce faisant, a relaté une version quelque peu différente de celle qu'il avait donnée sous serment au procès de Serge. En contre-interrogatoire, le ministère public a cherché à miner la crédibilité de l'appelant en renvoyant à son témoignage antérieur. L'appelant a été déclaré coupable. En appel, la majorité (2-1) de la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Nous sommes saisis en l'espèce d'un pourvoi de plein droit en raison de la dissidence exprimée en Cour d'appel. Cette dissidence est fondée sur trois questions qui sont exposées et analysées ci-dessous.

III. Les questions en litige

À l'instar du juge Arbour, je traiterai de ces trois questions dans l'ordre suivant :

- (A) Le contre-interrogatoire de l'appelant était-il illégal ou irrégulier?
- (B) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives quant au fardeau de preuve que le jury était tenu d'appliquer?
- (C) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury des directives appropriées sur la manière dont il devait examiner la preuve d'expert?

IV. AnalysisA. *The Cross-Examination*

- (1) The Quebec Court of Appeal (2001), 156 C.C.C. (3d) 17

This issue was fully canvassed by the Quebec Court of Appeal, both by the majority and by the dissent.

- (a) *The Majority Decision (Proulx and Chamberland J.J.A.)*

The majority in the Court of Appeal held that the Crown's cross-examination was appropriate. They agreed that the Crown's questions were directed toward undermining the appellant's credibility. They recognized as well the tenuous nature of the distinction between using the evidence to undermine the accused's credibility, and using the evidence to incriminate the accused. Notwithstanding this difficulty, the court was of the opinion that this Court's decisions (notably in *Kuldip, supra*) permitted this form of cross-examination, subject to appropriate instructions to the jury regarding the proper use of this evidence. This jury, it was held, could make the proper distinction as a result of the trial judge's instructions. With respect to the questions about the appellant's knowledge of the nature of his testimonial rights, the majority held that these questions did not unduly influence the jury given the fact that there were few such questions asked during the course of a long cross-examination which focussed almost exclusively on the prior inconsistent statements.

- (b) *The Dissent (Fish J.A.)*

On the question of the Crown's cross-examination, Fish J.A. acknowledged, at para. 180, that such cross-examination is permitted as long as its sole purpose is to undermine the accused's credibility: prior testimony cannot be used to incriminate the accused. Fish J.A. relied on *Kuldip* for this statement of law. He held that the Crown's cross-examination crossed into incriminating territory and, as a result, was not permissible. Fish J.A. took

IV. AnalyseA. *Le contre-interrogatoire*

- (1) La Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464

Cette question a été examinée en détail tant par les juges majoritaires que par le juge dissident de la Cour d'appel du Québec.

- a) *La décision majoritaire (les juges Proulx et Chamberland)*

La Cour d'appel a conclu à la majorité que le ministère public avait mené son contre-interrogatoire de façon régulière. Les juges majoritaires ont estimé que les questions posées par le ministère public visaient à attaquer la crédibilité de l'appelant. Ils ont également reconnu qu'il existait une distinction ténue entre le fait de se servir d'un élément de preuve pour miner la crédibilité de l'accusé et le fait de s'en servir pour incriminer l'accusé. En dépit de cette difficulté, ce type de contre-interrogatoire est permis, selon eux, à en juger par les décisions émanant de notre Cour (en particulier l'arrêt *Kuldip*, précité), dans la mesure où les jurés reçoivent des directives appropriées sur la façon dont il convient de se servir de cette preuve. Ils ont statué que le jury était à même de faire la distinction qui s'imposait, compte tenu des directives du juge du procès. Quant aux questions sur ce que l'appelant savait sur la nature de ses droits comme témoin, les juges majoritaires ont déclaré qu'elles n'avaient pas indûment influencé le jury étant donné le peu de questions à ce sujet lors du long contre-interrogatoire, axé presque exclusivement sur les déclarations antérieures incompatibles.

- b) *La dissidence (le juge Fish)*

En ce qui concerne le contre-interrogatoire mené par le ministère public, le juge Fish a reconnu (au par. 180) qu'il était permis, à condition que ce soit à la seule fin de miner la crédibilité de l'accusé : un témoignage antérieur ne peut servir à incriminer l'accusé. Le juge Fish a invoqué l'arrêt *Kuldip* à l'appui de ce principe de droit. Il a conclu que le contre-interrogatoire du ministère public avait pris une tournure incriminante et qu'il était de ce fait

68

69

70

special note of a 40-page passage from the record where, it is alleged, Crown counsel simply read in page after page of evidence from the previous trial. This stopped once defence counsel interjected. Fish J.A. concluded from this, and from other passages taken from the transcript, that the cross-examination had gone too far by seeking to obtain from the appellant admissions that what he had said at his brother's trial was true. He believed that no instructions to the jury could have saved this cross-examination.

(2) History and Purpose of the Laws Relating to Self-Incrimination

inacceptable. Le juge Fish a porté une attention toute particulière à un extrait de 40 pages tiré du dossier dans lequel, allègue-t-on, le substitut du procureur général a tout simplement lu page par page le témoignage donné au premier procès. On a mis un terme à cette lecture lorsque l'avocat de la défense s'est élevé contre cette façon de faire. De cela et d'autres extraits tirés de la transcription, le juge Fish a conclu que le ministère public était allé trop loin avec son contre-interrogatoire en tentant de soutirer à l'appelant des aveux selon lesquels ce qu'il avait dit au procès de son frère était vrai. Le juge Fish a estimé qu'aucune directive au jury n'aurait pu sauver ce contre-interrogatoire.

(2) Historique et objectif des lois en matière d'auto-incrimination

La meilleure façon de comprendre le droit régissant les limites acceptables d'un contre-interrogatoire sur un témoignage antérieur consiste à le placer dans son contexte historique et comparatif. Je me pencherai sur ce contexte dans le cadre de mon analyse de la jurisprudence contemporaine au Canada à ce sujet.

Le droit en matière d'auto-incrimination est exposé de façon générale dans deux dispositions. La première d'entre elles, soit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est libellée comme suit :

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

La seconde disposition, soit l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (ci-après la « LPC »), prévoit quant à elle :

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou

71 The law with respect to the permissible scope of cross-examination on prior testimony is best understood in its historical and comparative context. I will deal with this context as part of my examination of the modern authorities in Canada dealing with this topic.

72 The law governing self-incrimination is generally found in two provisions. The first, being s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, reads as follows:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

The second provision of note is s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (the "CEA"), which provision is set out here:

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any

person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

Section 5 of the *CEA* exists in every province in a form similar to the federal section.

(a) *Section 5 of the Canada Evidence Act*

While s. 13 of the *Charter* has only been in force for approximately 20 years, s. 5 of the *CEA* has a longer history in Canadian law. Section 5 first appeared in 1893, as s. 5 of *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. It reads as follows:

5. No person shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or any other person: Provided, however, that no evidence so given shall be used or receivable in evidence against such person in any criminal proceeding thereafter instituted against him other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

This section replaced the old common law privilege against self-incrimination whereby a witness was entitled, at any proceeding, to claim a privilege of silence. At common law, the witness could not be compelled to testify in any proceeding. The original s. 5 replaced this privilege with a provision compelling the witness to testify. In exchange for the lost privilege of silence, the witness was guaranteed that his evidence would not be used against him in any other criminal proceeding except, as I shall demonstrate, in certain cases.

When the original s. 5 came up for debate in the House of Commons, the general theme espoused by the Minister of Justice was that it was designed

de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

L'article 5 de la *LPC* existe dans toutes les provinces sous une forme similaire à celle du régime fédéral.

a) *L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada*

Alors que l'art. 13 de la *Charte* n'est en vigueur que depuis une vingtaine d'années, l'art. 5 de la *LPC* a des racines plus profondes en droit canadien. L'article 5 est apparu pour la première fois en 1893, sous la forme de l'art. 5 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. L'article était rédigé en ces termes :

5. Personne ne sera exempté de répondre à aucune question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit; néanmoins, nul témoignage ainsi rendu ne pourra être utilisé ou ne sera admissible comme preuve contre cette personne dans aucune poursuite criminelle intentée ensuite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure commis en rendant ce témoignage.

Cet article a remplacé l'ancien privilège de common law de ne pas s'incriminer qui permettait à un témoin d'invoquer, dans toute procédure, son privilège de garder le silence. En common law, le témoin ne pouvait être contraint de témoigner dans quelque procédure que ce soit. La version originelle de l'art. 5 a substitué à ce privilège une disposition forçant le témoin à déposer. En échange de la perte du privilège de garder le silence, le témoin obtenait la garantie que son témoignage ne serait pas utilisé contre lui dans toute autre poursuite criminelle sauf, comme je vais le démontrer, dans certaines circonstances.

Lors des débats de la Chambre des communes sur la version originelle de l'art. 5, le ministre de la Justice a retenu l'idée générale que cet article visait

to protect any witness from questions “which would tend to criminate him”: *House of Commons Debates*, vol. XXXVI, 3rd Sess., 7th Parl., March 3, 1893, at p. 1695 (Sir John Thompson). Rising in support of the wording employed in the old s. 5, the Hon. David Mills stated the following, at p. 1697:

The only change made is, that a person is compelled to give evidence that would incriminate himself, but he cannot be incriminated by so doing. [Emphasis added.]

These comments evince a clear legislative intention that s. 5 ought to apply to protect witnesses from having their compelled testimony subsequently used in an incriminating manner. To “be incriminated” is to be incriminated at a later proceeding. As a matter of logic, it does not follow from a prohibition against future “incriminating” use that there exists in s. 5 a prohibition against any use of the testimony, be it incriminating or otherwise.

à mettre le témoin à l’abri des questions « qui tendent à l’incriminer » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXVI, 3^e sess., 7^e lég., 3 mars 1893, p. 1513 (Sir John Thompson). S’affichant en faveur du libellé de l’ancien art. 5, l’honorable David Mills a dit, à la p. 1515 :

Le seul changement qu’il y ait, c’est qu’une personne est forcée de rendre un témoignage qui peut être de nature à l’incriminer, mais elle ne peut être incriminée, en agissant ainsi. [Je souligne.]

Ces commentaires manifestent l’intention claire du législateur que l’art. 5 a pour but de mettre les témoins à l’abri de l’utilisation incriminante subséquente de leur témoignage forcé. « Être incriminé » signifie être incriminé dans une procédure subséquente. Sur le plan de la logique, il ne découle pas de l’interdiction contre l’utilisation « incriminante » subséquente que l’art. 5 comporte une interdiction contre toute utilisation du témoignage, incriminant ou non.

Cette affirmation, qui va de soi, explique une composante de l’art. 5 qu’oublie souvent ceux qui étendraient l’interdiction à tout type d’utilisation subséquente du témoignage. Ceux qui prétendent que l’art. 5 vise à empêcher toute utilisation subséquente du témoignage à quelque fin que ce soit se fondent exclusivement sur certains termes de l’ancien art. 5 qui survivent à ce jour. Ce libellé apparemment catégorique indique que « [la] réponse [du témoin] ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui ». Sur le plan de l’interprétation des lois, pareille représentation du sens de l’art. 5 ne tient pas compte de la condition, prévue au par. 5(2), que le témoin ne peut réclamer la protection de l’art. 5 que si son témoignage « pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile ». Ce renvoi à la notion d’incrimination se veut sans aucun doute un renvoi à l’utilisation incriminante du témoignage dans des procédures subséquentes. Il va de soi qu’une personne appelée à témoigner dans une instance au terme de laquelle elle ne risque pas de s’incriminer ou d’établir sa responsabilité ne craint pas de s’incriminer ou d’établir sa responsabilité dans cette instance. Prenons l’exemple suivant : puisqu’il n’a pas été accusé de meurtre, un simple témoin appelé

75

This obvious statement explains a component of s. 5 that is most often forgotten by those who would apply the prohibition to all types of subsequent uses of the testimony. Those who argue that s. 5 is meant to prevent any subsequent use of the testimony for any purpose rely exclusively on certain words enacted in the old s. 5 which survive to the present day. This wording indicates in ostensibly unqualified language that “the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him”. As a matter of legislative interpretation, such a representation of the meaning of s. 5 ignores the proviso in s. 5(2) that a witness is only entitled to request protection under s. 5 where the evidence “may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding”. This reference to incrimination is undoubtedly a reference to the incriminating use of the testimony in subsequent proceedings. Naturally, a person who is called to testify in a matter that will not result in her own incrimination or liability does not fear present incrimination or liability. To take an example, a simple witness called to testify at a friend’s murder trial has no fear of being found guilty of murder in the friend’s proceeding, as the witness has not been charged with murder. The fear that the witness might have relates

wholly to potential future incrimination or liability. It is this fear that Parliament sought to address when it decided to provide the original protection against self-incrimination. Properly understood, the purpose of s. 5 is indelibly linked to incrimination. Subsequent incriminatory use is absolutely forbidden.

Curiously, the original s. 5 was ambiguous regarding whether the witness must claim the s. 5 right in order to take advantage of it (as with the common law privilege). Early Ontario cases held that, absent language in the statute requiring that the witness claim the s. 5 right, the right accorded by s. 5 existed whether the witness claimed it or not: see, for example, *R. v. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678 (H.C.), and *R. v. Hammond* (1898), 29 O.R. 211 (Div. Ct.). In 1898, Parliament amended s. 5 to require that witnesses claim the right at the original proceeding in order to take advantage of it at a later date: see *An Act to amend the Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1898, c. 53. This amended version of the original s. 5 is the one that, with slight modifications, survives to the present date.

Despite the fact that s. 5 had been in force for nearly a hundred years prior to this Court's decision in *Kuldip, supra*, no reported cases before it seem to have dealt with the issue of whether prior testimony can be put to the witness so as to impugn that person's credibility. In *R. v. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401 (Alta. S.C., App. Div.), Harvey C.J.A. wrote, in dissent, that "an accused person cannot be contradicted in respect to evidence given under the specified conditions or even cross-examined with respect to it" (p. 414). This comment can be interpreted to suggest that s. 5 of the *CEA* provides a blanket immunity against subsequent use of the testimony given under the umbrella of legislative protection. *Wilmot* did not deal at all with distinguishing

à déposer au procès d'un ami accusé de meurtre ne craint pas d'être déclaré coupable de meurtre dans l'instance mettant en cause son ami. La crainte que pourrait avoir le témoin n'a trait qu'à la possibilité de se voir subséquentement incriminé ou tenu responsable. C'est précisément cette crainte qu'a tenté de dissiper le législateur lorsqu'il a décidé initialement d'accorder la protection contre l'auto-incrimination. Interprété comme il se doit, l'objet de l'art. 5 se rattache de façon inéluctable à l'incrimination. L'utilisation incriminante subséquente de la preuve est strictement interdite.

Curieusement, la version originelle de l'art. 5 comportait une ambiguïté quant à savoir si le témoin devait revendiquer le droit conféré par cet article afin de pouvoir en bénéficier (comme c'était le cas pour le privilège de common law). Dans les premières décisions émanant de l'Ontario, on a statué, qu'en l'absence d'un libellé dans le texte de loi exigeant que le témoin revendique le droit conféré par l'art. 5, ce droit existait peu importe que le témoin l'ait revendiqué ou non : voir, par exemple, *R. c. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678 (H.C.), et *R. c. Hammond* (1898), 29 O.R. 211 (C. div.). En 1898, le législateur a apporté des modifications à l'art. 5 pour exiger que les témoins revendiquent le droit en question au cours de la procédure initiale afin de pouvoir en bénéficier subséquentement : voir *Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1898, ch. 53. C'est cette version modifiée de l'art. 5 qui, à quelques différences près, survit à ce jour.

Malgré le fait que l'art. 5 ait été en vigueur depuis près de cent ans avant l'arrêt rendu par notre Cour dans *Kuldip*, précité, il appert qu'aucune décision publiée avant le prononcé de cet arrêt n'a porté sur la question de savoir si on peut opposer à un témoin son témoignage antérieur en vue de miner sa crédibilité. Dans l'arrêt *R. c. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401 (C.S. Alb., Div. app.), le juge en chef Harvey a écrit dans sa dissidence [TRADUCTION] « [qu']un accusé ne peut être contredit sur son témoignage rendu conformément aux conditions prescrites, ni même contre-interrogé à ce sujet » (p. 414). Ce commentaire peut être interprété comme laissant entendre que l'art. 5 de la *LPC* confère une immunité générale contre

between permissible and impermissible uses of the evidence, though, and any reliance on that language as determinative of the issue would be incorrect. Indeed, none of the cases relied upon by my colleague to support her interpretation of s. 5 as imposing an absolute use immunity actually involved an attempt by the Crown to adduce the evidence so as to impugn the accused's credibility.

l'utilisation subséquente du témoignage donné sous la protection de la loi. Toutefois, l'arrêt *Wilmot* ne traitait nullement de la distinction entre l'utilisation acceptable et l'utilisation inacceptable du témoignage, et il serait erroné de conférer à ces termes un caractère déterminant sur la question. En vérité, dans aucune des décisions sur lesquelles ma collègue s'appuie pour étayer sa thèse que l'art. 5 prévoit une immunité absolue contre l'utilisation d'un témoignage, le ministère public n'avait tenté de faire admettre en preuve le témoignage de l'accusé pour en attaquer la crédibilité.

78

Essentially, there are no cases prior to *Kuldip* (and its immediate predecessors) that attempt to distinguish between legitimate and illegitimate uses of prior statements made under the protection of s. 5. In fact, the case at bar is the first case I can find where counsel attempted to undermine an accused's credibility through the use of testimony given while under the protection of the *CEA*. The lack of precedent is surprising, given the wording of s. 5 and the comments of members of Parliament that it is meant to protect the witness from incriminating use as opposed to all forms of use.

En définitive, dans aucune décision antérieure à l'arrêt *Kuldip* (et à ses prédécesseurs immédiats), n'a-t-on tenté de distinguer les utilisations légitimes des déclarations antérieures faites sous la protection de l'art. 5 de celles qui sont illégitimes. En fait, à ma connaissance, le présent pourvoi est le premier dans lequel il est question d'un avocat qui a tenté d'attaquer la crédibilité d'un accusé en se servant du témoignage que celui-ci avait offert sous la protection de la *LPC*. L'absence de précédent est surprenante, compte tenu du libellé de l'art. 5 et des commentaires de députés portant que cette disposition vise à mettre le témoin à l'abri de l'utilisation incriminante de son témoignage, par opposition à tout autre type d'utilisation.

(b) *Section 13 of the Charter*

b) *L'article 13 de la Charte*

79

The above comments, while focussing on s. 5 of the *CEA*, apply with equal vigour to s. 13 of the *Charter*. Section 13 in fact more explicitly delineates the two uses to which prior testimony can be put, be it to incriminate (impermissible) or to impugn credibility (permissible). The right accorded by s. 13 is a right "not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings" (emphasis added). There is no prohibition against using evidence in a manner so as not to incriminate the witness by, for instance, attacking his credibility.

Quoiqu'ils portent principalement sur l'art. 5 de la *LPC*, les commentaires exprimés précédemment valent également pour l'art. 13 de la *Charte*. En fait, l'art. 13 délimite de façon plus explicite les deux fins auxquelles le témoignage antérieur peut servir, que ce soit pour incriminer le témoin (ce qui est interdit) ou pour attaquer sa crédibilité (ce qui est permis). Le droit que confère l'art. 13 consiste « [en] ce qu'aucun témoignage incriminant qu[e le témoin] donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures » (je souligne). Il n'y a là aucune interdiction contre l'utilisation du témoignage d'une manière qui n'incrimine pas le témoin, par exemple par la mise en doute de sa crédibilité.

80

Unfortunately, there is no discussion in the transcript of the Special Joint Committee on the

Malheureusement, la transcription du Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada

Constitution of Canada respecting the appropriate uses to which testimony covered by s. 13 could be put. One issue arising from the creation of s. 13 that brought about a great deal of discussion was the scope of the protection offered by s. 13 relative to that offered in s. 5 of the *CEA*. One author, for instance, noted the fact that courts would provide s. 5 protection to witnesses in cases where no determination had been made as to whether the evidence put forward was incriminating at the time: see F. Maczko, "Charter of Rights: Section 13" (1982), *U.B.C. L. Rev. (Charter ed.)* 213, at p. 219. The author points out that s. 13 could be interpreted to require that the court in the second proceeding determine if the testimony was inculpatory or exculpatory at the time it was given. Such an interpretation, the author points out, would provide a lesser form of protection under s. 13 than under s. 5.

The same could be said (and has been said) about the interaction of ss. 5 and 13 relative to the right to cross-examine witnesses on matters going to their credibility. Some commentators feel that the different wording employed in these two sections militates in favour of a different form of protection. The *Charter*, it is argued, creates an express distinction between incriminatory and non-incriminatory statements, while the *CEA* does not. As such, some regard the protection provided by the *Charter* as a lesser form of protection for prior testimony. This is inherently unfair, as it provides an absolute protection to those who request protection, and an attenuated protection for those who do not. The inherent unfairness of providing different levels of protection is even more striking when one considers the fact, noted by Arbour J. in her reasons, that most witnesses come to court without the advice of counsel. To provide an absolute use immunity only to those witnesses who can afford a lawyer who will advise them to seek protection under the *CEA*, or to those intelligent or lucky enough to figure this out on their own, is, in my opinion, manifestly unfair. I observe that this argument found favour with Martin J.A. in *R. v. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 (Ont. C.A.). To resolve this apparent difficulty, Martin J.A. held

révèle l'absence de discussion sur les fins acceptables auxquelles le témoignage visé par l'art. 13 pourrait servir. Découlant de la création de l'art. 13, la question de l'étendue de la protection qu'offre cet article par rapport à celle qu'offre l'art. 5 de la *LPC* a fait l'objet de nombreux débats. Par exemple, un auteur a observé que les tribunaux accorderaient aux témoins la protection découlant de l'art. 5 en l'absence d'une décision sur le caractère incriminant du témoignage au moment où il a été rendu : voir F. Maczko, « Charter of Rights : Section 13 » (1982), *U.B.C. L. Rev. (Charter ed.)* 213, p. 219. L'auteur souligne qu'on pourrait interpréter l'art. 13 de manière à forcer le tribunal saisi de la seconde procédure à déterminer si le témoignage était de nature inculpatoire ou disculpatoire au moment où il a été rendu. Pareille interprétation, fait valoir l'auteur, aurait pour effet d'accorder au témoin une moins grande protection sous l'art. 13 que sous l'art. 5.

On pourrait en dire autant (et cela a été le cas) de l'interaction entre les art. 5 et 13 quant au droit de contre-interroger des témoins sur des questions touchant leur crédibilité. Certains commentateurs estiment que le libellé différent des deux articles milite en faveur d'une forme de protection différente. La *Charte*, soutient-on, crée une distinction explicite entre des déclarations incriminantes et des déclarations non incriminantes, alors que ce n'est pas le cas de la *LPC*. Partant, certains considèrent que la *Charte* offre un degré moindre de protection en ce qui concerne les témoignages antérieurs. Cette situation est intrinsèquement injuste en ce qu'elle accorde une protection absolue à ceux qui la revendiquent, alors que ceux qui ne la réclament pas ne bénéficient que d'une protection atténuée. Le caractère intrinsèquement injuste du fait d'accorder un degré différent de protection est d'autant plus surprenant lorsque l'on tient compte du fait, mentionné par le juge Arbour, que la plupart des témoins se présentent en cour sans bénéficier des conseils d'un avocat. À mon sens, il est manifestement injuste d'accorder une immunité absolue contre l'utilisation d'un témoignage seulement aux témoins qui peuvent s'offrir les services d'un avocat qui leur conseillera de revendiquer la protection de la *LPC*, ou encore aux témoins suffisamment intelligents ou

that s. 13 creates an absolute prohibition against any subsequent use of the evidence.

chanceux pour le faire d'eux-mêmes. Je note que le juge d'appel Martin a retenu cet argument dans l'arrêt *R. c. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 (C.A. Ont.). Pour résoudre cette difficulté apparente, le juge Martin a déclaré que l'art. 13 créait une interdiction absolue contre toute utilisation subséquente du témoignage.

82

As my above comments attest, reading ss. 5 and 13 in a different manner respecting the scope of protection they provide does not give proper credence to the wording of the two sections as well as the purposes underlining their enactment. Moreover, as will be seen later, this Court in *Kuldip*, *supra*, has already recognized that the protection granted by these two sections is coterminous.

Comme mes commentaires précédents l'attestent, donner aux art. 5 et 13 une interprétation différente quant à l'étendue de la protection qu'ils accordent ne rend pas justice au libellé des deux articles, ni aux objectifs qui sous-tendent leur promulgation. Qui plus est, comme nous le verrons plus loin, notre Cour a déjà reconnu dans l'arrêt *Kuldip*, précité, que ces deux articles offraient une protection identique.

(3) General Principles of Evidence — The Search for Truth

(3) Principes généraux de la preuve — La recherche de la vérité

83

This interpretation of ss. 5 and 13 is in keeping with the general principles animating the rules of evidence employed in our criminal process. A thorough analysis of the purposes served by the rules of evidence is to be found in two commendable articles: see D. M. Paciocco, "Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 433, and R. C. C. Peck, "The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 456. In the first article, Paciocco observes, rightly in my opinion, that "the primary criteria [*sic*] in considering the virtue in the rules of evidence is the extent to which those rules facilitate the search for the truth" (p. 436). Paciocco goes on to note two decisions by this Court where the goal of truth is espoused. In *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, I state, at p. 483, that "[t]he goal of the court process is truth seeking". Three years later, Cory J. observed in *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 13, that "[t]he ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth".

Cette interprétation des art. 5 et 13 est compatible avec les principes généraux exprimés dans les règles de preuve applicables au processus criminel qui est le nôtre. Dans deux articles dignes de mention, on a procédé à une analyse approfondie de l'objet des règles de preuve : voir D. M. Paciocco, « Evidence About Guilt : Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001), 80 *R. du B. can.* 433, et R. C. C. Peck, « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth » (2001), 80 *R. du B. can.* 456. Dans le premier article, Paciocco fait observer, à bon droit il me semble, que [TRADUCTION] « le critère premier dans l'appréciation de la valeur des règles de preuve est la mesure dans laquelle ces règles facilitent la recherche de la vérité » (p. 436). Paciocco poursuit en faisant mention de deux arrêts dans lesquels notre Cour a adhéré à cette recherche de la vérité. Dans l'arrêt *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, j'ai déclaré à la p. 483 que « [l]e processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité ». Trois ans plus tard, le juge Cory a souligné dans l'arrêt *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, que « [l]'objectif ultime d'un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité » (par. 13).

84

I have also, on other occasions, spoken about the goals and purposes the criminal justice system must serve. My comments in *R. v. Howard*, [1989]

Je me suis prononcée à d'autres occasions sur les objectifs et les buts que doit servir le système de justice pénale. Les commentaires que j'ai

1 S.C.R. 1337, at p. 1360, remain appropriate to this day:

One cannot over-emphasize the commitment of courts of justice to the ascertainment of the truth. The just determination of guilt or innocence is a fundamental underpinning of the administration of criminal justice. The ends of the criminal process would be defeated if trials were allowed to proceed on assumptions divorced from reality. If a careless disregard for the truth prevailed in the courtrooms, the public trust in the judicial function, the law and the administration of justice would disappear. Though the law of criminal evidence often excludes relevant evidence to preserve the integrity of the judicial process, it is difficult to accept that courts should ever willingly proceed on the basis of untrue facts.

More recently, in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, I made the following remarks (at para. 31):

This Court has taken a flexible approach to the rules of evidence, “reflect[ing] a keen sensibility to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations”: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 623. In the specific context of hearsay evidence, Lamer C.J. speaking for a unanimous Court in *Smith*, *supra*, at p. 932, explained that “[t]he movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination.” Our motivation in reforming the rules of evidence has been “a genuine attempt to bring the relevant and probative evidence before the trier of fact in order to foster the search for truth”: *Levogiannis*, *supra*, at p. 487. These principles must guide all of our evidentiary reform endeavours.

I continue to hold firm to the belief that these principles ought to guide this Court in its deliberations on matters of evidence, including those dealing with the meaning of ss. 5 and 13. Preventing the jury from hearing evidence going to the heart of the accused’s credibility on the grounds that the jury are incapable of properly using it for this just purpose would, in my view, add a barrier to the truth-seeking process which is both unjustified and

formulés dans l’arrêt *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, p. 1360, demeurent pertinents à ce jour :

On ne saurait trop insister sur le devoir des cours de justice de faire ressortir la vérité. La juste détermination de la culpabilité ou de l’innocence est un des attributs les plus fondamentaux de l’administration de la justice pénale. Les fins du processus criminel ne sauraient être atteintes si les procès devaient reposer sur des hypothèses totalement divorcées de la réalité. Si on ne devait pas se soucier de faire éclater la vérité dans les cours de justice, le public perdrait vite confiance dans le pouvoir judiciaire, le droit et l’administration de la justice. Bien que le droit de la preuve en matière pénale exclue souvent des éléments de preuve pertinents afin de préserver l’intégrité du processus judiciaire, il est difficile d’admettre que les tribunaux puissent jamais rendre la justice en se fondant volontairement sur des faits inexacts.

Plus récemment dans l’arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, j’ai tenu les propos suivants (au par. 31) :

Notre Cour a adopté, à l’égard des règles de preuve, une attitude plus souple qui indique qu’elle est « particulièrement sensibl[e] à la nécessité de recevoir une preuve d’une valeur probante réelle en l’absence d’autres considérations dominantes » : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 623. Dans le contexte particulier de la preuve par oui-dire, le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, a expliqué que « [l]’évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu’on s’est rendu compte qu’en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu’elle ne peut être vérifiée au moyen d’un contre-interrogatoire. » Notre motivation à réformer les règles de preuve a été de « véritablement tent[er] de faire en sorte que les éléments de preuve pertinents et probants soient présentés au juge des faits et ce, afin de favoriser la recherche de la vérité » : *Levogiannis*, précité, à la p. 487. Ces principes doivent guider tous nos efforts de réforme en matière de preuve.

Je continue à croire fermement que ces principes doivent guider notre Cour dans ses délibérations en matière de preuve, y compris sur les questions qui portent sur le sens à donner aux art. 5 et 13. Empêcher le jury d’entendre une preuve qui va au cœur de la crédibilité de l’accusé au motif que le jury est incapable de s’en servir judicieusement à cette fin légitime constituerait à mon avis un obstacle de plus, à la fois injustifié et injuste, à la

unjust. My comments below regarding the role of the jury will enunciate this concern more clearly.

découverte de la vérité. Je ferai état plus clairement de ce sujet de préoccupation dans les commentaires que j'exprimerai plus loin au sujet du rôle du jury.

86

In "The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth", *supra*, the author forcefully defends the notion that the search for truth must be qualified in appropriate circumstances where other more valuable principles apply. Ensuring that an accused receives a fair trial, deterring police misconduct, and preserving the integrity of the administration of justice are all laudable goals to which this Court must strive in its rules of evidence, at times to the detriment of full access to the truth. Where these goals are met, however, the search for the truth must, in my view, be the preponderant consideration.

Dans l'article « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth », *loc. cit.*, l'auteur défend vigoureusement la notion que la recherche de la vérité doit être atténuée dans des cas appropriés lorsque d'autres principes plus importants entrent en ligne de compte. Dans l'application de ses règles de preuve, notre Cour doit, parfois au détriment d'un accès intégral à la vérité, tendre vers les objectifs louables qui consistent à assurer le caractère équitable du procès de l'accusé, à empêcher l'inconduite policière et à maintenir l'intégrité de l'administration de la justice. Cependant, lorsque ces objectifs sont atteints, la recherche de la vérité doit à mon avis l'emporter sur les autres considérations.

87

With respect to s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*, these provisions go a long way to ensure that the truth is told. A potential witness who would otherwise shy away from telling the truth for fear of subsequent punishment can freely give evidence knowing full well that it will not be used to incriminate him or her. The present case provides a cogent example of this. Absent the protection afforded him by the law, it is highly unlikely that the appellant would have been as eager to testify at his brother's trial in the manner in which he did. A provision that encourages the witness to testify to the truth in this manner thus serves the fundamental purpose of getting to the truth. In this sense, my colleague's comments that the witness enters into a contract of sorts are particularly apt. In exchange for the witness's testimony, the Crown provides a *quid pro quo*: the testimony will not be used so as to incriminate the witness. The fear of future incrimination, which fear compels the witness not to assist the trier of fact in the search for truth, is thereby removed. Without this fear, the evidence is put forward, and the truth is better ascertained.

Quant aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*, ils contribuent en grande partie à faire ressortir la vérité. Un témoin potentiel qui autrement s'abstiendrait de dire la vérité par crainte de subir une sanction subséquente peut témoigner librement en sachant fort bien que son témoignage ne servira pas à l'incriminer. Le présent pourvoi en est un exemple convaincant. Il est fort peu probable que, sans la protection que lui accorde la loi, l'appelant se serait empressé de témoigner au procès de son frère comme il l'a fait. Une disposition qui incite ainsi le témoin à dire la vérité sert par conséquent les objectifs fondamentaux que sont la recherche et l'atteinte de cette vérité. En ce sens, les commentaires de ma collègue selon lesquels le témoin conclut en quelque sorte un marché s'avèrent particulièrement judicieux. En échange de sa déposition, le ministère public offre au témoin une contrepartie : le témoignage qu'il rendra ne servira pas à l'incriminer. La crainte du témoin de se voir subséquemment incriminé, qui le pousse à ne pas prêter son concours au juge des faits dans la recherche de la vérité, se trouve ainsi dissipée. En l'absence de cette crainte, la preuve est présentée et la vérité est mieux déterminée.

(4) The Role of the Jury in the Criminal Process

(4) Le rôle du jury dans le processus criminel

88

In a case such as the present one where fundamental concerns of truth, guilt and credibility arise,

Dans un cas comme celui-ci où se posent des questions fondamentales liées à la vérité, à la

one must be mindful of the role the jury are asked and should be asked to play in the criminal justice system. In my opinion, Arbour J.'s decision calls into question the jury's ability to discharge their duties as the final arbiters of fact and truth.

When the Law Reform Commission of Canada set out in the late 1970s and early 1980s to review the law respecting jury formation, jury instructions and other aspects of the jury system, their first task was to come to some conclusions regarding the appropriateness of maintaining juries at all as part of the criminal justice process. In its 1980 working paper, the Commission's views are clearly set out:

We are satisfied that the institution of the jury performs a number of valuable functions in the criminal justice system. Our views on the value of the jury are shared by the Canadian public, trial judges across the country and jurors themselves.

... a survey of Canadian jurors, revealed that the strongest supporters of the jury system are those who are perhaps in the best position to assess its merits — the jurors themselves. A favourable overall view of the jury system was held by 96 per cent of the jurors responding to our survey.

We concluded from our study that the jury system should be retained.

(Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at p. 2)

The Commission goes on to point out, at p. 6, that the jury ought to be regarded as capable of making an accurate determination of the facts in issue:

... some commentators allege that the most compelling justification for retention of the jury is that it is a better fact-finder than the judge. For example, Lord du Parc has asserted that "when questions of fact have to be decided . . . there is no tribunal to equal a jury".

culpabilité et à la crédibilité, on doit garder à l'esprit le rôle que le jury est appelé et doit être appelé à jouer, au sein du système de justice pénale. À mon avis, l'opinion du juge Arbour remet en question la capacité du jury de s'acquitter de ses obligations en tant qu'arbitre final des faits et de la vérité.

Lorsqu'à la fin des années 70 et au début des années 80, la Commission de réforme du droit du Canada a entrepris de revoir l'état du droit sur la formation du jury, les directives au jury et d'autres aspects du système du jury, elle devait tout d'abord tirer certaines conclusions sur le bien-fondé du maintien même de l'institution du jury au sein du régime de justice pénale. Dans son document de travail de 1980, la Commission énonce sans équivoque son point de vue :

La Commission pour sa part est convaincue que l'institution du jury remplit un certain nombre de fonctions utiles dans notre régime de justice pénale. Elle croit également que son opinion sur les mérites du système du jury est partagée par le public canadien, par les juges au Canada et par les jurés eux-mêmes.

Un [. . .] sondage, effectué auprès de jurés canadiens, a révélé que les plus ardents partisans du système du jury sont précisément ceux qui sont peut-être le mieux placés pour juger de sa valeur, soit les jurés eux-mêmes. Quarante-seize (96) pour cent des jurés qui ont répondu à notre enquête se sont montrés favorables, dans l'ensemble, au procès par jury.

Ces études nous ont amené à conclure à la nécessité de maintenir l'institution du jury.

(Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 2)

La Commission poursuit en soulignant, à la p. 6, qu'on doit estimer le jury apte à juger correctement des faits en litige :

... certains auteurs ont écrit que l'argument le plus fort en faveur du maintien du jury était sa supériorité sur le juge lui-même dans l'arbitrage des faits. Ainsi, Lord du Parc a affirmé que « lorsqu'il faut trancher des questions de fait, aucun tribunal ne vaut un jury ».

[H. du Parcq, *Aspects of the Law* (1948), at p. 10] Lord Halsbury said: "As a rule, juries are in my opinion, more generally right than judges." [(1903), 38 *Law Journal* 469] It has even been contended that the jury was "adapted to the investigation of truth beyond any other [system] the world can produce". ["The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century" (1964), 74 *Yale L.J.* 170, at p. 172, n. 8]

The Commission then sets out its reasons for affirming the jury as the best arbiters of fact, making reference to several studies showing that juries base their decisions on a thorough review of the record and, generally, are quite capable of understanding the case before them. I do not wish to delve any further into this empirical evidence, as this type of evidence was not presented to this Court in the present appeal. It suffices to note that the Law Reform Commission has conducted such a review, and has come to the conclusion that the jury system ought to be retained, not because it is the lesser of any number of evils, but because it is considered to be the best arbiter of truth and evidence. In its subsequent report, the Commission again reiterates that any reform to the jury system should fall short of actually fundamentally altering it, or removing it entirely: Law Reform Commission of Canada, Report 16, *The Jury* (1982), at pp. 5-6.

[H. Du Parcq, *Aspects of the Law* (1948), p. 10] Lord Halsbury a écrit que : « règle générale, le jury a plus souvent raison que les juges ». [(1903), 38 *Law Journal* 469] On a même prétendu que le système du jury était « meilleur pour découvrir la vérité que tout autre système au monde ». [« The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century » (1964), 74 *Yale L.J.* 170, p. 172, n. 8]

La Commission expose par la suite les motifs pour lesquels elle affirme que le jury constitue le meilleur arbitre des faits, renvoyant à plusieurs études démontrant que les jurés fondent leurs décisions sur un examen approfondi du dossier et qu'ils sont, règle générale, fort aptes à comprendre le litige dont ils sont saisis. Je ne souhaite pas m'attarder davantage sur cette preuve empirique, puisque notre Cour ne dispose dans le présent pourvoi d'aucune preuve de cette nature. Qu'il suffise de retenir que la Commission de réforme du droit a entrepris un tel examen et qu'elle est arrivée à la conclusion que l'institution du jury devait être maintenue, non pas parce qu'il s'agit d'un moindre mal, mais bien parce qu'on estime que le jury constitue le meilleur arbitre de la vérité et de la preuve. Dans son rapport subséquent, la Commission a réitéré que toute réforme de l'institution du jury ne devrait pas aller jusqu'à en modifier l'essence ou l'éliminer complètement : Commission de réforme du droit du Canada, 16^e Rapport, *Le jury* (1982), p. 5-6.

90

Given this appraisal and affirmation of the jury as a body fully capable of discerning the truth from the facts presented to it, and given the fact that Parliament has not seen fit to abolish the jury system in Canada, it is not proper for this Court to base its decision on a misconception of the jury as a body incapable of properly dealing with difficult evidence. No evidence was before the Court in the present case to suggest that juries are, as a whole, unable to use prior testimony in an appropriate manner. Absent such evidence, there does not appear to be a pressing need to make a fundamental change in the law of evidence so as to exclude in all cases a whole series of prior inconsistent statements made while testifying. I reiterate that evidence that the jury as an institution is

Compte tenu de l'évaluation de la Commission et de sa confirmation du rôle du jury comme un organe tout à fait apte à discerner la vérité à partir des faits dont il dispose, et vu que le législateur n'a pas cru bon d'abolir l'institution du jury au Canada, il n'est pas opportun que notre Cour fonde sa décision sur une conception erronée du jury voulant qu'il soit un organe incapable d'utiliser à bon escient des éléments de preuve difficiles. En l'espèce, notre Cour ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à démontrer que les jurés ne sont généralement pas en mesure de se servir judicieusement des témoignages antérieurs. En l'absence d'une telle preuve, il n'apparaît pas y avoir un besoin urgent de modifier en profondeur le droit de la preuve de manière à exclure systématiquement toute une série de

fundamentally incapable of properly using this evidence is needed before such a sweeping change should be made.

Eliminating a significant amount of evidence that strikes at the heart of any witness's credibility is also not, in my view, a proper expression of the law, keeping in mind this Court's previous statements respecting evidence in the context of a jury trial. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, the Supreme Court dealt with a constitutional challenge to s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. This section allowed for the cross-examination of accused persons with respect to the existence of any prior convictions. The Court acknowledged the prejudicial effect of admitting such evidence, namely the effect of inculcating in the minds of jurors the notion that prior convictions are determinative of present guilt. The Court, however, recognized the value of exposing before the jury these previous convictions on the basis that their exposition might serve to undermine the accused's credibility.

The existence in *Corbett* of an acknowledged dual purpose to the admission of such evidence (one purpose being legitimate, the other being prejudicial) did not prevent the Court from holding, at pp. 690-91, *per* Dickson C.J., that the jury ought to be exposed to such proof, with the appropriate caution on the use to which they could make of it:

There is perhaps a risk that if told of the fact that the accused has a criminal record, the jury will make more than it should of that fact. But concealing the prior criminal record of an accused who testifies deprives the jury of information relevant to credibility, and creates a serious risk that the jury will be presented with a misleading picture.

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over

déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'un témoignage. Je réitère qu'il faut d'abord démontrer que le jury est, en tant qu'institution, fondamentalement incapable d'utiliser cette preuve à bon escient avant de procéder à un changement aussi radical.

En outre, j'estime que l'élimination d'une portion considérable d'éléments de preuve qui vont au cœur de la crédibilité d'un témoin ne reflète pas l'état du droit, compte tenu des principes que notre Cour a déjà énoncés en matière de preuve relative à un procès devant jury. Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, la Cour suprême était saisie d'une contestation constitutionnelle visant le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Il était possible, aux termes de cette disposition, de contre-interroger des accusés au sujet de leurs condamnations antérieures. Notre Cour a reconnu l'effet préjudiciable découlant de l'admission d'une telle preuve, soit celui d'imprégner l'esprit des jurés de la notion que les condamnations antérieures revêtent un caractère déterminant quant à la culpabilité de l'accusé à l'instance. Notre Cour a cependant reconnu qu'il était utile de porter à la connaissance du jury ces condamnations antérieures étant donné qu'elles pouvaient servir à miner la crédibilité de l'accusé.

La reconnaissance, dans l'arrêt *Corbett*, de la double fin que sert l'admission d'une telle preuve (l'une légitime, l'autre préjudiciable) n'a pas empêché notre Cour de statuer, aux p. 690-691, sous la plume du juge en chef Dickson, que le jury doit être exposé à une telle preuve, dans la mesure où il reçoit une mise en garde appropriée sur les fins auxquelles il peut l'utiliser :

Il y a peut-être le risque que le jury, si on lui apprenait que l'accusé a un casier judiciaire, attache à ce fait plus d'importance qu'il ne le devrait. Cependant, la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne prive le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et crée un risque sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation.

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit

the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value.

These comments apply with equal weight to the legal issues before the Court in the case at bar. In the present case, admitting prior testimony will generally serve both to incriminate the appellant and to undermine his credibility. The former use is prejudicial, while the latter is, in my estimation, proper. The jury should be given a chance to make use of this type of evidence, subject to appropriate instructions indicating that they are not to use prior testimony to incriminate the appellant. This is the balance which s. 5 of the *CEA* as well as s. 13 of the *Charter* are designed to strike.

93

This Court ought to be wary of any arguments that proceed to exclude evidence on the basis of the jury's inability to handle it. Indeed, Fish J.A. took the view that no instructions to this jury could have rendered the admission of this type of evidence permissible. In response to these assertions, I take great comfort in the words of our former Chief Justice in *Corbett, supra*, at p. 692:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. So long as the jury is given a clear instruction as to how it may and how it may not use evidence of prior convictions put to an accused on cross-examination, it can be argued that the risk of improper use is outweighed by the

faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit.

Ces commentaires valent tout autant à l'égard des questions de droit dont notre Cour est saisie en l'espèce. Dans le présent pourvoi, l'admission en preuve du témoignage antérieur servira normalement à incriminer l'appelant et à miner sa crédibilité. La première fin comporte un caractère préjudiciable, alors que la dernière est à mon avis légitime. On devrait laisser au jury l'occasion d'utiliser ce type de preuve, sous réserve de directives appropriées lui enjoignant de ne pas se servir du témoignage antérieur de l'appelant pour l'incriminer. Il s'agit là de l'équilibre que l'art. 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte* visent à atteindre.

Notre Cour devrait prendre ses distances avec les arguments militant en faveur de l'exclusion de la preuve au motif que le jury ne saurait qu'en faire. En effet, le juge Fish a affirmé qu'aucune directive au jury n'aurait pu rendre admissible ce type de preuve. Devant cette affirmation, les propos qu'a tenus notre ancien Juge en chef à la p. 692 de l'arrêt *Corbett*, précité, me paraissent très rassurants :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu'il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d'expliquer les restrictions imposées à l'usage qu'ils peuvent faire de ces renseignements. Pourvu que le jury reçoive des directives claires quant à la façon dont il peut se servir ou ne pas se servir de la preuve de

much more serious risk of error should the jury be forced to decide the issue in the dark. [Emphasis in original.]

The point is made even more strongly in a passage from *R. v. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279, *per* Addy J., quoted in *Corbett*, *supra*, at p. 695:

. . . I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries, and what has been regarded for centuries as a bulwark of our democratic system and a guarantee of our basic freedoms under the law would in fact be nothing less than a delusion.

I also take comfort in the fact that this Court and all courts in Canada have, from time immemorial, allowed counsel at trial to put to the witness during cross-examination prior inconsistent statements. The jurisprudence is clear that such statements are admissible for the purposes of undermining the witness's credibility, but are inadmissible for any other purpose (most notably, for the purpose of incriminating the witness as accused). The case law has never deemed it improper to put this evidence to the jury, subject to appropriate instructions from the trial judge regarding the one use which the jury may make of this evidence. Support for this proposition can be derived from three cases decided in this Court: see *Miller v. White* (1889), 16 S.C.R. 445, at pp. 452-53; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, *per* Major J.; and *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123, *per* McLachlin J. (as she then was). None of these cases express concerns that, notwithstanding proper instructions, the jury would still be incapable of making proper use of the evidence. It would be inconsistent with this line of cases to determine that prior testimony, which is in substance a form of prior statements, cannot be put to a jury, whereas other, pre-trial statements, can. If the jury are capable of properly using one form of inconsistent statement, what makes them

condamnations antérieures produite au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, on peut prétendre que le risque de mauvais usage cède le pas devant le risque beaucoup plus grave d'erreur qui surgirait si le jury était obligé de se prononcer à l'aveuglette sur la question en litige. [Souligné dans l'original.]

Ce principe est énoncé encore plus vigoureusement dans un extrait tiré de l'arrêt *R. c. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), p. 279, le juge Addy, et qui est cité dans l'arrêt *Corbett*, précité, p. 695 :

[TRADUCTION] . . . je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être et ce qui a été considéré depuis des siècles comme un bastion de notre système démocratique et une garantie de nos libertés fondamentales se révélerait purement illusoire.

Je suis également rassurée par le fait que, depuis des temps immémoriaux, notre Cour et toutes les cours au Canada ont permis aux avocats au procès d'opposer au témoin, en contre-interrogatoire, ses déclarations antérieures incompatibles. La jurisprudence révèle clairement que pareilles déclarations sont admissibles aux fins de miner la crédibilité du témoin, mais inadmissibles à toute autre fin (tout particulièrement pour incriminer le témoin accusé). Selon la jurisprudence, on n'a jamais jugé inapproprié de saisir le jury de ces déclarations, sous réserve de directives appropriées du juge du procès sur la seule fin à laquelle le jury peut les utiliser. Les trois arrêts suivants émanant de notre Cour étayaient cette proposition : voir *Miller c. White* (1889), 16 R.C.S. 445, p. 452-453, *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major, et *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Dans aucun de ces arrêts ne s'est-on soucié de la possibilité qu'en dépit de directives appropriées, le jury soit toujours incapable d'utiliser la preuve à bon escient. On s'écarterait de cette tendance jurisprudentielle en décidant que le jury ne peut être saisi d'un témoignage antérieur, qui est essentiellement une forme de déclaration antérieure, alors qu'il peut être saisi d'autres déclarations antérieures au procès. Si le jury est apte à utiliser à bon escient une forme de déclaration incompatible, qu'est-ce qui le rend

incapable of using the prior inconsistent statement rendered at trial?

(5) Recent Supreme Court Jurisprudence

inapte à utiliser la déclaration antérieure incompatible faite au cours du procès?

(5) La jurisprudence récente de la Cour suprême

95 This Court's jurisprudence on the issue of the use of self-incriminating testimony is consistent with the principles outlined above.

La jurisprudence de notre Cour sur l'utilisation des témoignages incriminants est compatible avec les principes énoncés précédemment.

96 In *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350, the appellant testified at his first trial and was convicted. A new trial was eventually ordered where the Crown attempted to tender as evidence statements the appellant made at his previous trial. The appellant's testimony at the first trial was not given under the protection of s. 5 of the *CEA*. The Supreme Court was asked to consider whether this evidence was inadmissible pursuant to s. 13 of the *Charter*.

Dans l'arrêt *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, l'appelant a témoigné à son premier procès et a été déclaré coupable. On a par la suite ordonné la tenue d'un nouveau procès dans le cadre duquel le ministre public a tenté de mettre en preuve des déclarations que l'appelant avait faites au cours de son premier procès. Le témoignage de l'appelant au premier procès ne bénéficiait pas de la protection de l'art. 5 de la *LPC*. La Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si ce témoignage était inadmissible aux termes de l'art. 13 de la *Charte*.

97 Lamer J., as he then was, speaking for the majority, held that the evidence was inadmissible. In so doing, he noted the intimate connection between the right against self-incrimination and the right not to be compelled to testify in one's own proceeding, which right is guaranteed by s. 11(c) of the *Charter*. Both sections function as part of the adversarial process whereby it is up to the Crown to make the case against the accused without the accused's assistance. The Court held that the purpose of s. 11(c) would be thwarted if the accused's prior testimony was used in the subsequent proceedings. Such actions would accomplish indirectly what the Crown cannot do directly, namely, force the accused to testify in their own process:

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Lamer, plus tard Juge en chef, a conclu à l'inadmissibilité du témoignage. Ce faisant, il a souligné le rapport intime qui existe entre le droit de ne pas s'incriminer soi-même et le droit de ne pas être contraint à témoigner à son propre procès, consacré à l'al. 11c) de la *Charte*. L'article 13 et l'al. 11c) s'inscrivent dans le processus contradictoire par lequel il appartient au ministère public d'établir une preuve à charge contre l'accusé sans l'aide de celui-ci. Notre Cour a statué que l'utilisation du témoignage antérieur rendu par l'accusé dans des procédures subséquentes ferait échec à l'objectif de l'al. 11c). On permettrait ainsi au ministère public d'accomplir indirectement ce qu'il ne peut faire directement, c'est-à-dire contraindre l'accusé à témoigner à son propre procès :

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. . . . It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer [. . .] Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

(*Dubois*, *supra*, at p. 358 (emphasis added))

(*Dubois*, précité, p. 358 (je souligne))

The Court concludes that use of such prior testimony as part of the Crown's case in chief is absolutely not permitted, as it amounts to an incriminating use. The decision in *Dubois* reflects an appreciation of the fact that s. 13 of the *Charter* (and, by analogy, s. 5 of the *CEA*) is designed to prevent subsequent use of the testimony in an incriminating manner.

In *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, this Court first explicitly recognized the distinction between using prior testimony for the purposes of incriminating the accused, and using prior testimony to attack that person's credibility. The former was held to be an impermissible use. *Mannion* did not decide whether this type of evidence is inadmissible when tendered to undermine credibility. McIntyre J., in speaking for the Court, further observed that when s. 5 of the *CEA* is involved, an absolute prohibition on subsequent use of the testimony would apply. These comments were *obiter*, as s. 5 protection had not been claimed by the accused at his first trial.

The first case to deal directly with the use of prior testimony in order to impeach an accused's credibility is *Kuldip*, *supra*. In that case, the respondent was charged under s. 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, with failure to stop at the scene of an accident. The respondent testified, was convicted, but the case was then sent back for a new trial. At the first trial, the respondent testified that he visited a police station on the day of the accident and spoke to a police constable named Brown. The respondent's testimony was that — on a subsequent visit to the police station — P.C. Brown stated that he remembered seeing the respondent at the police station on the day of the accident.

At the respondent's second trial, P.C. Brown was called to give evidence. He stated that he was not working at the station on the day of the car accident. The respondent took the stand and changed his story to say that he thought he remembered P.C. Brown being on duty the day of the accident, when

Notre Cour conclut qu'il est strictement interdit au ministère public d'utiliser ce témoignage antérieur dans le cadre de sa preuve à charge, car cela équivaut à un usage incriminant. La décision rendue dans l'arrêt *Dubois* traduit la reconnaissance du fait que l'art. 13 de la *Charte* (et, par analogie, l'art. 5 de la *LPC*) vise à empêcher que le témoignage soit utilisé subséquemment de manière incriminante.

Dans l'arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, notre Cour a reconnu explicitement pour la première fois la distinction entre le fait de se servir d'un témoignage antérieur pour incriminer l'accusé et le fait de s'en servir pour attaquer sa crédibilité. On a statué que la première fin était inacceptable. L'arrêt *Mannion* n'a pas permis de trancher la question de savoir si ce type de preuve est inadmissible lorsqu'il vise à miner la crédibilité de l'accusé. S'exprimant au nom de la Cour, le juge McIntyre a en outre fait observer que l'application de l'art. 5 de la *LPC* entraînerait une interdiction absolue contre l'utilisation subséquente du témoignage. Ces commentaires ont été formulés de façon incidente, puisque l'accusé n'avait pas invoqué la protection de l'art. 5 à son premier procès.

L'arrêt *Kuldip*, précité, est le premier à traiter précisément de l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité d'un accusé. Dans cette affaire, l'intimé a été accusé d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident, en contravention du par. 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. L'intimé a témoigné et a été déclaré coupable, mais on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. À son premier procès, l'intimé a témoigné qu'il s'était rendu à un poste de police le jour de l'accident et qu'il s'était adressé à l'agent Brown. Si l'on se fie au témoignage de l'intimé, lors d'une visite subséquente au poste de police, l'agent P.C. Brown a déclaré se rappeler l'avoir vu au poste de police le jour de l'accident.

Au second procès de l'intimé, P.C. Brown a été appelé à témoigner. Il a affirmé qu'il n'était pas en poste le jour de l'accident d'automobile. L'intimé a témoigné et a modifié sa version des faits pour déclarer qu'il avait cru se souvenir que P.C. Brown était en poste le jour de l'accident alors qu'en fait il

he in fact was not. The respondent at the second trial even reasoned that P.C. Brown could not have been on duty that day. The respondent was confronted by the Crown with the apparent contradiction in the evidence. First of all, the Crown read in the questions and answers from the first trial in which the respondent testified that P.C. Brown was present. The relevant parts of the exchange between the Crown and the accused that followed are set out at pp. 623-24 of the decision:

Question

Do you recall being asked those questions and giving those answers?

Answer

It certainly is familiar. So, I would have to say yes, if it's on the transcript.

Question

Were you trying to tell the truth on the last occasion?

Answer

I was. I certainly, by no means, meant to lie.

Question

Can you explain, sir, how you not only recall that P.C. Brown was present on the 6th of February, but that he actually remembered you, according to your evidence, when you returned on the 2nd of May [*sic*]. . . .

Answer

Well, if I said that, that's what the officer said the day that I visited him.

Question

I see. I take it from that answer that it was the officer who was initially confused and his confusion confused you? Is that right?

Answer

Sorry, I don't understand.

Question

Well, you say - you say you must have said that because the officer told you he remembered you?

Answer

Of course.

ne l'était pas. Au second procès, l'intimé est même allé jusqu'à conclure que P.C. Brown n'a pas pu être en fonction ce jour-là. Le ministère public a opposé à l'intimé la contradiction apparente de son témoignage. Tout d'abord, le ministère public a lu les questions et les réponses tirées du premier procès dans lequel l'intimé a témoigné que P.C. Brown était présent. Les extraits pertinents de l'échange qui s'est ensuivi entre le ministère public et l'accusé sont reproduits aux p. 623-624 de la décision :

[TRADUCTION] Question

Vous souvenez-vous qu'on vous a posé ces questions et que vous avez donné ces réponses?

Réponse

Cela me dit certainement quelque chose. Je devrais donc répondre oui, si cela figure à la transcription.

Question

La dernière fois, tentiez-vous de dire la vérité?

Réponse

Oui. Je n'avais aucunement l'intention de mentir, c'est certain.

Question

Pouvez-vous expliquer, monsieur, comment il se fait que non seulement vous vous rappeliez que P.C. Brown était présent le 6 février, mais qu'il se souvenait même de vous, d'après votre témoignage, lorsque vous êtes retourné le 2 mai (*sic*) . . .

Réponse

Eh bien, je l'ai dit, c'est ce que l'agent a dit le jour où je lui ai rendu visite.

Question

Je vois. D'après votre réponse, j'en conclus que c'est l'agent qui s'était embrouillé au départ et que sa confusion vous a embrouillé? Est-ce exact?

Réponse

Je m'excuse, je ne comprends pas.

Question

Bon, vous dites - vous affirmez que vous avez dû dire cela parce que l'agent vous a dit qu'il se souvenait de vous?

Réponse

Bien sûr.

The Crown argued that the purpose of these questions was to undermine the respondent's credibility.

The Ontario Court of Appeal held that this cross-examination was improper. Speaking for the court, Martin J.A. held that s. 5 of the *CEA* imposed a blanket prohibition against subsequent use of a witness's testimony, be it to incriminate the witness or to undermine his or her credibility. Given this blanket prohibition, Martin J.A. felt that it would be unjust to offer a lesser form of protection under s. 13 of the *Charter*, namely, protection only from subsequent incriminating use.

On appeal, this Court held that both s. 13 and s. 5 permit a party to cross-examine another using prior testimony so long as the purpose of the cross-examination is to undermine the witness's credibility. Lamer C.J. speaking for the majority, referred at p. 632 to the following comment of Vancise J.A. in *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Sask.), at p. 23, in which the learned justice dealt with using a prior statement to discredit the accused:

Such use of a previous statement does not violate the purpose of s. 13 when viewed from the context of s. 11(c) and (d), which is to prevent the accused from being indirectly compelled to incriminate himself. Its purpose is not to insulate the accused from exposure where he has related inconsistent and conflicting evidence, or to protect him from being exposed to a test of credibility.

To the same effect are the comments of Craig J.A. in *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (B.C.C.A.), at p. 652:

We are constantly telling juries that a criminal trial is not a contest between the state and the accused but that, rather, it is a solemn inquiry which is conducted in accordance with certain principles with a view to ascertaining the truth. The major concern of every trier of fact is whether the evidence is credible — or to use Wigmore's expression, the "trustworthiness" of the evidence. Wigmore states that "no safeguard for testing the value of human statements is comparable to that furnished

Le ministère public a soutenu que ces questions visaient à miner la crédibilité de l'intimé.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'irrégularité de ce contre-interrogatoire. S'exprimant au nom de la cour, le juge Martin a déclaré que l'art. 5 de la *LPC* comportait une interdiction générale contre l'utilisation subséquente de la déposition d'un témoin, que ce soit pour l'incriminer ou pour miner sa crédibilité. Compte tenu de cette interdiction générale, le juge Martin a estimé qu'il serait injuste que l'art. 13 de la *Charte* confère un degré moindre de protection, c'est-à-dire une protection uniquement à l'encontre d'une utilisation incriminante subséquente.

En appel, notre Cour a statué qu'en vertu tant de l'art. 13 que de l'art. 5, une partie peut en contre-interroger une autre sur son témoignage antérieur, dans la mesure où ce contre-interrogatoire a pour but d'attaquer la crédibilité du témoin. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a cité à la p. 632 les commentaires suivants du juge Vancise dans l'arrêt *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Sask.), p. 23, où celui-ci traitait de l'utilisation d'une déclaration antérieure pour discréditer l'accusé :

[TRADUCTION] Pareille utilisation d'une déclaration antérieure ne contrevient pas à l'objet de l'art. 13, compte tenu des al. 11c) et d), qui visent à empêcher l'accusé d'être indirectement obligé de s'incriminer. Il n'a pas pour but de protéger l'accusé qui a fait des témoignages incompatibles et contradictoires, ou de le mettre à l'abri d'une attaque portée contre sa crédibilité.

Les commentaires exprimés par le juge Craig dans l'arrêt *Johnstone c. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (C.A.C.-B.), p. 652, abondent dans le même sens :

[TRADUCTION] Nous expliquons continuellement aux jurys qu'une instruction pénale n'est pas un concours entre l'État et l'accusé mais plutôt une enquête solennelle tenue selon certains principes, en vue de déterminer la vérité. Le juge des faits se soucie toujours de savoir si le témoignage est crédible ou non — ou, pour reprendre l'expression de Wigmore, de la fiabilité du témoignage. Wigmore affirme que « rien ne vaut le contre-interrogatoire pour évaluer les déclarations

101

102

103

by cross-examination . . . » [citation omitted]. Although the Charter may produce a change in some of what I term traditional views in the law, I doubt that the framers of the Charter ever intended that when a trier of fact is assessing the credibility of a witness he cannot consider his previous testimony on the same subject except when the sole purpose of such examination is to incriminate the witness, as in the *Mannion* case. To hold that *any* cross-examination of an accused (or a person in the position of Johnstone) on previous testimony contravenes s. 13 is an unwarranted extension of the right guaranteed by s. 13. [Underlining added; italics in original.]

These comments were affirmed by Lamer C.J. at pp. 633-34 of *Kuldip, supra*.

104 The two passages cited by Lamer C.J. indicate most clearly the precise scope of protection afforded by s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. These provisions prevent the subsequent use of testimony for the purposes of incriminating the accused. Using the testimony so as to attack the accused's credibility is, on the other hand, permitted.

105 Lamer C.J. acknowledged, in *Kuldip*, that evidence of this sort has a tendency to be probative both of the accused's credibility and of the accused's guilt. As the trier of fact is not entitled to use such evidence to incriminate the accused, Lamer C.J. felt that a trial judge would have to be clear in instructing a jury on when and how they can use the previous testimony. This would prevent improper use of the evidence. These comments by Lamer C.J. plainly support the notion that using prior testimony to attack an accused's credibility can and often does have an impermissible incriminating impact upon the accused. The very evidence involved in that case could have been used by a jury as incriminating proof that the accused did not present himself at the police station on the day of the accident. It could also have been used to undermine the later story that the accused had in fact been at the police station on the day in question. There was thus an incriminating element to the proof. Notwithstanding this, the Court was prepared to admit the evidence, subject to a proper charge to

d'une personne . . . » [citation omise]. Bien que la Charte puisse entraîner une modification de certains principes du droit que je considère traditionnels, je doute que les rédacteurs de la Charte aient eu l'intention d'empêcher le juge des faits de tenir compte du témoignage antérieur d'un témoin sur le même sujet, pour évaluer sa crédibilité, sauf si cet examen a uniquement pour but d'incriminer le témoin, comme dans l'arrêt *Mannion*. Prétendre que *tout* contre-interrogatoire d'un accusé (ou d'une personne se trouvant dans la situation de Johnstone) sur un témoignage antérieur contrevient à l'art. 13 constituerait une extension injustifiée du droit garanti par l'art. 13. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Le juge en chef Lamer a souscrit à ces commentaires aux p. 633-634 de l'arrêt *Kuldip*, précité.

Les deux extraits cités par le juge en chef Lamer reflètent le plus clairement l'étendue précise de la protection que confèrent l'art. 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte*. Ces dispositions empêchent l'utilisation subséquente du témoignage lorsque celle-ci vise à incriminer l'accusé. Par contre, l'utilisation du témoignage pour attaquer la crédibilité de l'accusé est permise.

Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer a reconnu qu'un élément de preuve de ce type tendait à revêtir un caractère probant tant à l'égard de la crédibilité de l'accusé que de sa culpabilité. Comme il n'est pas loisible au juge des faits de se servir de ce témoignage pour incriminer l'accusé, le juge en chef Lamer a estimé que le juge du procès devra donner des directives très claires au jury sur les circonstances dans lesquelles celui-ci pourra faire usage d'un témoignage antérieur et sur la manière de le faire. Ces directives permettront d'éviter que le témoignage soit utilisé à des fins irrégulières. Ces commentaires émanant du juge en chef Lamer étaient purement et simplement la notion selon laquelle l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé peut avoir et a souvent un effet incriminant inacceptable à l'égard de l'accusé. Le jury aurait pu voir dans le témoignage en cause dans cet arrêt un élément de preuve incriminant qui établit que l'accusé ne s'est pas présenté au poste de police le jour de l'accident. Ce témoignage aurait également pu être utilisé pour contredire la version subséquente selon laquelle l'accusé s'est effectivement

the jury on the appropriate use which they were to make of it.

The Court also addressed the concern that its decision, based as it was on s. 13 of the *Charter*, would lead to unfairness by providing a lesser form of protection than that apparently offered through s. 5 of the *CEA*. As discussed earlier, providing different levels of protection based on whether the protection was claimed hardly seemed appropriate. The Court concluded that ss. 5 and 13 provide the same protection. The only difference between the two sections was that s. 5 protection had to be requested, whereas s. 13 protection was automatically given.

These conclusions of law are clearly set forth by Lamer C.J. in *Kuldip*, at p. 639:

In my opinion, the protection offered by s. 5(2), namely, the guarantee that “the answer so given [by the witness] shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place . . .”, must be interpreted in consideration of the express purpose of allowing the witness to make an objection under s. 5(2). This purpose is expressed clearly in the opening words of s. 5(2) that impose the substantive condition to be fulfilled before the section is made operative: a witness is entitled to object to a question on the grounds that “his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person . . .”. Since the witness is only entitled to object to a question on the grounds that the answer to the question will tend to criminate him, it is only logical that he be guaranteed, in exchange for compelling him to answer the question, that his answer will not be used to criminate him in a subsequent proceeding. A further guarantee that such answer will not be used in cross-examination to challenge the witness’s credibility at a later proceeding would extend beyond the purpose of s. 5(2). With respect for contrary views, testimony given by a witness at a proceeding may, notwithstanding an objection under s. 5(2), be used at a subsequent proceeding in cross-examining the witness if the purpose of such use is to impeach his credibility and not to incriminate the witness.

rendu au poste de police ce jour-là. Le témoignage comportait donc un aspect incriminant. Notre Cour était malgré tout prête à l’admettre, à condition que le jury reçoive des directives appropriées sur l’utilisation qu’il convenait d’en faire.

Notre Cour s’est également attardée sur la possibilité que sa décision fondée sur l’art. 13 de la *Charte* crée une injustice, en ce qu’elle accorderait un degré moindre de protection que celui que paraît conférer l’art. 5 de la *LPC*. Comme il a été exposé précédemment, il ne semble guère approprié d’accorder différents degrés de protection selon que cette protection a été revendiquée ou non. Notre Cour a conclu que les art. 5 et 13 offraient une protection identique. La seule distinction entre les deux articles tient à ce qu’il faut revendiquer la protection de l’art. 5, alors que la protection de l’art. 13 s’applique automatiquement.

Le juge en chef Lamer énonce clairement ces conclusions de droit dans l’arrêt *Kuldip*, p. 639 :

À mon avis, pour interpréter la protection conférée par le par. 5(2), c’est-à-dire la garantie que « sa réponse [du témoin] ne peut pas être invoquée et n’est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite . . . », il faut tenir compte de l’objectif visé en permettant au témoin de formuler une objection en vertu du par. 5(2). Les premiers termes du par. 5(2) expriment clairement cet objectif en imposant la condition de fond à satisfaire avant la mise en application de cette disposition : un témoin peut s’opposer à une question pour les motifs que « sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit . . . » Puisque le témoin ne peut s’opposer à une question que si la réponse à la question tendra à l’incriminer, il est tout à fait logique qu’on lui garantisse, en échange de l’obligation de répondre à la question, que sa réponse ne sera pas utilisée pour l’incriminer dans une procédure subséquente. Garantir de plus que cette réponse ne sera pas employée en contre-interrogatoire pour attaquer la crédibilité du témoin, dans une procédure future, irait au-delà de l’objet du par. 5(2). Avec égards pour l’opinion contraire, le témoignage rendu par un témoin dans une procédure peut, nonobstant une objection formulée en vertu du par. 5(2), être employé lors d’une procédure subséquente en contre-interrogatoire du témoin si cela a pour but d’attaquer sa crédibilité et non de l’incriminer.

106

107

108 This leads to the following conclusion, at p. 642, regarding the interpretation of both s. 5 and s. 13:

It is thus apparent that Martin J.A.'s legitimate policy concern that s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* not provide different protection for an accused, against the use of incriminating statements, does not, in my view, arise. Section 5(2) and s. 13 offer virtually identical protection: a witness who testifies in any proceeding has the right not to have his or her testimony used to incriminate such witness at a later proceeding. Neither s. 5 nor s. 13 prevents the Crown from using the testimony in cross-examination at the later proceeding for the purpose of undermining the witness's credibility. The difference between these sections is that s. 5(2) requires an objection at the first proceedings while s. 13 does not.

Any interpretation of the law that provides for greater use immunity when s. 5 is involved, as opposed to s. 13, runs completely contrary to the clear expression of law enunciated in *Kuldip*.

109 In my opinion, this Court ought to apply the clear principles enunciated in *Kuldip, supra*, to the facts of this case, rather than changing the laws of evidence. *Kuldip* provides for one set of rules to be applied, whether the claim is based on the *Charter* protection or that provided under the *CEA*. The law is clear. If the prior testimony is being tendered so as to incriminate the accused, the evidence is inadmissible. If, on the other hand, the purpose for putting forward the evidence is to undermine the accused's credibility, the evidence ought to be admitted, subject to an appropriate charge by the trial judge to the jury. This has been the state of the law for 12 years. It is a settled matter with which this Court ought not to interfere, absent reasons to suggest that *Kuldip* was wrongly decided. In my opinion, *Kuldip* strikes an appropriate balance between the rights of the accused not to have their previous evidence used to incriminate them, and the need for the jury to be exposed to as much of the truth as can be permitted in a just society. This is the balance that ss. 5 and 13 seek to strike, and this is the balance that this Court ought to uphold.

Il en découle la conclusion suivante, à la p. 642, concernant l'interprétation des art. 5 et 13 :

Il ressort donc que la crainte qu'avait le juge Martin, pour des raisons de principe légitimes, que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* ne confèrent à l'accusé des protections différentes contre l'emploi des déclarations incriminantes, à mon avis, ne se soulève pas. Le paragraphe 5(2) et l'art. 13 offrent pratiquement la même protection : le témoin qui témoigne dans une procédure quelconque a le droit à ce que son témoignage ne soit pas employé pour l'incriminer dans une procédure subséquente. Ni l'article 5 ni l'art. 13 n'empêchent le ministère public d'employer le témoignage en contre-interrogatoire, dans une procédure subséquente, en vue d'attaquer la crédibilité du témoin. La différence entre ces dispositions est que, contrairement à l'art. 13, le par. 5(2) nécessite qu'une objection soit formulée lors des premières procédures.

Toute interprétation de la loi portant que l'art. 5 prévoit une plus grande immunité contre l'utilisation d'un témoignage que l'art. 13 va totalement à l'encontre des règles de droit clairement énoncées dans l'arrêt *Kuldip*.

À mon sens, notre Cour se doit d'appliquer les principes clairs énoncés dans l'arrêt *Kuldip*, précité, aux faits en l'espèce plutôt que de modifier les règles de preuve. L'arrêt *Kuldip* expose une série de règles à appliquer, que la demande se fonde sur la protection de la *Charte* ou sur celle découlant de la *LPC*. Le droit est clair. Si la production du témoignage antérieur vise à incriminer l'accusé, le témoignage est inadmissible. Si, par contre, la production du témoignage a pour but de miner la crédibilité de l'accusé, il y a lieu de l'admettre dans la mesure où le juge du procès donne des directives appropriées au jury. C'est l'état du droit depuis les 12 dernières années. Il s'agit là d'un principe établi que notre Cour ne devrait pas modifier si aucun motif ne porte à croire que l'arrêt *Kuldip* est erroné. L'arrêt *Kuldip* établit à mon avis un juste équilibre entre les droits de l'accusé de ne pas voir son témoignage antérieur utilisé pour l'incriminer et le besoin pour le jury de connaître la vérité dans toute la mesure où il le peut dans le cadre d'une société juste. C'est l'équilibre que les art. 5 et 13 cherchent à atteindre, et c'est l'équilibre que notre Cour se doit de maintenir.

The result in *Kuldip* was favourably received by two authors who wrote the following:

Since the purpose of the legislation [referring to ss. 5 and 13] is pursuit of truth, it would be very odd to allow such legislative provisions to inhibit that search by permitting a witness to tell one story at trial, and a different story at another trial, and yet be shielded from confrontation with the earlier statement. It is one thing to protect the witness against directly incriminating herself by her own words, using her own words as indicative of guilt, and quite another to protect against the use of an earlier statement to expose defects in her credibility.

(R. J. Delisle and D. Stuart, *Evidence Principles and Problems* (6th ed. 2001), at p. 337)

This reading of the law prevents the incriminating use of the previous testimony. At the same time it does not, and should not, constitute a shield immunizing the witness from her legal obligation to speak truthfully.

Six years after *Kuldip* was decided, this Court in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, held that extending the right to cross-examine the accused on prior statements where the purpose of such cross-examination is to undermine the accused's credibility cannot be permitted where the statement was obtained after another *Charter* provision had been violated (in this case, s. 10(b)). Although in dissent, the following comments of McLachlin J., as she then was, are apposite (at para. 45):

The concern for getting at the truth may weigh against admitting a statement tendered as substantive evidence where there is fear that the *Charter* violation may have rendered it unreliable. The same concern for getting at the truth may weigh in favour of using the same statement in cross-examination to test the accused's credibility and uncover any inaccuracies or fabrications in his evidence in chief. From the perspective of the individual case, it is important to permit the jury to fairly judge the truthfulness of the witness. From the perspective of the trial process as a whole, it is equally important not to permit witnesses to take the stand and fabricate lies free from the fear that they may be cross-examined on earlier contradictory statements.

Deux auteurs ont accueilli favorablement l'issue de l'arrêt *Kuldip* en s'exprimant en ces termes :

[TRADUCTION] Étant donné que l'objectif de la loi [en l'occurrence les art. 5 et 13] consiste en une quête de vérité, il serait très étrange qu'on ait voulu que ces dispositions législatives entravent cette quête en permettant à un témoin de relater une version au procès, puis une version différente à un autre procès, tout en étant à l'abri de la possibilité que la déclaration antérieure lui soit opposée. C'est une chose que de protéger le témoin contre la possibilité qu'il s'incrimine directement par ses propres déclarations, considérées comme un indicateur de culpabilité, mais c'est tout autre chose que de le protéger contre l'utilisation d'une déclaration antérieure visant à relever ses faiblesses sur le plan de la crédibilité.

(R. J. Delisle et D. Stuart, *Evidence Principles and Problems* (6^e éd. 2001), p. 337)

Cette interprétation du droit fait obstacle à ce que le témoignage antérieur soit utilisé à des fins incriminantes. Par ailleurs, elle ne sert pas et ne devrait pas servir de bouclier pour immuniser le témoin contre son obligation légale de dire la vérité.

Six ans après le prononcé de l'arrêt *Kuldip*, notre Cour a statué dans *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, que le droit de contre-interroger l'accusé sur ses déclarations antérieures en vue d'attaquer sa crédibilité ne peut être invoqué lorsque la déclaration a été obtenue par suite de la violation d'une autre disposition de la *Charte* (en l'occurrence l'al. 10b)). Les commentaires qu'a formulés le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, s'avèrent pertinents même s'ils s'inscrivent en dissidence (au par. 45) :

Le souci de découvrir la vérité peut militer contre l'utilisation d'une déclaration produite en tant que preuve de fond, si l'on craint que la violation de la *Charte* l'ait rendue peu fiable. Le même souci de découvrir la vérité peut par ailleurs militer en faveur de l'utilisation de cette déclaration en contre-interrogatoire pour éprouver la crédibilité de l'accusé et faire ressortir les inexactitudes ou les fabrications de son témoignage en interrogatoire principal. Du point de vue du cas individuel, il importe de permettre au jury d'apprécier justement la véracité du témoignage. Du point de vue des procès en général, il est tout aussi important de ne pas permettre que des témoins viennent à la barre fabriquer des mensonges sans craindre d'être contre-interrogés sur des déclarations antérieures contradictoires.

The majority did not comment adversely on this statement of policy. This statement coincides perfectly with this Court's jurisprudence under s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. Allowing a witness to lie on the stand without fear of being contradicted is not something this Court ought to permit.

(6) Comparative Law

112 It is interesting to observe that a few other jurisdictions have had to deal with some or all of the issues that arise in the present case.

(a) *United Kingdom*

113 In the United Kingdom, the state of the law that existed in Canada prior to 1893 is the current state of the law, subject to some modifications. A witness in the United Kingdom is afforded the full right of silence granted by virtue of the common law privilege against self-incrimination. The privilege is best summed up in a passage of Goddard L.J., in *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), at p. 257:

. . . the rule is that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose the deponent to any criminal charge, penalty, or forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be preferred or sued for.

In England, the privilege against self-incrimination is set out in a series of rules, including the rule that an accused cannot be compelled to testify at his or her own hearing, the voluntary confessions rule, and the prohibition on questioning suspects without providing a caution: see *R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773 (H.L.), at pp. 777-78, per Lord Hoffmann. The other rule falling under this rubric is the one conferring a right of silence on any witness. As Lord Hoffmann observes in *Hertfordshire County Council*, at p. 778, these rules are "prophylactic rules designed to inhibit abuse of power by investigatory authorities and to preserve the fairness of the trial".

Les juges majoritaires n'ont pas critiqué cet énoncé de principe. Celui-ci coïncide parfaitement avec la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte*. Notre Cour ne devrait pas permettre qu'un témoin mente à la barre sans craindre d'être contredit.

(6) Le droit comparé

Il est intéressant de noter que d'autres pays ont été confrontés à certaines des questions ou à toutes les questions soulevées dans le présent pourvoi.

a) *Royaume-Uni*

À quelques différences près, l'état du droit contemporain au Royaume-Uni est identique à celui qui existait au Canada avant 1893. Au Royaume-Uni, le témoin jouit d'un droit absolu au silence qui découle du privilège de common law de ne pas s'incriminer. C'est le lord juge Goddard qui, dans cet extrait tiré de l'arrêt *Blunt c. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), p. 257, résume le mieux ce en quoi consiste ce privilège :

[TRADUCTION] . . . la règle veut que personne ne soit obligé de répondre à une question si, de l'avis du juge, la réponse à celle-ci tend à exposer le déposant à une accusation criminelle, à une pénalité, ou [dans une affaire criminelle] à une confiscation, qui, selon le juge, donnerait vraisemblablement lieu à un acte d'accusation ou à une poursuite.

En Angleterre, le privilège de ne pas s'incriminer se reflète dans une série de règles, notamment la règle selon laquelle l'accusé ne peut être contraint de témoigner à son procès, la règle des confessions volontaires et l'interdiction portant qu'on ne peut interroger des suspects sans leur servir de mise en garde : voir *R. c. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773 (H.L.), p. 777-778, lord Hoffmann. L'autre règle qui relève de cette rubrique est celle qui confère à tout témoin le droit de garder le silence. Comme le lord Hoffmann l'a fait remarquer dans l'arrêt *Hertfordshire County Council*, p. 778, ces règles sont [TRADUCTION] « des règles préventives conçues pour éviter que les autorités chargées de l'enquête n'abusent de leur pouvoir et pour préserver l'équité du procès ».

The absolute nature of these rules can best be understood as a response to the abusive practices of the prerogative courts of the sixteenth and seventeenth centuries, including the Star Chamber. Fearing such abuse, absolute prohibitions were set up by judges in the eighteenth and nineteenth centuries. These absolute prohibitions are the ones that survive in England to this day. As can be seen, the principle of self-incrimination is, at its core, a principle animated by trial fairness and the prevention of abuse. These principles are given greater emphasis under the common law rule than that of seeking out the truth.

As access to the truth is of vital importance, England has inserted in many of its statutes provisions similar to s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. A reference to all of these provisions is beyond the scope of this judgment. It suffices to note that a collection of important provisions can be found in A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5th ed. 2000), at pp. 564-66.

One such provision was dealt with in *R. v. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385 (C.A.). In that case, the two appellants were charged with several offences relating to the fraudulent evasion of duties on alcohol. In order to explain his activities, one of the appellants spoke of his involvement with some sort of business described as “Anthony Martin International”. Two years prior to the criminal hearing, the appellant had been forced to swear an affidavit as a result of an *ex parte* restraint order granted by another court. The affidavit purported to be a full disclosure of the appellant’s income and its sources. The appellant neglected to mention “Anthony Martin International” in this affidavit. When the Crown attempted to cross-examine the appellant two years later respecting the absence of any reference to “Anthony Martin International” in the affidavit, appellant’s counsel objected. The Court of Appeal was asked to decide whether the Crown could cross-examine the appellant respecting his statements contained in the affidavit.

On comprend mieux la nature absolue de ces règles lorsqu’on les place dans leur contexte, c’est-à-dire en réponse aux pratiques abusives des *prerogative courts* des seizième et dix-septième siècles, y compris de la Chambre étoilée. Craignant ces abus, les juges ont établi aux dix-huitième et dix-neuvième siècles des interdictions de nature absolue. Ces interdictions absolues sont celles qui survivent à ce jour en Angleterre. Comme on peut le constater, le principe interdisant l’auto-incrimination se veut essentiellement un principe fondé sur l’équité du procès et la prévention des abus. La règle de common law accorde plus d’importance à ces principes qu’à la recherche de la vérité.

Comme la découverte de la vérité revêt une importance cruciale, on relève dans de nombreuses lois anglaises des dispositions analogues aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*. Un renvoi à toutes ces dispositions déborderait du cadre des présents motifs. Qu’il suffise de noter que l’ouvrage de A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5^e éd. 2000), aux p. 564 à 566, comprend un ensemble de ces dispositions importantes.

L’arrêt *R. c. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385 (C.A.), a traité d’une telle disposition. Dans cet arrêt, les deux appelants étaient accusés relativement à plusieurs infractions pour avoir tenté d’éluder les taxes sur l’alcool. Pour expliquer la nature de ses activités, l’un des appelants a parlé de sa participation à une quelconque entreprise qui s’appellerait « Anthony Martin International ». Deux ans avant l’audience en matière pénale, l’appelant avait été contraint de signer un affidavit par suite d’une ordonnance de blocage rendue en son absence par une autre cour. L’affidavit était censé révéler tous les revenus de l’appelant et leur provenance. L’appelant a omis d’y mentionner la « Anthony Martin International ». Lorsque le ministère public a tenté de contre-interroger l’appelant deux ans plus tard sur l’absence de la « Anthony Martin International » dans l’affidavit, l’avocat de l’appelant s’y est opposé. La Cour d’appel a été appelée à déterminer s’il était loisible au ministère public de contre-interroger l’appelant au sujet des déclarations contenues dans l’affidavit.

114

115

116

117

The court first refers to s. 31(1) of the *Theft Act 1968* (U.K.), 1968, c. 60, which statute provides that a person shall not be excused from complying with any order made in proceedings for the recovery or administration of any property on the grounds that to do so may “incriminate” that person. Section 31(1)(b) goes on to state that “no statement or admission made by a person in answering a question put or complying with an order made as aforesaid shall, in proceedings for an offence under this Act, be admissible in evidence against that person”. This paragraph, it should be noted, closely resembles s. 5(2) of the *CEA*. The court agreed that the Crown was not entitled to admit the contents of the affidavit into evidence as part of its case. There then followed the following conclusion, at p. 397, respecting the admission of the evidence in this case:

But the proviso does not, in our judgment, prevent the Crown from cross-examining the deponent, as accused, to credit, in reliance upon the content of an affidavit sworn pursuant to a restraint order. . . .

. . . it would be an affront to common sense if Martin could make two seemingly contradictory statements under oath, without any risk that his veracity could be challenged.

The court’s conclusion is that, where the legislature has indicated that a witness must testify in exchange for which some use immunity is granted, this use immunity does not extend to using the evidence so as to challenge the witness’s credibility in subsequent proceedings. An absolute use immunity is, to borrow the court’s words, an “affront to common sense”. Such a result is consistent with this Court’s jurisprudence in dealing with s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*.

(b) *Australia*

118

In Australia, the common law privilege against self-incrimination has been codified and occasionally modified in most of the evidence statutes in force in its states and territories: see J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (6th Aus. ed. 2000), at p. 683.

La cour s’est référée d’abord au par. 31(1) de la *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60, qui dispose que nul n’est exempté d’obtempérer à une ordonnance prise dans le cadre d’une instance en recouvrement ou en administration d’un bien au motif que le fait de s’y conformer pourrait l’« incriminer ». L’alinéa 31(1)b prévoit en outre [TRADUCTION] « [qu’]aucune déclaration ni aucun aveu émanant d’une personne en réponse à une question ou aux fins de se conformer à une ordonnance susmentionnée n’est admissible en preuve contre elle dans une procédure intentée pour une infraction prévue par la présente loi ». Il y a lieu d’observer que cet alinéa ressemble beaucoup au par. 5(2) de la *LPC*. La cour a convenu qu’il n’était pas loisible au ministère public d’inclure dans sa preuve à charge le contenu de l’affidavit. Elle a conclu ensuite en ces termes, à la p. 397, à propos de l’admission de la preuve :

[TRADUCTION] Cependant, nous sommes d’avis que cette disposition n’empêche pas le ministère public de contre-interroger le déposant, comme accusé, à des fins de crédibilité en se fondant sur le contenu d’un affidavit signé par suite d’une ordonnance de blocage . . .

. . . il serait contraire au sens commun de permettre à Martin de faire deux déclarations assermentées apparemment contradictoires sans craindre de voir la véracité de son témoignage être contestée.

Selon la cour, lorsque le législateur a prévu qu’un témoin devait déposer en échange d’une certaine immunité contre l’utilisation de son témoignage, cette immunité ne s’étend pas à l’utilisation du témoignage aux fins d’attaquer la crédibilité du témoin dans des procédures subséquentes. Une immunité absolue contre l’utilisation du témoignage est, pour reprendre les termes employés par la cour, [TRADUCTION] « contraire au sens commun ». Ce résultat concorde avec la jurisprudence de notre Cour sur les art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*.

b) *Australie*

En Australie, le privilège de common law de ne pas s’incriminer a fait l’objet d’une codification et a subi occasionnellement des modifications dans la plupart des lois sur la preuve en vigueur dans les États et territoires australiens : voir J. D. Heydon,

The effect of codification differs from state to state.

In Tasmania, for example, s. 128 of the *Evidence Act 2001*, No. 76 of 2001, affirms the common law rule, but provides for protection whenever the witness chooses or is required to testify. A witness who testifies is granted a certificate from the trial judge immunizing him or her from subsequent prosecution (except in the case of perjury). Queensland has simply codified the common law rule entitling the witness to remain silent on the ground that any answer may tend to incriminate him: see s. 10 of the *Evidence Act 1977*, 26 Eliz. II No. 47. At the other end of the spectrum lies Victoria, where s. 29 of the *Evidence Act 1958*, No. 6246, provides that the witness cannot object to answering any question on the ground that such answers may incriminate him. This prohibition only applies to evidence that is “relevant and material” to the issues before the court in the first proceeding.

The rationale for maintaining the common law privilege appears to be the same in Australia as in the United Kingdom. It is designed to protect individuals from being compelled to convict themselves by their own testimony, and from being subjected to the abuses of the state that were prevalent prior to the creation of the privilege: see, on this point, the judgment of Kirby P. in *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), at p. 421. As with the United Kingdom, the goals of seeking out and obtaining the truth play a secondary role to those of preventing abuse and testimonial compulsion in Australian law. It is for this reason that the rules of evidence in Australia typically sacrifice access to the truth in order to protect putative witnesses from these apparent harms.

These policy concerns are attenuated to a degree where the state has created rules for the admission of the evidence with protections against subsequent use. In the case of *R. v. Guariglia*, [2000]

Cross on Evidence (6^e éd. Aus. 2000), p. 683. Les conséquences de la codification diffèrent d'un État à l'autre.

En Tasmanie, par exemple, l'art. 128 de la *Evidence Act 2001*, No. 76 of 2001, confirme la règle de common law, mais accorde une protection au témoin qui choisit ou est contraint de déposer. Un témoin qui fait une déposition se voit accorder par le juge du procès un certificat qui le soustrait à toute poursuite subséquente (sauf dans le cas de parjure). Le Queensland a tout simplement codifié la règle de common law permettant au témoin de garder le silence au motif que sa réponse est susceptible de l'incriminer : voir l'art. 10 de la *Evidence Act 1977*, 26 Eliz. II No. 47. Victoria se situe à l'autre extrémité de l'éventail avec l'art. 29 de la *Evidence Act 1958*, No. 6246, qui dispose que le témoin ne peut refuser de répondre à une question au motif que ses réponses risquent de l'incriminer. Cette interdiction ne s'applique qu'aux éléments de preuve [TRADUCTION] « pertinents et déterminants » quant aux questions dont la cour est saisie lors de la première procédure.

Il appert que la raison d'être du maintien du privilège de common law est la même en Australie qu'au Royaume-Uni. Ce privilège vise à empêcher que des personnes soient contraintes, par leur propre témoignage, de reconnaître leur culpabilité et de subir les abus étatiques qui sévissaient avant sa création : voir à cet égard la décision du président Kirby dans l'arrêt *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), p. 421. Comme au Royaume-Uni, les objectifs de recherche et de découverte de la vérité cèdent le pas en droit australien aux objectifs de la prévention des abus et de la contrainte à témoigner. C'est ainsi qu'en matière de preuve, en Australie, la recherche de la vérité est généralement sacrifiée au bénéfice de la protection accordée aux témoins éventuels contre ces dangers apparents.

Dans les cas où l'État a prévu des règles d'admissibilité du témoignage assorties de protections relatives à son utilisation subséquente, il y a lieu de nuancer quelque peu ces énoncés de principe.

119

120

121

VSC 13, for instance, the accused refused to answer questions in a murder trial on the grounds that these answers might expose him to perjury. The answers to these questions would apparently have contradicted those the accused gave at his own murder trial. The accused was convicted of contempt for refusing to answer these questions. Speaking about the right to silence, the court states that the witness has an obligation to testify to the whole truth, and concludes (at para. 28) that,

if the law were otherwise, the tribunal of fact may be left with the uncontradicted and unchallenged evidence of a witness against whom it would not be entitled to draw an adverse inference as to credit by reason of the reliance upon the privilege.

The court concludes that the witness was required to testify, and finds him guilty of contempt.

122 One can take from this decision a clear policy statement that courts will not permit the privilege against self-incrimination to be used to obfuscate the truth by permitting the witness to tell two different stories while denying the trier of fact access to the presence of such differences through the mantra of self-incrimination.

(c) *New Zealand*

123 New Zealand has also maintained the common law privilege against self-incrimination. With respect to witnesses who testify in any civil proceeding, this privilege is codified in s. 4 of the *Evidence Act 1908*, No. 56. The authors of a leading New Zealand evidence textbook point to a number of statutory provisions that serve to modify the common law rule by, for instance, providing that the witness must testify in exchange for some sort of subsequent use immunity: see *Cross on Evidence* (6th N.Z. ed. 1997), at pp. 283-85. The authors also point to the fear of compelling witnesses to testify against themselves as the basic rationale for the maintenance of the common law privilege (p. 279). The authors also acknowledge that such a rationale can serve to militate against

Par exemple, dans *R. c. Guariglia*, [2000] VSC 13, à l'occasion d'un procès pour meurtre, l'accusé a refusé de répondre à des questions au motif que ses réponses pourraient l'exposer à des accusations de parjure. Les réponses aux questions auraient, semble-t-il, contredit celles qu'avait données l'accusé à son propre procès pour meurtre. L'accusé a été déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir refusé de répondre aux questions. S'exprimant sur le droit au silence, la cour a déclaré qu'il incombe au témoin de dire toute la vérité et a conclu en ces termes, au par. 28 :

[TRADUCTION] [S]'il en était autrement en droit, le juge des faits pourrait se retrouver avec le témoignage non contredit d'un témoin à l'égard duquel il ne pourrait tirer une conclusion négative quant à la crédibilité en raison du privilège que ce témoin a invoqué.

La cour a conclu que le témoin était contraint de témoigner et l'a déclaré coupable d'outrage au tribunal.

On peut dégager de cette décision l'énoncé de principe clair selon lequel les tribunaux s'assurent que le privilège de ne pas s'incriminer ne soit pas utilisé pour obscurcir la vérité en permettant au témoin de relater deux versions différentes tout en niant au juge des faits, au nom du mantra de l'auto-incrimination, le droit d'être saisi des différences entre les deux versions.

c) *Nouvelle-Zélande*

La Nouvelle-Zélande a également maintenu le privilège de common law de ne pas s'incriminer. La *Evidence Act 1908*, No. 56, codifie ce privilège à son art. 4 en ce qui concerne les témoins déposant dans une instance civile. Les auteurs d'un important ouvrage de doctrine sur la preuve en Nouvelle-Zélande signalent l'existence d'un certain nombre de dispositions législatives destinées à modifier la règle de common law, notamment en prévoyant que le témoin doit déposer en échange d'une certaine immunité contre l'utilisation subséquente de son témoignage : voir *Cross on Evidence* (6^e éd. N.Z. 1997), p. 283-285. Ces auteurs soulignent en outre que le maintien du privilège de common law se fonde essentiellement sur la crainte de voir les témoins forcés de témoigner contre eux-mêmes

the discovery of crimes, such discovery being in the public interest.

(d) *United States*

The United States has gone further than the previous three jurisdictions by constitutionalizing the privilege against self-incrimination. The constitutional privilege appears in state constitutions as well as in the well-known Fifth Amendment, which provides that “[n]o person shall . . . be compelled . . . to be a witness against himself”. The rationale for the Fifth Amendment privilege continues to be a great mystery. Various rationales for the Fifth Amendment have been put forward from time to time, including the prevention of state abuse, the protection of privacy, and the fear of making findings of guilt based on unreliable, coerced testimony: see *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at pp. 454-58. The authors of *McCormick on Evidence* note, however, that there do exist critics of the privilege. These critics argue that the privilege unjustifiably denies the state access to important sources of reliable information. This, say some critics, places too high a price for the values the Fifth Amendment apparently serves to protect.

The privilege operates in favour of both an accused and a non-accused witness. With respect to the latter, the witness is required to claim the privilege. Typically, the claim is not made as a blanket claim, but comes in the form of specific objections to specific questions. When a witness objects, it is up to the trial judge to assess whether the testimony could be incriminatory. The test for determining whether the evidence is incriminatory is taken from the case of *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951). The U.S. Supreme Court held, in that case, that the witness is entitled to object, except in cases where it is “perfectly clear” that the witness is mistaken respecting the incriminatory effect of the evidence and where the testimony “cannot possibly have such tendency to incriminate” (p. 488

(p. 279). Qui plus est, ils reconnaissent qu’un tel fondement peut s’inscrire à l’encontre de l’objectif d’intérêt public qui consiste à faire la lumière sur les crimes.

d) *États-Unis*

Les États-Unis ont fait un pas de plus que les trois pays précédents en conférant un statut constitutionnel au privilège de ne pas s’incriminer. On retrouve ce privilège constitutionnel dans les constitutions des États comme dans le célèbre Cinquième amendement, qui dispose que [TRADUCTION] « [n]ul ne pourra être contraint de témoigner contre lui-même ». Un grand mystère entoure encore le fondement du privilège que confère le Cinquième amendement. On a avancé de façon sporadique divers fondements au Cinquième amendement, notamment la prévention des abus commis par l’État, la protection de la vie privée et la crainte qu’il y ait des déclarations de culpabilité fondées sur un témoignage forcé et non digne de foi : voir *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 1, p. 454-458. Cependant, les auteurs de *McCormick on Evidence* font observer que ce privilège s’est attiré des détracteurs. Ceux-ci font valoir que le privilège prive de façon injustifiée l’État de l’accès à d’importantes sources d’information fiable. Certains d’entre eux prétendent que ce serait un prix trop élevé à payer pour les valeurs que le Cinquième amendement vise apparemment à protéger.

Le privilège protège tant l’accusé que le témoin non accusé. Ce dernier est tenu de l’invoquer pour en bénéficier. Plus souvent qu’autrement, la demande du témoin à cet égard ne revêt pas un caractère général, mais prend la forme d’objections précises à des questions précises. Lorsque le témoin élève une objection, il appartient au juge du procès de déterminer si son témoignage pourrait s’avérer incriminant. L’arrêt *Hoffman c. United States*, 341 U.S. 479 (1951), énonce le critère applicable à la détermination du caractère incriminant du témoignage. La Cour suprême des États-Unis a statué dans cet arrêt que le témoin peut refuser de répondre, sauf dans les cas où il est [TRADUCTION] « *tout à fait clair* » que le témoin s’est mépris sur l’effet incriminant du témoignage et que celui-ci [TRADUCTION] « ne peut

(emphasis in original)). This formulation basically renders all testimony subject to the privilege except that which only gives rise to a fanciful possibility of incrimination.

en aucun cas tendre à l'incriminer » (p. 488 (en italique dans l'original)). En somme, cette formulation rend le privilège applicable à tout témoignage, sauf s'il s'agit d'un témoignage dont le caractère incriminant ne peut que relever de la fantaisie.

126

In order to obtain access to the witness's testimony at the first proceeding, several states have attempted to avoid the strictures of the Fifth Amendment by enacting what are known as "use immunity" statutes: see *McCormick on Evidence, supra*, at p. 513. These statutes compel the witness to testify in exchange for promises not to use the testimony at later proceedings. The tendency in these statutes is to wait for the witness to claim their privilege before granting a use immunity. The trial judge will grant this immunity after the witness claims the privilege, and after the prosecution seeks a grant of immunity. Because of the existence of the Fifth Amendment, it is necessary that the statutory use immunity protect witnesses to the same extent as they would be had they been permitted to invoke their constitutional right to silence. A statutory immunity that offers anything less would violate the Fifth Amendment.

En vue de recueillir la déposition du témoin lors de la première procédure, plusieurs États ont tenté d'éviter les contraintes imposées par le Cinquième amendement par la promulgation de ce qu'on peut appeler des lois relatives à [TRADUCTION] « l'immunité contre l'utilisation du témoignage » : voir *McCormick on Evidence, op. cit.*, p. 513. Ces lois forcent le témoin à déposer en échange de la promesse que son témoignage ne sera pas utilisé dans des procédures subséquentes. Il ressort de ces lois que l'immunité contre l'utilisation du témoignage n'est accordée en règle générale que lorsque le témoin invoque son privilège. Le juge du procès accordera cette immunité dès que le témoin aura invoqué le privilège et dès que la poursuite aura réclamé que l'immunité soit conférée. En raison du Cinquième amendement, il est nécessaire que l'immunité légale contre l'utilisation du témoignage offre aux témoins le même degré de protection que s'il avait été loisible à ceux-ci d'invoquer leur droit constitutionnel de garder le silence. Toute immunité légale qui accorderait un degré de protection moindre contreviendrait au Cinquième amendement.

127

In *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979), the U.S. Supreme Court dealt directly with the question of whether witness testimony given under the protection of a use immunity agreement could be used to impeach that witness's credibility at a subsequent proceeding. The respondent Portash was compelled to testify before a grand jury. Portash claimed privilege, but was compelled to testify pursuant to a statute then in force in New Jersey. This same law provided that the testimony "shall not be used against such public employee in a subsequent criminal proceeding" (*New Jersey Public Employees Immunity Statute*, N.J. Stat. Ann. §2A:81-17.2a2 (West 1976)). Portash was later indicted on several counts.

Dans l'arrêt *New Jersey c. Portash*, 440 U.S. 450 (1979), la Cour suprême des États-Unis a traité précisément de la question de savoir si la déposition faite par un témoin sous la protection d'une entente d'immunité contre l'utilisation de son témoignage pouvait servir à attaquer la crédibilité de ce témoin dans une procédure subséquente. L'intimé Portash a été forcé à témoigner devant un grand jury. Il a invoqué le privilège, mais s'est vu contraint de témoigner en vertu d'une loi alors en vigueur au New Jersey. Cette même loi prévoyait que le témoignage [TRADUCTION] « ne peut être utilisé contre ce fonctionnaire dans une procédure pénale subséquente » (*New Jersey Public Employees Immunity Statute*, N.J. Stat. Ann. §2A:81-17.2a2 (West 1976)). L'intimé Portash a par la suite été accusé sous plusieurs chefs.

At the trial, the trial judge ruled that the prosecution was permitted to use the testimony to impeach Portash's credibility. An appeal was allowed, and the case sent to the Supreme Court. The majority in the Supreme Court held that the Fifth Amendment privilege protects against any use of compelled testimony in subsequent proceedings. To use the compelled testimony for any purpose would violate the Fifth Amendment. Essentially, if Portash had been held to be entitled to claim a right to silence, no evidence would have existed either to incriminate him or to impeach his credibility. Allowing the prosecution under statute to use the testimony to impeach the witness would diminish the absolute protection afforded by the Fifth Amendment. In short, the prosecution was held not to be permitted to use the evidence as a means of impeaching the witness.

This result appears to be consistent with the Fifth Amendment, given the latter's strenuous and absolutely prohibitive wording. No statutory provision or rule can be construed so as to diminish the Fifth Amendment's overwhelming protection. This result can quite easily be compared with the one reached in *Martin, supra*, where the statutory use immunity provision did not have to compete with any absolute constitutional right to silence. The result in *Portash*, then, is a result tailored to the unique right of silence found in the Fifth Amendment. A similar result does not obtain in Canada, where our *Charter* and Constitution generally do not employ language like that found in the Fifth Amendment. An absolute prohibition against subsequent use of the compelled evidence is entirely in keeping with American law, but such a result cannot be justified in Canada on the same grounds.

(e) *General Comments — Comparative Law*

Canada appears to maintain a unique position in the common law world as the only country to

128
 Au procès, le juge du procès a déterminé que la poursuite pouvait se servir du témoignage de l'intimé Portash pour attaquer sa crédibilité. L'appel de la décision a été accueilli, et le litige a été porté devant la Cour suprême. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont statué que le privilège que confère le Cinquième amendement offre une protection contre toute utilisation d'un témoignage forcé dans des procédures subséquentes. L'utilisation d'un témoignage forcé à quelque fin que ce soit contreviendrait au Cinquième amendement. Essentiellement, si on avait conclu qu'il était loisible à l'intimé Portash d'invoquer le droit de garder le silence, aucun élément de preuve n'aurait pu servir à l'incriminer ou à attaquer sa crédibilité. Permettre à la poursuite, aux termes d'une loi, de miner la crédibilité du témoin en se servant de son témoignage aurait pour effet d'éroder la protection absolue qui découle du Cinquième amendement. En définitive, la Cour suprême a statué qu'il n'était pas loisible à la poursuite d'utiliser ce témoignage en vue d'attaquer la crédibilité du témoin.

129
 Cette conclusion paraît compatible avec le Cinquième amendement, compte tenu de son libellé catégorique énonçant une interdiction totale. On ne peut interpréter une disposition ou une règle légale de manière à amoindrir la protection absolue que confère le Cinquième amendement. On peut fort aisément comparer cette conclusion à celle de l'arrêt *Martin*, précité, où la disposition légale d'immunité contre l'utilisation du témoignage ne s'opposait pas à un droit constitutionnel absolu de garder le silence. La conclusion de l'arrêt *Portash* est donc adaptée au droit au silence propre au Cinquième amendement. L'issue n'aurait pas été la même au Canada, où le libellé de notre *Charte* et de notre Constitution n'est généralement pas analogue à celui du Cinquième amendement. Une interdiction absolue contre l'utilisation subséquente du témoignage forcé est résolument conforme au droit américain, mais un tel résultat ne peut se justifier au Canada à partir des mêmes motifs.

e) *Commentaires d'ordre général — Droit comparé*

130
 Étant le seul pays à avoir entièrement aboli le privilège de common law de ne pas s'incriminer, le

have completely abolished the common law privilege against self-incrimination. Some of the jurisdictions noted above have gone some way toward abolishing the privilege in certain specific cases. Where the common law privilege remains, courts and doctrinal writers agree that the basis for the privilege is the fear of compulsion and abuse of power, this fear being rooted in historical accounts of the practices of courts such as the Star Chamber. This fear is said to override the goal of seeking out and discovering the truth. As a result, some truth is made inaccessible for the sake of these other goals. Where the common law rule has been modified or entirely repealed, the rationale for such modification or repeal generally changes. The fact, though, that the rule has been repeatedly replaced by provisions resembling s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter* suggests that access to the truth has become a principal consideration in some instances. This is reflected in decisions such as *Martin, supra*, where the court held that prior testimony can be put to an accused so as to undermine his or her credibility, notwithstanding the presence of a statutory use immunity resembling s. 5 of the *CEA*.

(7) The Opinion of Arbour J.

131

In my opinion, my colleague's reasons ignore the fundamental precepts discussed earlier and, as a result, provide a *quid pro quo* to the witness that is more broad than what is required to achieve the goals provided for in s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. In her opinion, Arbour J. takes the view that the witness should incur no risk in testifying to matters that are incriminating at the time the evidence is given, as long as the witness claims the protection of s. 5 at the first proceeding. According to her, if the evidence is incriminating at the time it is given and if s. 5 protection is claimed, the Crown is not entitled, at a subsequent proceeding, to use the evidence at all. This includes a prohibition against using the testimony to test the witness's credibility.

Canada paraît jouir d'un statut unique dans les ressorts de common law. Certains pays mentionnés précédemment ont entrepris dans une certaine mesure d'abolir le privilège dans des cas précis. Lorsque le privilège de common law subsiste, les tribunaux et les auteurs de doctrine s'entendent pour dire que le privilège se fonde sur la peur de la contrainte et de l'abus de pouvoir, cette peur étant enracinée dans la relation historique des pratiques des tribunaux tels que la Chambre étoilée. On prétend que l'objectif de recherche et de découverte de la vérité cède le pas devant cette peur. En conséquence, la vérité se trouve en partie occultée au nom de ces autres objectifs. Là où la règle de common law a été modifiée ou entièrement abrogée, ce changement ou cette modification dépend des motifs qui la sous-tendent. Cependant, le fait que des dispositions semblables aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte* aient été maintes fois substituées à la règle de common law donne à penser que, dans certains cas, la recherche de la vérité est devenue la considération première. On le constate dans des arrêts tels que *Martin, précité*, où la cour a statué qu'on pouvait opposer à l'accusé son témoignage antérieur pour miner sa crédibilité et ce, malgré l'existence d'une immunité légale contre l'utilisation du témoignage qui est analogue à l'art. 5 de la *LPC*.

(7) L'opinion du juge Arbour

À mon avis, les motifs de ma collègue ne tiennent pas compte des préceptes fondamentaux dont il a été question précédemment et, partant, accordent au témoin une contrepartie plus importante que ne le requiert l'atteinte des objectifs consacrés aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*. Dans ses motifs, le juge Arbour adopte le point de vue selon lequel le témoin ne devrait courir aucun risque en témoignant sur des questions incriminantes au moment où le témoignage est rendu, dans la mesure où il revendique la protection fondée sur l'art. 5 au cours de la première procédure. Selon elle, si le témoignage est incriminant au moment où il est rendu et si la protection de l'art. 5 est invoquée, le ministère public ne peut en aucun cas en faire usage dans une procédure subséquente. Cette interdiction vise notamment l'utilisation du témoignage dans le but de jauger la crédibilité du témoin.

With respect, no principled system of justice, and indeed no criminal system concerned with ascertaining the truth, would ever agree to enter into such an arrangement. Witnesses who are called to testify under this contract could change their story at a subsequent hearing with utter impunity, as they cannot be cross-examined with respect to the fact that their story has changed. In such a situation, the credibility of the witness is falsely presented to the jury. Since the Crown is not capable of showing that the accused in the subsequent proceeding is telling a completely different story from what he told at the earlier proceeding, the jury are left with the false impression that the accused's uncontradicted story is the product of a credible individual. A system of justice that prevents the jury or the trier of fact from reviewing past testimony for glaring inconsistencies or even direct lies is a system of justice that has lost faith in the jury's ability to be true arbiters of fact. Hiding the truth in a subsequent case to this extent in exchange for a better chance at the truth at the earlier proceeding is not the appropriate bargain envisioned by the law. It is not the agreement mandated by s. 5 of the *CEA*.

The biggest problem with my colleague's reasoning is her understanding of s. 5 as some sort of contractual arrangement. While I agree with the contractual analogy insofar as the Crown is said to benefit from the witness's testimony in the first proceeding in exchange for some sort of use immunity in any subsequent proceeding, the analogy must end there. If the concept is best understood as a contract between witness and Crown, then let us examine its terms. The witness promises to tell the truth. In exchange for this promise, the Crown promises to abide by s. 5 of the *CEA*, granting the witness some protection from the future use of the evidence. This arrangement ensures that the Crown is granted access to the

En toute déférence, dans aucun système judiciaire qui s'appuie sur des principes et, en fait, dans aucun système pénal dont l'objectif consiste en la découverte de la vérité, ne permettrait-on qu'un tel arrangement soit conclu. Les témoins appelés à témoigner en vertu de ce contrat pourraient modifier leur version des faits en toute impunité lors d'une audience subséquente, vu qu'ils ne peuvent être contre-interrogés sur les différences entre chaque version. En pareil cas, on se trouve à présenter au jury une image trompeuse de la crédibilité du témoin. Puisque le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'accusé relate dans la procédure subséquente une version tout à fait différente de celle qu'il a donnée au cours de la procédure antérieure, il subsiste dans l'esprit du jury la fausse impression que la version non contredite de l'accusé est celle d'une personne crédible. Un système judiciaire dans lequel le jury ou le juge des faits se voit empêché de soumettre le témoignage antérieur à un examen pour en dégager les incohérences manifestes, ou même les purs mensonges, est un système où on a perdu toute confiance en la capacité du jury d'être un véritable arbitre des faits. Du point de vue du droit, améliorer les chances de faire ressortir la vérité dans le cadre de la procédure antérieure en occultant à ce point la vérité lors d'une procédure subséquente ne représente pas le juste marché qu'on envisageait de conclure. Il ne s'agit pas de l'entente prescrite par l'art. 5 de la *LPC*.

Le problème le plus grave que soulève le raisonnement de ma collègue est qu'elle considère l'art. 5 comme un certain type d'arrangement contractuel. Bien que je souscrive à l'analogie avec un contrat dans la mesure où on prétend que le ministère public bénéficie de la déposition faite par le témoin dans la première procédure en échange d'un certain type d'immunité contre l'utilisation du témoignage dans toute procédure subséquente, j'estime que l'analogie s'arrête là. Si la meilleure façon de comprendre ce concept consiste à le qualifier de contrat entre le témoin et le ministère public, attardons-nous à l'examen des modalités de ce contrat. Le témoin promet de dire la vérité. En échange de sa promesse, le ministère public lui

truth so as to better prosecute the accused at the first proceeding.

promet de respecter l'art. 5 de la *LPC* en lui accordant une certaine protection contre l'utilisation subséquente de son témoignage. Aux termes de cet arrangement, le ministère public s'assure d'obtenir la vérité afin de mieux poursuivre l'accusé dans le cadre de la première procédure.

134

Taking this contract analogy further, the witness then testifies in accordance with his promise, apparently telling the truth (which he is contractually bound to do). At the second proceeding, the witness (now accused) tells a completely different story. Since this person has sworn or affirmed to tell the truth at his own trial, and since this person is contractually bound to tell the truth at the first proceeding, it follows that the accused has either perjured himself, or has breached a fundamental condition of the agreement. Because my colleague extends an absolute use immunity to the accused in this situation, the Crown can never find out whether the accused lied at the first proceeding or is lying at the second. The Crown, like the jury, has to accept the second story as true. As such, it follows that the accused must be deemed to have breached the condition to tell the truth at the first proceeding. Using strict contractual principles, this repudiation of the contract by the accused, if accepted by the Crown, brings the contract to an end. The Crown is now no longer obligated by contract to fulfil its end of the bargain. It can now, based purely on contract principles, cross-examine the accused at will, using the prior testimony without consequence. That said, it would be a breach of statute for the Crown to cross-examine at will. In short, the contract analogy leads invariably to a situation where the accused receives the full benefit of the contract, whereas the Crown is left with an unenforceable bargain. It is for this reason that the Court ought not to countenance such an absurd arrangement.

Si on pousse plus loin l'analogie avec un contrat, le témoin rend ensuite son témoignage conformément à sa promesse en disant, selon toute apparence, la vérité (ce qu'il est contractuellement tenu de faire). Lors de la deuxième procédure, le témoin (maintenant accusé) relate une version tout à fait différente. Étant donné qu'il s'est engagé sous serment ou par déclaration solennelle à dire la vérité à son propre procès, et vu qu'il a été contractuellement tenu de dire la vérité lors de la première procédure, il s'ensuit que soit l'accusé s'est parjuré, soit il a manqué à une condition essentielle de l'entente. Du fait que ma collègue étende à l'accusé, dans un tel cas, l'immunité absolue contre l'utilisation de son témoignage, le ministère public ne peut jamais savoir si l'accusé a menti au cours de la première procédure ou s'il ment lors de la deuxième. Comme le jury, le ministère public doit accepter la deuxième version comme étant la vraie. Il en découle que l'accusé est présumé avoir manqué à la condition de dire la vérité lors de la première procédure. Si on se fie aux principes strictement contractuels, cette résiliation unilatérale du contrat par l'accusé met un terme au contrat si le ministère public accepte la résiliation. Le ministère public n'est désormais plus tenu en vertu du contrat d'assumer la part d'obligations qui lui revient. Strictement sur le fondement des principes contractuels, il peut désormais contre-interroger l'accusé comme il l'entend en se servant impunément de son témoignage antérieur. Cela dit, le ministère public contreviendrait à la loi s'il contre-interrogeait l'accusé à sa guise. Bref, l'analogie avec un contrat mène invariablement à une situation où l'accusé jouit de tous les avantages que lui confère le contrat, alors que le ministère public se retrouve avec un marché devenu inexécutoire. C'est pour cette raison que notre Cour ne devrait pas admettre un arrangement aussi absurde.

My colleague appears to support an arrangement whereby one who tells two different stories at two different proceedings merely risks being brought on perjury charges. This is similar to the Diplock model of contract as primary obligations, the breach of which gives rise either to a remedy of specific performance, or a secondary obligation of damages: see *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556 (H.L.), at p. 566. While I acknowledge that perjury is a secondary consequence to telling two different stories before a court of law, it does not follow that it ought to be the only consequence. A perjury conviction can be too small a price to pay once the primary obligation to tell the truth has been apparently breached. Section 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter* allow for the use of the prior testimony to impeach the credibility of the witness. That, coupled with the potential for a perjury conviction, is an appropriate consequence for breaching the primary obligation to tell the truth at the first proceeding. It also happens to be the consequence mandated by *Kuldip*, *supra*. In short, it is one thing to countenance making a deal with the devil. It is quite another to sell him one's soul.

My colleague's interpretation of s. 5 is nothing short of an overruling of express aspects of the decision in *Kuldip*. The *Kuldip* principle is that an accused can be cross-examined regarding prior testimony if the purpose of such examination is to undermine the accused's credibility. This principle applies whether the accused's prior testimony is protected under s. 13 of the *Charter* or s. 5 of the *CEA*. If my colleague wishes to overrule aspects of a decision that has stood as the leading authority in this country for 12 years, she should simply say so and provide cogent reasons to that effect. I joined the five-line dissent of Wilson J. in *Kuldip*. Nevertheless, there comes a time when one must acknowledge that finality in the jurisprudence on certain settled matters outweighs one's dissent at one time. Respect for precedent is important: it fosters consistency. In the case of *Kuldip* in particular, there has been no

135
Ma collègue paraît appuyer une position voulant que celui qui relate deux versions différentes dans le cadre de deux procédures différentes ne risque que d'être poursuivi pour parjure. Cette conception s'apparente au modèle de contrat proposé par lord Diplock, qui l'assimile à des obligations premières dont l'inexécution donne lieu, à titre de réparation, soit à l'exécution en nature, soit à l'obligation secondaire de verser des dommages-intérêts : voir *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556 (H.L.), p. 566. Bien que je convienne que le parjure représente une conséquence secondaire de deux versions différentes devant une cour de justice, il ne s'ensuit pas que le parjure doive en être la seule conséquence. Une déclaration de culpabilité pour parjure peut s'avérer un bien petit sacrifice lorsqu'il y a eu manquement apparent à l'obligation première de dire la vérité. L'article 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte* permettent que le témoignage antérieur soit utilisé pour attaquer la crédibilité du témoin. Cette fin, assortie de la possibilité d'une déclaration de culpabilité pour parjure, constitue une conséquence appropriée au manquement à l'obligation première de dire la vérité lors de la première procédure. Il se trouve également qu'il s'agit là de la conséquence prescrite par l'arrêt *Kuldip*, précité. Bref, c'est une chose que de tolérer de faire un pacte avec le diable. C'est tout autre chose que de lui vendre son âme.

136
L'interprétation de l'art. 5 qu'adopte ma collègue constitue un renversement de certains aspects explicites de l'arrêt *Kuldip*. Le principe consacré dans l'arrêt *Kuldip* veut qu'un accusé puisse être contre-interrogé sur son témoignage antérieur si ce contre-interrogatoire vise à miner sa crédibilité. Ce principe s'applique que le témoignage antérieur de l'accusé soit protégé en vertu de l'art. 13 de la *Charte* ou de l'art. 5 de la *LPC*. Si ma collègue souhaite renverser certains aspects d'une décision de principe établie au pays depuis 12 ans, elle devrait simplement l'affirmer et s'appuyer sur des moyens convaincants à cet égard. J'ai souscrit à la dissidence de six lignes du juge Wilson dans l'arrêt *Kuldip*. Cependant, il vient un temps où force est de reconnaître que la finalité de la jurisprudence sur certaines questions bien établies l'emporte sur la dissidence que peut exprimer un juge à un moment donné. Le

outcry — quite the contrary — respecting its application through the years. More importantly perhaps in this case, the overruling of any part of *Kuldip* was simply not argued at all and I do not think that this Court should take it upon itself, absent arguments to reverse its jurisprudence, to overrule its own case, more so one of such recent vintage. While my colleague attempts to justify her reasons as a resurrection of *Kuldip*, she has, quite simply, killed much of it.

(8) Summary of Principles

137

While I have earlier set out what I believe are the appropriate principles to apply in the present case, namely those espoused in *Kuldip*, it is perhaps necessary at this juncture to summarize them. First of all, the use immunity that arises when a witness testifies is the same whether the witness has claimed the protection afforded by s. 5 of the *CEA* or not. Secondly, this use immunity prevents the prosecution from using the witness's testimony in any subsequent proceedings for the purpose of incriminating the witness (who is now the accused in his or her own proceeding). In order to accomplish this, and given the fact that a great deal of evidence that is tendered to impugn a witness's credibility also has the effect of incriminating him or her, it will be necessary in most cases for the trial judge to instruct the jury with respect to the appropriate use to which they can put the evidence. Occasionally, instructions to the jury will have to be made during the trial, as occurred in the present case, so as to pre-emptively prepare the jury for the evidence they will hear. I agree with Arbour J. that the danger of the evidence being used to incriminate the accused depends a great deal on the nature of the evidence as well as the circumstances of the case. The greater the danger of incrimination, the more explicit the instructions to the jury will need to be to prevent the evidence from being used to impermissibly incriminate the accused.

respect du précédent est important : il favorise la cohérence. Dans le cas de l'arrêt *Kuldip*, en particulier, son application n'a provoqué aucun tollé — bien au contraire — au fil des années. Fait peut-être plus important dans le présent pourvoi, on n'a nullement plaidé le renversement d'une partie quelconque de l'arrêt *Kuldip* et je ne suis pas d'avis qu'en l'absence d'arguments militant en faveur d'un renversement jurisprudentiel, notre Cour devrait entreprendre de son propre chef de renverser sa propre décision, surtout lorsqu'il s'agit d'une décision aussi récente. Bien que ma collègue tente de justifier ses motifs en donnant une nouvelle vie à l'arrêt *Kuldip*, elle se trouve à l'annihiler en grande partie.

(8) Sommaire des principes

Bien que j'aie déjà exposé ce qui, selon moi, constitue les principes appropriés applicables au présent pourvoi, savoir ceux adoptés dans l'arrêt *Kuldip*, il est peut-être nécessaire à cette étape-ci de les résumer. Premièrement, l'immunité contre l'utilisation d'un témoignage, dont bénéficie la personne qui témoigne, est similaire, que cette dernière ait ou non revendiqué la protection fondée sur l'art. 5 de la *LPC*. Deuxièmement, cette immunité empêche la poursuite de se servir de la déposition du témoin (qui est maintenant l'accusé) pour l'incriminer dans toute procédure subséquente. Pour atteindre cet objectif et compte tenu du fait qu'une grande partie du témoignage présenté pour attaquer la crédibilité d'une personne a également l'effet de l'incriminer, il sera nécessaire dans la plupart des cas que le juge du procès donne au jury des directives sur la fin légitime à laquelle celui-ci peut utiliser le témoignage. Le juge devra occasionnellement donner des directives au jury au cours du procès, comme ce fut le cas en l'espèce, question de le préparer d'avance aux témoignages qu'il s'appête à entendre. Je conviens avec le juge Arbour que le danger de voir le témoignage de l'accusé utilisé pour l'incriminer dépend largement de la nature du témoignage ainsi que des circonstances de l'affaire. Plus le danger d'incrimination est grand, plus les directives au jury devront être explicites afin d'empêcher que le témoignage de l'accusé soit utilisé, de manière inacceptable, pour l'incriminer.

(9) Application

Having determined the proper principles that apply in the present case, it remains for me to apply those principles to the evidence the respondent sought to tender in cross-examining the appellant.

The Crown's cross-examination of the appellant dealt mostly with the appellant's prior testimony at his brother's trial and preliminary hearing. A typical example of the type of cross-examination involved can be gauged from the following passage:

[TRANSLATION]

Q. I'm going to go a bit farther. I asked you this question:

. . . .

“Q. You told police that it was Serge who touched him, right?”

A. Yes.

Q. And when you say ‘touched’?

A. He was all over him.

Q. He was all over him, and during that time what were you doing?

A. I was holding him.”

A. No, I wasn't there myself.

Q. But that's what you told the judge?

A. Yes, it was a bunch of lies.

There is nothing, in my opinion, that is offensive in this line of questioning. By this point in the trial, the appellant has already indicated that he did not participate whatsoever in the victim's murder. He is then read portions of his previous testimony which seem to contradict the new story. He is asked which version is true, in a sense. His response is that the first story is merely a bunch of lies.

Where Arbour J. takes offence with this line of questioning is in respect of questions that seek to obtain from the witness evidence as to which version of the story is true. In her opinion, such

(9) Application

Les principes applicables au présent pourvoi ayant été exposés, il me reste à les appliquer aux éléments de preuve que l'intimé a cherché à produire à l'occasion du contre-interrogatoire de l'appellant.

Le contre-interrogatoire que le ministère public a mené portait largement sur le témoignage antérieur que l'appellant avait rendu au procès et à l'enquête préliminaire de son frère. L'extrait suivant nous offre un parfait exemple du type de contre-interrogatoire dont il est question :

Q. Je m'en vais un peu plus loin. Là, je vous pose la question, là :

. . . .

« Q. Comme vous l'avez dit aux policiers, est-ce que Serge l'a frôlé lui?

R. Oui.

Q. Puis quand vous dites ‘frôlé’?

R. Il se collait dessus.

Q. Il se collait dessus et pendant ce temps-là vous faisiez quoi?

R. Je le tenais. »

R. Non, j'étais pas là, moé.

Q. Mais c'est ça que vous avez répondu à Madame le Juge?

R. Oui, c'étaient des menteries.

Ce type de questions n'a, à mon avis, rien d'inapproprié. À ce stade du procès, l'appellant a déjà déclaré n'avoir participé d'aucune manière que ce soit au meurtre de la victime. On lui lit alors des extraits de son témoignage antérieur qui semblent contredire la nouvelle version. On lui demande laquelle des versions est en quelque sorte la vraie. Il répond que la première version ne se résume qu'à un tas de mensonges.

L'opposition du juge Arbour à ce type de questions tient au fait que celles-ci visent à arracher au témoin une déclaration quant à savoir quelle version est la vraie. À son avis, de telles questions

138

139

140

questions must have been designed to elicit admissions, which admissions would constitute an incriminating use of the prior testimony. With respect, I do not regard such questions as constituting an attempt to incriminate the appellant.

141 The appellant, when asked questions respecting the veracity of the previous story, always has a number of options in answering. The first option is to indicate that the previous testimony is full of lies, as in the example noted above. At the appellant's trial, this was the typical answer. The appellant could also answer by saying that the testimony he gave at the previous trial is true, but that it is being told from the perspective of his brother. During his own trial, the appellant often indicated that many of the stories he had told at the previous trial were based on descriptions given by his brother. In essence, then, the appellant's story was that he had not lied at the previous trial, but merely failed to indicate that the story he told was one his brother had told him. Examples of this type of testimony are numerous. In the following passage, the Crown begins by relating the story that the appellant told the jury at his brother's trial. This is followed by the appellant's explanation for the apparent inconsistency between that story and the one being told in the current trial:

[TRANSLATION]

Q. That evening, December 16th, Mr. Noël, you said, not the evening of December 16th but June 9th, you told the jury that's when the little boy had stopped at the karate school - who told you that?

A. He told me that.

Q. O.K. Serge told you?

A. Yes.

If the jury believe the appellant, it follows that the appellant's story at his brother's trial with respect to the karate club is entirely true, albeit subject to the caveat that the story is taken from the brother's description as opposed to the appellant's observations. The appellant's answer, therefore, may not undermine his credibility in the eyes of the jury.

doivent avoir été conçues pour soutirer des aveux, lesquels constitueraient une utilisation incriminante du témoignage antérieur. Avec égards, je ne suis pas d'avis que ces questions masquent une tentative d'incriminer l'appelant.

En réponse aux questions qu'on lui a posées sur la véracité de l'ancienne version, l'appelant a toujours disposé d'un certain nombre d'options. La première option consiste à affirmer que le témoignage antérieur est un tissu de mensonges, comme dans l'exemple mentionné ci-dessus. C'est la réponse qui ressortait le plus souvent au procès de l'appelant. L'appelant pourrait également répondre que le témoignage qu'il a rendu au premier procès est vrai, mais qu'il est relaté du point de vue de son frère. À son propre procès, l'appelant a souvent indiqué qu'une grande part de ce qu'il avait relaté au procès antérieur s'appuyait sur des descriptions que lui avait fournies son frère. Essentiellement, donc, l'appelant déclare qu'il n'a pas menti au procès antérieur, mais qu'il a tout simplement omis de préciser que la version qu'il relatait était celle de son frère. Des exemples de ce type de témoignage abondent. Dans l'extrait suivant, le ministère public commence par exposer la version que l'appelant a donnée au jury au procès de son frère. L'appelant explique ensuite l'incompatibilité apparente entre cette version et celle qu'il relate au procès en cours :

Q. Ce soir-là le seize (16) décembre, monsieur Noël, ce que vous avez dit, pas le soir du seize (16) décembre, mais le neuf (9) juin, quand vous avez dit au jury que le petit gars s'était arrêté à l'école de karaté où c'est que vous avez pris ça, vous?

R. C'est des choses que lui m'a dites.

Q. O.K. C'est des choses que Serge vous a dites?

R. Oui.

Si le jury croit l'appelant, il s'ensuit que la version qu'a donnée l'appelant au procès de son frère à propos de l'école de karaté est tout à fait vraie, quoique soumise à la réserve selon laquelle elle provient de la description fournie par le frère de l'appelant plutôt que des observations de l'appelant lui-même. Par conséquent, la réponse de l'appelant peut ne pas mettre en cause sa crédibilité aux yeux du jury.

Finally, the appellant's answers to the Crown's questions were often explanations of his previous testimony. At his brother's trial, the appellant testified at length about how his brother and the victim came to his home, and went into the basement together. The appellant added that he went down to be with the two of them about two minutes later. This testimony, coupled with the previous testimony where the appellant indicates that he held the victim's legs while his brother killed him in the appellant's basement, would seem to contradict the appellant's present testimony about being wholly unaware of the victim's death until after he was killed. The Crown thus put these statements to the appellant in the present trial, with the following result:

[TRANSLATION]

Q. . . .

“Q. O.K. so then you went down into the basement?”

A. Yes.”

A. Later, when I heard a noise, yes.

Q. O.K. That's what you're telling me today?

A. Yes.

Q. But at that time, this is what you told me, that you waited a couple of minutes and then you went into the basement.

A. When I heard a noise.

The appellant's answer was that his previous testimony coincides with his current testimony. His reference at his brother's trial to descending into the basement was in reference to going down after the victim was killed. Taken in isolation, the prior testimony could have been used to attack the appellant's story that he was not present before or during the killing, as the prior evidence had the effect of suggesting otherwise. The appellant's answer is that he did not lie at the previous hearing. Such an answer, if believed, would do nothing to damage the appellant's credibility. Rather, it could be evidence of consistency.

The foregoing examples illustrate the importance of asking the appellant questions respecting the

Enfin, les réponses de l'appelant aux questions du ministère public se résumaient souvent à des explications sur son témoignage antérieur. Au procès de son frère, l'appelant a expliqué en détail comment son frère et la victime s'étaient rendus chez lui puis étaient descendus au sous-sol ensemble. L'appelant a ajouté qu'il était descendu les rejoindre environ deux minutes plus tard. Lorsqu'on interprète cette version conjointement avec le témoignage antérieur dans lequel l'appelant a déclaré avoir tenu les jambes de la victime alors que son frère l'assassinait dans le sous-sol de l'appelant, elle semble contredire le témoignage actuel de l'appelant portant qu'il n'a eu connaissance du décès de la victime qu'après l'assassinat de celle-ci. Dans le cadre du procès en cours, le ministère public a opposé ces déclarations à l'appelant, avec le résultat suivant :

Q. . . .

« Q. O.K. fait que là, vous êtes descendu dans cave? »

R. Oui. »

R. Après, quand j'ai entendu du bruit, oui.

Q. O.K. C'est ce que vous me dites aujourd'hui?

R. Oui.

Q. Mais à cette époque-là c'est ça que vous m'avez dit, vous avez attendu une couple de minutes puis après vous êtes descendu dans cave.

R. Quand j'ai entendu du bruit.

L'appelant a répondu que son témoignage antérieur coïncide avec son témoignage actuel. Au procès de son frère, lorsque l'appelant se référait à la descente au sous-sol, il voulait dire qu'il y était descendu après l'assassinat de la victime. Du fait qu'il laissait entendre autre chose, le témoignage antérieur pris isolément aurait pu servir à contester la version de l'appelant qu'il n'était présent ni avant ni pendant l'assassinat. L'appelant a répondu qu'il n'avait pas menti à la première audience. Si on lui prêtait foi, cette réponse ne serait nullement préjudiciable à la crédibilité de l'appelant. Elle pourrait même servir à démontrer la cohérence de ses propos.

Les exemples précédents révèlent toute l'importance de poser des questions à l'appelant sur la

veracity of the previous testimony. Such questions are not designed to elicit admissions with respect to the previous evidence (which would be improper). Rather, those types of questions ensure that the witness is given the opportunity to either confirm that the previous testimony is contradictory, or dismiss the contradiction. Failing to ask those questions would, in my view, be problematic, as it would fail to accord the witness the right to confirm or deny the contradiction. Simply reading in the prior testimony, with a confirmation from the witness that he spoke the words being read in, is, in my view, highly prejudicial to the witness. Something more is required to ensure that the jury are made aware of the existence (or non-existence) of a contradiction. The Crown attorney cannot simply assume the existence of the contradiction and put it to the jury as an actual fact. The impugned questions are designed, in my opinion, to attack the witness's present credibility.

véracité de son témoignage antérieur. Ces questions ne visent pas à lui soutirer des aveux quant au témoignage antérieur (ce qui serait irrégulier). Ce type de questions permet plutôt de donner au témoin l'occasion soit de confirmer que le témoignage antérieur est contradictoire, soit de résoudre toute contradiction. L'omission de poser ces questions soulèverait un problème à mon avis, car le témoin se verrait privé du droit de confirmer ou de résoudre la contradiction. À mon sens, la simple lecture du témoignage antérieur, assortie d'une confirmation du témoin qu'il a effectivement prononcé les mots lus, s'avère hautement préjudiciable à l'égard du témoin. Il faut davantage pour s'assurer que le jury soit mis au courant de la présence (ou de l'absence) d'une contradiction. Le substitut du procureur général ne peut simplement supposer qu'il existe une contradiction et la soumettre au jury comme un fait prouvé. J'estime que les questions contestées visent à attaquer la crédibilité du témoin dans le procès en cours.

144 It is worth noting, at this point, that the questions to which my colleague objects are relatively similar to those this Court found to be acceptable in *Kuldip*. The passage from the transcript in that case (at pp. 623-24), reproduced earlier (*supra*, at para. 100), shows that the Crown in *Kuldip* did in fact ask the witness to explain why he had made certain contradictory statements at the earlier trial. He could have answered much in the same way as the appellant did in the present case: that the first story was a lie; or that the first story was being told from another person's perspective (unlikely); or that the first story was true, subject to further explanation. If the Crown's request for clarification in that case was not objectionable, how can there be a complaint about the Crown's questions in the present matter?

Il convient de noter à ce stade-ci que les questions auxquelles ma collègue s'oppose ressemblent plus ou moins à celles que notre Cour a jugées acceptables dans l'arrêt *Kuldip*. L'extrait tiré de la transcription figurant aux p. 623-624 de cet arrêt, reproduit précédemment au par. 100, montre que le ministère public avait effectivement demandé au témoin d'expliquer pourquoi il avait fait certaines déclarations contradictoires au procès antérieur. Le témoin aurait pu répondre à peu près de la même façon que l'appelant en l'espèce : que la version antérieure était fautive, qu'elle s'appuyait sur le point de vue d'une autre personne (peu vraisemblable) ou qu'elle était vraie, sous réserve d'autres explications. Si la demande de précisions du ministère public n'était pas contestable dans cette affaire, sur quel motif peut-on en l'espèce contester les questions posées par le ministère public?

145 It is true that such questions also have an incriminating effect, by suggesting that the prior testimony is true. It is up to the trial judge to ensure that the jury do not use the prior testimony in an inappropriate manner. As discussed earlier, there is no valid reason to keep the evidence from the jury simply because they could use it to incriminate the

Certes, de telles questions comportent également un effet incriminant du fait qu'elles sous-entendent que le témoignage antérieur est vrai. Il appartient au juge du procès de s'assurer que le jury ne fasse pas mauvais usage du témoignage antérieur. Comme il en a été question précédemment, il n'y a aucune raison valable de priver le jury d'un

appellant. Such an attitude demeans the jury by suggesting that they are incapable of properly dealing with this evidence. Our faith in the jury system is a hollow one if such an attitude is allowed to prevail.

As an aside, I wish to comment on Fish J.A.'s reference to a portion in the transcript of approximately 40 pages. In his dissent, Fish J.A. hints at the fact that the Crown simply read in the transcript of the previous trial for a long period of time (accumulating 40 pages of transcript), after which time defence counsel interjected. Having read the record, I cannot concur with this assessment. Reading the 40 pages that precede counsel's comment, one can observe that a significant portion of the transcript was taken up with comments from counsel and from the bench. Moreover, once the Crown resumed its cross-examination, it put large portions of the appellant's previous testimony to the appellant. The appellant indicated that he was lying when he earlier said that he saw a number of kids enter a karate club. The appellant stated that he lied in testifying that he saw the victim stop at this same club. The appellant testified that his previous testimony regarding certain comments the victim made about karate was based on what his brother told him. Finally, the appellant stated at trial that his previous testimony that the victim seemed scared of the appellant was a lie. In sum, the 40 pages to which Fish J.A. makes reference are not merely an example of the Crown reading in previous testimony. In fact, they are a perfect example of the Crown putting the testimony to the appellant so as to attack his credibility.

Turning to the trial judge's instructions to the jury, it is my view that they appropriately delineated the two purposes for which the evidence could be used, and the one purpose for which the jury were entitled to use it. Before the Crown began asking questions with respect to the recorded conversation the appellant had with two other convicts, the trial

témoignage simplement parce qu'il pourrait s'en servir pour incriminer l'appellant. Une telle attitude dévalorise le jury, car on insinue que celui-ci est incapable de se servir à bon escient du témoignage. La confiance dont nous témoignons à l'égard du système du jury s'avère illusoire si on permet qu'une telle attitude triomphe.

En passant, je voudrais commenter la référence du juge Fish à un extrait de la transcription comportant environ 40 pages. Dans sa dissidence, le juge Fish a insinué que le ministère public a simplement lu la transcription du premier procès pendant longtemps (40 pages de transcription au total), après quoi l'avocat de la défense s'est élevé contre cette façon de faire. Ayant pris connaissance du dossier, je ne peux me ranger à cet avis. Lorsqu'on lit les 40 pages qui précèdent le commentaire de l'avocat, on constate qu'une portion considérable de la transcription se compose de commentaires émanant des avocats et du juge. Qui plus est, lorsque le ministère public a repris son contre-interrogatoire, il a opposé à l'appellant de longs extraits tirés du témoignage antérieur de celui-ci. L'appellant a déclaré qu'il avait menti lorsqu'il avait affirmé précédemment avoir vu des enfants entrer dans une école de karaté. L'appellant a dit qu'il avait menti lors de son témoignage portant qu'il avait vu la victime s'arrêter à la même école. L'appellant a affirmé que son témoignage antérieur quant à certains commentaires que la victime a faits sur le karaté s'appuyait sur ce que son frère lui avait dit. Enfin, l'appellant a déclaré au procès que son témoignage antérieur selon lequel la victime semblait le craindre n'était qu'un mensonge. En somme, les 40 pages auxquelles le juge Fish se réfère n'illustrent pas exclusivement le fait que le ministère public a lu le témoignage antérieur de l'appellant. En fait, elles sont l'exemple parfait qui atteste que le ministère public a opposé à l'appellant son propre témoignage en vue d'attaquer sa crédibilité.

En ce qui concerne les directives du juge du procès au jury, j'estime qu'elles délimitent convenablement les deux fins auxquelles le témoignage peut servir, ainsi que la seule fin à laquelle le jury est habilité à en faire usage. Avant que le ministère public n'interroge l'appellant sur la conversation enregistrée qu'il a eue avec deux autres détenus,

judge interjected. He stated that the jury were only to take the conversation into account so as to test the appellant's credibility. He added that the goal of the testimony was not to establish the truth of the contents of the conversation, but to undermine the appellant's credibility. During his instructions at the conclusion of the evidence, the trial judge very clearly spelled out the law as enunciated in *Kuldip, supra*. He told the jury that the only use they could make of the evidence was in testing the appellant's credibility. He also cautioned the jury not to use the evidence to prove the truth of its contents. As an example, he commented on how the taped conversation was not in evidence at all. If the appellant's present story differed from what was said there, though, the jury could take note of this contradiction so as to gauge the appellant's credibility. This very simple explanation from the trial judge was, in my view, satisfactory.

le juge du procès est intervenu. Il a déclaré que le jury ne devait tenir compte de la conversation que pour jauger la crédibilité de l'appelant. Il a ajouté que le témoignage ne visait pas à établir la véracité du contenu de la conversation, mais bien à miner la crédibilité de l'appelant. Dans le cadre des directives qu'il a données au terme de la présentation de la preuve, le juge du procès a très clairement exposé le droit applicable tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Il a informé le jury que celui-ci ne pouvait utiliser le témoignage qu'à la seule fin de jauger la crédibilité de l'appelant. En outre, il a averti le jury de ne pas se servir du témoignage pour établir la véracité de son contenu. À titre d'exemple, il a expliqué que la conversation enregistrée ne faisait nullement partie de la preuve. Cependant, s'il y avait divergence entre la version actuelle de l'appelant et ce que l'appelant avait dit lors de cette conversation, le jury pouvait tenir compte de cette contradiction dans son appréciation de la crédibilité de l'appelant. J'estime satisfaisante cette explication très simple du juge du procès.

148

The only difficulty that arose was with respect to the jury's question about evidence not properly before the jury. The evidence in question had come out in cross-examination and, as such, could not be used as proof of guilt. The trial judge's answer to their question very clearly indicated that there was no direct proof that the appellant had been with the victim and had left him at some point. The trial judge even went through the evidence that the jury were entitled to consider, and effectively concluded for them that there existed no direct proof that the appellant had been with the victim prior to the latter's death. By both stating the principles involved, and relating those principles to the facts of the present case, the trial judge in my view appropriately dealt with this matter. The jury were in a proper position to consider the previous testimony as a source of evidence undermining credibility, rather than as a source of direct incriminating proof. There was no error.

Le seul problème qui s'est posé portait sur la question soumise par le jury à propos d'éléments de preuve dont il n'était pas régulièrement saisi. Ces éléments de preuve découlaient du contre-interrogatoire et, partant, ne pouvaient être utilisés comme preuve de culpabilité. La réponse du juge du procès à la question du jury indique très clairement qu'il n'existait aucune preuve directe établissant que l'appelant avait été en présence de la victime et qu'il l'avait quittée à un certain moment. Le juge du procès a même passé en revue les éléments de preuve dont le jury pouvait tenir compte et est effectivement arrivé à la conclusion qu'il n'existait aucune preuve directe démontrant que l'appelant avait été en présence de la victime avant son décès. À mon sens, le juge du procès a traité cette question de manière appropriée en exposant les principes applicables et en les liant aux faits du présent pourvoi. Le jury était en mesure de voir le témoignage antérieur comme une source de preuve servant à miner la crédibilité de l'appelant, plutôt qu'une source de preuve directe incriminante. Il n'y a là aucune erreur.

B. *Burden of Proof and Reasonable Doubt*

With respect to the trial judge's instructions regarding the burden of proof, the majority in the Court of Appeal considered whether there existed a reasonable probability that the jury misunderstood the applicable standard. While acknowledging that some of the required elements of a proper charge were missing from the trial judge's instructions, and while admitting that certain instructions dealt with matters that ought to be avoided, the majority nevertheless concluded that the charge as a whole would not have created a reasonable probability of a misunderstanding by the jury. The majority, in coming to this conclusion, took into account this Court's ample jurisprudence on reasonable doubt, notably *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *Starr, supra*; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; and *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

According to Fish J.A., in dissent, the trial judge's instructions on reasonable doubt were wanting in a number of respects. Most notably, the trial judge incorrectly equated reasonable doubt with the concept of "moral certainty" (para. 125). Overall, the instructions were found to have given rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the proper standard of proof.

I agree with the majority in the Court of Appeal regarding the trial judge's instructions pertaining to the appropriate standard of proof the jury were required to apply in this case. While his instructions are not entirely consistent with this Court's requirements, I agree that there has been substantial compliance with the requirements set out by our Court. There is no reasonable apprehension that the jury misunderstood the correct standard of proof that they were required to apply.

C. *Expert Evidence*

With respect to the issue of expert evidence, and the alleged failure of the trial judge to provide any

B. *Le fardeau de preuve et le doute raisonnable*

En ce qui a trait aux directives du juge du procès quant au fardeau de preuve, les juges majoritaires de la cour d'appel ont examiné la question de savoir s'il existait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Quoiqu'ils reconnaissent que le juge du procès n'a pas repris dans ses directives tous les éléments essentiels d'un bon exposé, et bien qu'il admettent que certaines directives portaient sur des questions qui auraient dû être évitées, les juges majoritaires ont tout de même conclu que, dans son ensemble, l'exposé ne devait pas avoir créé une probabilité raisonnable que le jury se soit mépris. En arrivant à cette conclusion, ils ont tenu compte de l'abondante jurisprudence de notre Cour sur le doute raisonnable, notamment *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *Starr*, précité; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; et *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Selon le juge Fish, dissident, les directives du juge du procès quant au doute raisonnable comportaient des lacunes à plusieurs égards. Plus particulièrement, le juge du procès a erronément fait équivaloir le doute raisonnable au concept de [TRADUCTION] « certitude morale » (par. 125). Le juge Fish a conclu que, dans l'ensemble, les directives ont donné lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable.

Je souscris à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel au chapitre des directives du juge du procès sur la norme de preuve appropriée que le jury devait appliquer en l'espèce. Bien que ses directives ne soient pas entièrement conformes aux exigences de notre Cour, je suis d'avis qu'elles sont conformes pour l'essentiel aux exigences prescrites par notre Cour. Il n'existe aucune crainte raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve appropriée qu'il se devait d'appliquer.

C. *La preuve d'expert*

Quant à la question de la preuve d'expert et de la prétendue omission du juge du procès de donner

149

150

151

152

instructions respecting its use, I am also in agreement with the reasons and result reached by the majority in the Court of Appeal. Arbour J., I note, would also dismiss the appeal on this issue.

D. *Appellant's Knowledge of the Charter and the CEA*

153 Before concluding these reasons, I feel it necessary to comment on some of Crown counsel's questions respecting the appellant's understanding of the law, and his rights under both the *Charter* and the *CEA*. For the reasons set out in *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75, these questions were not appropriate. I am, however, of the opinion that the presence of such questions did not have any real effect on the outcome of the appellant's trial. These questions formed only a small part of the Crown's cross-examination. Given the strong evidence contained in the police statements, and given the incessant and legitimate attack on the appellant's credibility, a few questions pertaining to his knowledge of the *Charter* and the *CEA* are not noticeably prejudicial. As in *Jabarianha*, I would dismiss the appeal by applying the curative provision found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

V. Conclusion

154 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pariseau, Olivier, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Longueuil.

des directives sur son utilisation, je fais également miens les motifs et la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel. Je constate que le juge Arbour serait aussi d'avis de rejeter le pourvoi sur cette question.

D. *La connaissance de l'appelant relativement à la Charte et à la LPC*

Avant de conclure, j'estime qu'il est nécessaire de commenter quelques questions que le substitut du procureur général a posées à l'appelant sur sa compréhension du droit et sur sa connaissance des droits que lui confèrent la *Charte* et la *LPC*. Pour les motifs exprimés dans l'arrêt *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75, ces questions étaient inappropriées. Je suis cependant d'avis qu'elles n'ont pas véritablement influencé l'issue du procès de l'appelant. Elles n'ont joué qu'un rôle mineur dans le cadre du contre-interrogatoire du ministère public. Compte tenu des éléments de preuve accablants que contenaient les déclarations faites à la police, et vu les attaques légitimes constantes contre la crédibilité de l'appelant, quelques questions sur la connaissance que l'appelant avait de la *Charte* et de la *LPC* s'avèrent à peine préjudiciables. À l'instar de l'arrêt *Jabarianha*, je rejetterais le présent pourvoi en recourant à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

V. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Pariseau, Olivier, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le substitut du procureur général, Longueuil.

Richard Sauvé *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer of Canada and the Solicitor General of Canada *Respondents*

and between

Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Institution Inmate Welfare Committee, and Clair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution, and Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, the John Howard Society of Canada, the British Columbia Civil Liberties Association, the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. and the Canadian Bar Association *Interveners*

INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)

Neutral citation: 2002 SCC 68.

File No.: 27677.

2001: December 10; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

Richard Sauvé *Appellant*

c.

Le procureur général du Canada, le Directeur général des élections du Canada et le Solliciteur général du Canada *Intimés*

et entre

Sheldon McCorrister, Président, Lloyd Knezacek, Vice-président, en leur propre nom et au nom du Comité chargé du bien-être des détenus de l'Établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, Président, Aaron Spence, Vice-président, en leur nom et au nom de la Fraternité des autochtones de l'Établissement de Stony Mountain, et Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw *Appellants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Manitoba, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, la Société John Howard du Canada, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SAUVÉ c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS)

Référence neutre : 2002 CSC 68.

N° du greffe : 27677.

2001 : 10 décembre; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Elections — Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Section 51(e) of the *Canada Elections Act* denies the right to vote to “[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more.” The constitutionality of s. 51(e) was challenged on the grounds that it contravenes ss. 3 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not demonstrably justified under s. 1. In the Federal Court, Trial Division, the Crown conceded that s. 51(e) infringes the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter* and the trial judge found that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The majority of the Federal Court of Appeal set aside the decision and upheld the constitutionality of s. 51(e). The court held that the infringement of s. 3 was justifiable in a free and democratic society and that s. 51(e) did not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Held (L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: To justify the infringement of a *Charter*

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Élections — Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

L’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter. La constitutionnalité de l’al. 51e) est contestée au motif qu’il va à l’encontre de l’art. 3 et du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa justification ne peut se démontrer au regard de l’article premier. Devant la Cour fédérale, Section de première instance, le ministère public reconnaît que l’al. 51e) porte atteinte au droit de vote garanti par l’art. 3 de la *Charte* et le juge de première instance statue que l’atteinte n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour fédérale, à la majorité, annule la décision et confirme la constitutionnalité de l’al. 51e). Elle conclut que la violation de l’art. 3 peut se justifier dans une société libre et démocratique et que l’al. 51e) ne porte pas atteinte aux droits à l’égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt (les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : Pour justifier l’atteinte portée

right under s. 1, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified. The government's argument that denying the right to vote to penitentiary inmates requires deference because it is a matter of social and political philosophy is rejected. While deference may be appropriate on a decision involving competing social and political policies, it is not appropriate on a decision to limit fundamental rights. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. The framers of the *Charter* signalled the special importance of this right not only by its broad, untrammelled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. The argument that the philosophically-based or symbolic nature of the objectives in itself commands deference is also rejected. Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Here, s. 51(e) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

The government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to conclude that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives for s. 51(e): (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment or "enhance the general purposes of the criminal sanction". Vague and symbolic objectives, however, make the justification analysis difficult. The first objective could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Concerning the second objective, nothing in the record discloses precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. Nevertheless, rather than dismissing the government's objectives outright, prudence suggests that we proceed to the proportionality inquiry.

Section 51(e) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and its stated objectives. With respect to the first objective of promoting civic responsibility and respect for the law, denying penitentiary inmates the right to vote is more

à un droit garanti par la *Charte* au regard de l'article premier, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer. L'argument du gouvernement selon lequel le fait de priver les détenus du droit de vote appelle la retenue parce que c'est une question de philosophie sociale et politique est rejeté. La retenue peut se révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33, la clause de dérogation. L'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue est également rejeté. Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. En l'espèce, l'al. 51e) n'est pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de conclure qu'elle vise un but urgent et réel. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier l'al. 51e) : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Cependant, les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Le premier objectif pourrait être invoqué à l'égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non criminelles. Pour ce qui est du deuxième objectif, le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Toutefois, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs.

L'alinéa 51e) ne répond pas au critère de la proportionnalité. En particulier, le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs qu'il poursuit. En ce qui concerne le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, le

likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Moreover, the argument that only those who respect the law should participate in the political process cannot be accepted. Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*. It also runs counter to the plain words of s. 3 of the *Charter*, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern.

With respect to the second objective of imposing appropriate punishment, the government offered no credible theory about why it should be allowed to deny a fundamental democratic right as a form of state punishment. Denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment — namely, that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender. Section 51(e) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. As to a legitimate penal purpose, neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. By imposing a blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the normative character of their conduct, s. 51(e) does not meet the requirements of denunciatory, retributive punishment, and is not rationally connected to the government's stated goal.

The impugned provision does not minimally impair the right to vote. Section 51(e) is too broad, catching many people who, on the government's own theory, should not be caught. Section 51(e) cannot be saved by

fait de priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. De plus, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique est inacceptable. Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3 de la *Charte*, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement.

Pour ce qui est du deuxième objectif, à savoir infliger une sanction appropriée, le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État. Le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences en matière de peine appropriée, à savoir que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant. L'alinéa 51e) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Quant à l'objectif pénal légitime, ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. En imposant une sanction qui s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du caractère normatif de leur comportement, l'al. 51e) ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtement et n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif invoqué par le gouvernement.

La disposition contestée ne porte pas atteinte au droit de vote de façon minimale. L'alinéa 51e) a une portée trop large, touchant de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être

the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise.

Lastly, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration. In light of the disproportionate number of Aboriginal people in penitentiaries, the negative effects of s. 51(e) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population.

Since s. 51(e) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of "scientific proof". It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. When faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an

visées. Il ne peut être justifié du seul fait qu'il est moins restrictif qu'une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote.

Enfin, les effets négatifs de la privation du droit de vote l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale. Compte tenu du nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers, les effets négatifs de l'al. 51e) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada.

Étant donné que l'al. 51e) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomaticque. Devant de telles justifications, la Cour doit s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l'article premier est le caractère raisonnable. L'article premier de la *Charte* n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui

acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*.

Since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, the “dialogue” between courts and Parliament is of particular importance. The dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends. In this case, ‘dialogue’ has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the Federal Court of Appeal decision, an evaluation of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind. In enacting s. 51(e) of the *Canada Elections Act* and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line.

In this case, while it has been conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringes s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. The objectives of s. 51(e) are pressing and substantial. Both objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. The first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, relates to the promotion of good citizenship. The social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. The “promotion of civic responsibility” may be abstract or symbolic, but symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic. The second objective is the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Section 51(e) clearly has a punitive aspect with a retributive function. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. The

ne peut être justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. La Cour n’a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu’autorise la *Charte*, celle qu’il a adoptée est acceptable.

La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d’être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, le « dialogue » entre les tribunaux et le Parlement s’impose tout particulièrement. La métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l’article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l’article premier, a convaincu le tribunal qu’il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, le dialogue prend fin. En l’espèce, il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d’appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question de l’inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet. L’adoption de l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne.

En l’espèce, bien qu’il ait été reconnu que l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l’art. 3 de la *Charte*, cette atteinte constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les objectifs de l’al. 51e) sont urgents et réels. Les deux objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, est lié à la promotion du sens civique. La réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l’importance du lien entre l’individu et la collectivité. La « promotion de la responsabilité civique » peut avoir un caractère abstrait ou symbolique, mais des objectifs symboliques ou abstraits peuvent être valables en soi et ne doivent pas être minimisés du simple fait qu’ils sont symboliques. Le deuxième objectif est l’accroissement de la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. L’alinéa 51e) a clairement un aspect punitif et inflige un châtement. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu’il

disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction.

Section 51(e) meets the proportionality test. First, the impugned legislation is rationally connected to the objectives. While a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives is not empirically demonstrable, reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence, support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. With respect to the first objective, the removal of the right to vote from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes, their dignity. Further, the disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. Society may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. With respect to the second objective, the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes, and there is evidence in the record indicating that the denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners. Lastly, many other democracies have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

Second, the impairment of the *Charter* right is minimal. Minimal impairment is about analyzing the line that has been drawn. This analysis does not require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. Here, no less intrusive measure would be equally effective. Only “serious offenders”, as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement. Since Parliament has drawn a two-year cut off line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as

convient d’infliger aux auteurs d’actes criminels graves. L’inhabilité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité.

L’alinéa 51e) satisfait au critère de la proportionnalité. Premièrement, il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et les objectifs. Bien que l’existence d’un lien causal entre l’inhabilité des détenus à voter et les objectifs ne puisse être démontrée de façon empirique, la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d’abondants témoignages d’experts, permettent de conclure qu’il y a un lien rationnel entre l’inhabilité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. En ce qui concerne le premier objectif, le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît. De plus, le retrait du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d’infractions graves. La société peut donc suspendre temporairement le droit de vote des auteurs d’actes criminels graves pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu’objectifs légitimes, sont des conditions préalables à la participation démocratique. Pour ce qui est du deuxième objectif, la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave, et il ressort du dossier que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes et peut donc contribuer à leur réadaptation. Enfin, de nombreuses autres démocraties, en optant pour une forme ou une autre d’inhabilité des prisonniers à voter, ont également conclu à l’existence d’un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l’espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l’électorat.

Deuxièmement, l’atteinte au droit garanti par la *Charte* est minimale. Il s’agit d’examiner la limite qui a été tracée. L’État n’est pas tenu d’adopter le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, il doit privilégier le moyen sensiblement moins attentatoire. En l’espèce, aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Seuls les « auteurs d’actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter. Comme le législateur a fixé la limite de deux ans pour déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L’égalité sur le plan de l’efficacité est une dimension de l’analyse qui

it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what constitutes a "serious" crime. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflect the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration. Section 51(e) is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. The two-year cut off line also reflects several practical considerations. Further, since this Court gave the impression that it was up to Parliament to do exactly this after the first *Sauvé* case was heard in 1993, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line. The analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament, especially in this case where any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity.

Third, when the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender. The enactment of the measure is itself a salutary effect. The legislation intrinsically expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. Value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Furthermore, the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves and could have an ongoing positive rehabilitative effect. The most obvious deleterious effect of s. 51(e) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. The statistical data mentioned by the Federal Court of Appeal indicate that the provision catches serious and repeat offenders and that most prisoners will only be deprived of participation in one election. Because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, a serious criminal offender may never actually be denied the opportunity to vote if there is no election during the time he is incarcerated. In light of the special context of this case — that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense — deference

ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ». La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l'incapacité reflète la durée de la peine et de l'incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale. L'alinéa 51e) n'est pas arbitraire : il se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s'appuie également sur des considérations d'ordre pratique. Par ailleurs, étant donné que la Cour a donné l'impression qu'il appartenait au législateur de précisément tracer la limite, après l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993, il est nécessaire de respecter la limite qu'il a fixée. L'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables, surtout qu'en l'espèce toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave.

Troisièmement, considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'incapacité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave. L'adoption de cette mesure est bénéfique en soi. La loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. De plus, l'incapacité temporaire à voter est perçue comme significative par les contrevenants eux-mêmes et pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51e) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. Selon les données statistiques mentionnées par la Cour d'appel fédérale, cette disposition ne vise que les auteurs d'infractions graves et les récidivistes et la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin. Étant donné que la durée de l'incapacité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période. Vu le contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa

is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy.

Section 51(e) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Even if it were presumed that the legislation draws a distinction based on personal characteristics, prisoners do not constitute a group protected by analogous or enumerated grounds under s. 15(1). The fact of being incarcerated does not arise because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. The argument that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a “disproportionate” percentage of prisoners must be rejected. It is not plausible to say that the temporary disenfranchisement provision is in some way targeted at Aboriginal people. The fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It hinges only upon the commission of serious criminal offences.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, aff’g (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

By Gonthier J. (dissenting)

Sauvé v. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, rev’d (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff’d [1993] 2

source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d’être étayée par une preuve au sens où on l’entend habituellement, il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales.

L’alinéa 51e) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même si l’on suppose que la loi établit une distinction d’après des caractéristiques personnelles, les prisonniers ne forment pas un groupe protégé par un motif analogue ou un motif énuméré au par. 15(1). L’incarcération ne résulte pas de l’application stéréotypée d’une présumée caractéristique de groupe. Le fait d’être détenu est imputable à la perpétration d’un acte criminel grave, acte que l’intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l’activité criminelle antérieure. L’argument voulant que l’emprisonnement devrait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » des prisonniers doit être rejeté. Il n’est pas plausible de dire que la disposition sur l’incapacité temporaire à voter vise de quelque manière les Autochtones. L’incarcération n’est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l’origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Elle découle strictement de la perpétration d’un acte criminel grave.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, conf. (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Sauvé c. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par

S.C.R. 438; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133, rev'g [1984] 1 F.C. 1119; *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151, aff'd [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15; Eur. Court. H. R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Luxton*, [1990]

[1993] 2 R.C.S. 438; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, inf. [1984] 1 C.F. 1119; *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151, conf. par [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15; Cour. eur. D. H., *Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S.

2 S.C.R. 711; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, rev'g [1990] 2 F.C. 299; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 51(e) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 23(2)], 51.1 [ad. *idem*, s. 24].
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 4(c).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1, 743.1, 743.6.
Election Act, R.S.A. 2000, c. E-1, s. 45(c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273.
Election Act, S.P.E.I. 1996, c. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17.
Election Statute Law Amendment Act, 1998, S.O. 1998, c. 9, s. 13.
Elections Act, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 [rep. & sub. 1998, c. 4, s. 21].
Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(e).
Elections Act, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) [am. 2001, c. 43, s. 13].
Elections Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3) [am. 1995, c. 14, s. 6].
Elections Act, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d).
Elections Act, 1991, S.N. 1992, c. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (U.K.), 1978, c. 10, Sch. 1, s. 2(1).
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 25.
Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Eur. T.S. No. 9, Art. 3.
Representation of the People Act 1983 (U.K.), 1983, c. 2, s. 3(1) [am. 1985, c. 50, Sch. 4, s. 1; am. 2000, c. 2, s. 2].

711; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R. 1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, inf. [1990] 2 C.F. 299; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e), 742.1, 743.1, 743.6.
Constitution des États-Unis, article 1, Quatorzième amendement, Quinzième amendement, Dix-septième amendement, Dix-neuvième amendement, Vingt-quatrième amendement et Vingt-sixième amendement.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Election Act, R.S.A. 2000, ch. E-1, art. 45c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30b).
Election Act, S.P.E.I. 1996, ch. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17.
Elections Act, R.S.N.S. 1989, ch. 140, art. 29d) [mod. 2001, ch. 43, art. 13].
Elections Act, 1991, S.N. 1992, ch. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 10, ann. 1, art. 2(1).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, ch. 42.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections, L.O. 1998, ch. 9, art. 13.
Loi électorale, L.R.M. 1987, ch. E30, art. 31 [rempl. 1998, ch. 4, art. 21].
Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 43(2)e).
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273.
Loi électorale, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, art. 27(3) [mod. 1995, ch. 14, art. 6].
Loi électorale, L.R.Y. 1986, ch. 48, art. 5d).
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 4c).
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 23(2)], 51.1 [aj. *idem*, art. 24].
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 25.

United States Constitution, Article 1, Fourteenth Amendment, Fifteenth Amendment, Seventeenth Amendment, Nineteenth Amendment, Twenty-Fourth Amendment, Twenty-Sixth Amendment.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, pp. 18015-021.
- Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing — Reforming Electoral Democracy*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.
- Canada. Senate and House of Commons. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, 1st Sess., 32nd Parl., January 22, 1981, pp. 43:79-43:90.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “moral”.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. “Human Rights and Judicial Review in Germany”, in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. “Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law” (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. “Thoughts on Parliamentary Reform”, in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, 311.
- Penal Reform International. *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*. The Hague: Penal Reform International, 1995.
- Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, S.T.E. n° 9, art. 3.

Representation of the People Act 1983 (R.-U.), 1983, ch. 2, art. 3(1) [mod. 1985, ch. 50, ann. 4, art. 1; mod. 2000, ch. 2, art. 2].

Doctrine citée

- Association internationale de réforme pénale. *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*. Paris : L’Association, 1997.
- Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis — Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
- Canada Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3^e sess., 34^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 1^{re} sess., 32^e lég., 22 janvier 1981, p. 43:79-43:90.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford : Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. « Human Rights and Judicial Review in Germany », in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto : Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. « Thoughts on Parliamentary Reform », in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto : University of Toronto Press, 1977, 311.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996.

Tribe, Laurence H. "The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box'" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

United Nations. Human Rights Committee. "General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 2 F.C. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] F.C.J. No. 1577 (QL), allowing the respondents' appeal and dismissing the appellants' cross-appeal from a decision of the Trial Division, [1996] 1 F.C. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] F.C.J. No. 1735 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Fergus J. O'Connor, for the appellant Richard Sauvé.

Arne Peltz, for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw.

David G. Frayer, Q.C., and *Gérald L. Chartier*, for the respondents.

Thomas W. Wakeling and *Gerald D. Chipeur*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Heather S. Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Manson and *Elizabeth Thomas*, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

John W. Conroy, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach and *Brian Eyolfson*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, for the intervener the Canadian Bar Association.

Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 2000, « moral ».

Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford : Clarendon Press, 1986.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York : Foundation Press, 1988.

Tribe, Laurence H. « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box' » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 2 C.F. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] A.C.F. n° 1577 (QL), qui a accueilli l'appel des intimés et rejeté l'appel incident des appelants contre une décision de la Section de première instance, [1996] 1 C.F. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] A.C.F. n° 1735 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents.

Fergus J. O'Connor, pour l'appellant Richard Sauvé.

Arne Peltz, pour les appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw.

David G. Frayer, c.r., et *Gérald L. Chartier*, pour les intimés.

Thomas W. Wakeling et *Gerald D. Chipeur*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Heather S. Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Manson et *Elizabeth Thomas*, pour les intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

John W. Conroy, c.r., pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach et *Brian Eyolfson*, pour l'intervenante l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

1 THE CHIEF JUSTICE — The right of every citizen to vote, guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, lies at the heart of Canadian democracy. The law at stake in this appeal denies the right to vote to a certain class of people — those serving sentences of two years or more in a correctional institution. The question is whether the government has established that this denial of the right to vote is allowed under s. 1 of the *Charter* as a “reasonable limit[t] . . . demonstrably justified in a free and democratic society”. I conclude that it is not. The right to vote, which lies at the heart of Canadian democracy, can only be trammled for good reason. Here, the reasons offered do not suffice.

LE JUGE EN CHEF — Le droit de vote de tout citoyen, garanti par l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, se trouve au cœur de la démocratie canadienne. La loi mise en cause dans le présent pourvoi prive du droit de vote une certaine catégorie de personnes — celles qui purgent une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel. Il s’agit de savoir si le gouvernement a établi que cette privation du droit de vote est autorisée en vertu de l’article premier de la *Charte* parce qu’elle s’inscrit « dans des limites [. . .] raisonnables [. . .] dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Je conclus que non. Il faut une bonne raison pour entraver le droit de vote, qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne. Or, les raisons présentées en l’espèce ne suffisent pas.

I. Statutory Provisions

2 The predecessor to s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, prohibited all prison inmates from voting in federal elections, regardless of the length of their sentences. This section was held unconstitutional as an unjustified denial of the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter: Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438. Parliament responded to this litigation by replacing this section with a new s. 51(e) (S.C. 1993, c. 19, s. 23), which denies the right to vote to all inmates serving sentences of two years or more. Section 51(e), which is now continued in substantially the same form at s. 4(c) of the Act (S.C. 2000, c. 9), and the relevant *Charter* provisions are set out below.

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2

51. The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

(e) Every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more;

I. Les dispositions législatives

La version antérieure de l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, interdisait à tous les détenus de voter aux élections fédérales, peu importe la durée de leur peine. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle parce qu’elle constituait une atteinte injustifiée au droit de vote garanti par l’art. 3 de la *Charte : Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438. Le législateur a réagi à ce jugement en remplaçant cette disposition par un nouvel al. 51e) (L.C. 1993, ch. 19, art. 23), qui prive du droit de vote tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus. L’alinéa 51e), qui est repris essentiellement sous le même libellé à l’al. 4c) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9), et les dispositions pertinentes de la *Charte* sont reproduits ci-après.

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2

51. Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection :

e) toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

. . .

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

. . .

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

II. Judgments

A. *Federal Court, Trial Division*, [1996] 1 F.C. 857

The trial judge, Wetston J., held that s. 51(e) of the *Canada Elections Act* violated the *Charter* guarantee of the right to vote without being demonstrably justified, and was therefore void. Although he found that the government's objectives were pressing and substantial, he concluded that the denial of voting rights to all inmates serving a sentence of two years or longer was overbroad and failed the minimal impairment test. In addition, he found at p. 913 that denying the right to vote "hinder[ed] the rehabilitation of offenders and their successful reintegration into the community". The negative consequences of the challenged provision were thus disproportionate to any benefits it might produce.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 2 F.C. 117

The majority of the Federal Court of Appeal, *per* Linden J.A., reversed the trial judge and upheld the denial of voting rights, holding that Parliament's

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . .

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

. . .

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

II. Les jugements

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1996] 1 C.F. 857

Le juge Wetston, de la Section de première instance, statue que l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte au droit de vote garanti par la *Charte* sans que la justification de cette atteinte puisse se démontrer, et qu'il est donc de nul effet. Bien qu'il estime que les objectifs du gouvernement sont urgents et réels, il conclut que le retrait du droit de vote à tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus a une portée trop générale et ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. De plus, il conclut que la suppression du droit de vote « nuit à la réadaptation des contrevenants et leur réinsertion sociale » (p. 913). Les conséquences négatives de la disposition contestée ne sont donc pas proportionnées aux effets bénéfiques qu'elle peut produire.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 2 C.F. 117

Le juge Linden, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel fédérale, infirme la conclusion du juge de première instance et confirme la privation

role in maintaining and enhancing the integrity of the electoral process and in exercising the criminal law power both warranted deference. The denial of the right to vote at issue fell within a reasonable range of alternatives open to Parliament to achieve its objectives and was not overbroad or disproportionate. Desjardins J.A., applying the “stringent formulation of the *Oakes* test”, emphasized the absence of evidence of benefits flowing from the denial and would have dismissed the appeal.

III. Issues

- 5 1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringe the guarantee of the right of all citizens to vote under s. 3 of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
2. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringe the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

IV. Analysis

6 The respondents concede that the voting restriction at issue violates s. 3 of the *Charter*. The restriction is thus invalid unless demonstrably justified under s. 1. I shall therefore proceed directly to the s. 1 analysis.

A. *The Approach to Section 1 Justification*

7 To justify the infringement of a *Charter* right, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This two-part inquiry — the legitimacy of the objective and the proportionality of the means — ensures that a reviewing court examine rigorously all aspects of justification. Throughout the justification process, the government bears the burden of

du droit de vote, statuant que le rôle du législateur de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral ainsi que son rôle d'exercer son pouvoir en matière de droit pénal doivent bénéficier d'une certaine retenue. La privation du droit de vote en question se situe dans une gamme de mesures raisonnables auxquelles le législateur peut recourir pour atteindre ses objectifs, et cette mesure n'a pas une portée trop large pas plus qu'elle n'est disproportionnée. Le juge Desjardins, appliquant la « formulation stricte du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », insiste sur l'absence de preuve des effets bénéfiques découlant de la privation et aurait rejeté l'appel.

III. Les questions en litige

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit de vote que l'art. 3 de la *Charte* garantit à tous les citoyens et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?
2. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

IV. Analyse

Les intimés reconnaissent que la restriction au droit de vote en question contrevient à l'art. 3 de la *Charte*. Elle est donc invalide à moins que sa justification puisse être démontrée au regard de l'article premier. Je vais donc passer directement à l'analyse fondée sur l'article premier.

A. *L'approche en matière de justification au sens de l'article premier*

Pour justifier l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'application de ce critère à deux volets — la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des mesures — permet au tribunal d'examen d'analyser rigoureusement tous les aspects du processus de justification. Tout au

proving a valid objective and showing that the rights violation is warranted — that is, that it is rationally connected, causes minimal impairment, and is proportionate to the benefit achieved.

My colleague Justice Gonthier proposes a deferential approach to infringement and justification. He argues that there is no reason to accord special importance to the right to vote, and that we should thus defer to Parliament's choice among a range of reasonable alternatives. He further argues that in justifying limits on the right to vote under s. 1, we owe deference to Parliament because we are dealing with "philosophical, political and social considerations", because of the abstract and symbolic nature of the government's stated goals, and because the law at issue represents a step in a dialogue between Parliament and the courts.

I must, with respect, demur. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. This is not a matter of substituting the Court's philosophical preference for that of the legislature, but of ensuring that the legislature's proffered justification is supported by logic and common sense.

The *Charter* distinguishes between two separate issues: whether a right has been infringed, and whether the limitation is justified. The complainant bears the burden of showing the infringement of a right (the first step), at which point the burden shifts to the government to justify the limit as a reasonable limit under s. 1 (the second step). These are distinct processes with different burdens. Insulating a rights restriction from scrutiny by labeling it a matter of social philosophy, as the government attempts to do, reverses the constitutionally imposed burden of justification. It removes the infringement from our radar screen, instead of enabling us to zero in on

long de ce processus, il incombe au gouvernement de prouver que l'objectif est valide et que l'atteinte portée aux droits est légitime — c'est-à-dire qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et l'atteinte, qu'il s'agit d'une atteinte minimale et que celle-ci est proportionnée aux effets bénéfiques qu'elle produit.

Mon collègue le juge Gonthier propose une approche axée sur la retenue en matière d'atteinte et de justification. Il soutient qu'il n'y a aucune raison d'accorder une importance spéciale au droit de vote et que nous devons nous en remettre au choix du législateur parmi une gamme de solutions raisonnables. Il affirme également qu'en matière de justification des restrictions au droit de vote au sens de l'article premier, nous devons faire preuve de retenue envers le législateur parce qu'il s'agit de « considérations philosophiques, politiques et sociales », parce que les objectifs poursuivis par le gouvernement sont de nature abstraite et symbolique et parce que la loi en question représente une étape du dialogue entre le législateur et les tribunaux.

Avec égards, je dois exprimer mon désaccord. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Il s'agit ici non pas de substituer la préférence philosophique de la Cour à celle du législateur, mais de s'assurer que la justification de ce dernier est fondée sur la logique et le bon sens.

La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). Il s'agit de deux processus distincts impliquant des fardeaux de preuve différents. Isoler de l'examen une restriction à des droits en la qualifiant de question de philosophie sociale, comme le gouvernement essaie de le faire, équivaut à renverser le fardeau

8

9

10

it to decide whether it is demonstrably justified as required by the *Charter*.

11 At the first stage, which involves defining the right, we must follow this Court's consistent view that rights shall be defined broadly and liberally: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. A broad and purposive interpretation of the right is particularly critical in the case of the right to vote. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. I conclude that s. 3 must be construed as it reads, and its ambit should not be limited by countervailing collective concerns, as the government appears to argue. These concerns are for the government to raise under s. 1 in justifying the limits it has imposed on the right.

12 At the s. 1 stage, the government argues that denying the right to vote to penitentiary inmates is a matter of social and political philosophy, requiring deference. Again, I cannot agree. This Court has repeatedly held that the "general claim that the infringement of a right is justified under s. 1" does not warrant deference to Parliament: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 78, *per* Iacobucci J. Section 1 does not create a presumption of constitutionality for limits on rights; rather, it requires the state to justify such limitations.

13 The core democratic rights of Canadians do not fall within a "range of acceptable alternatives" among which Parliament may pick and choose at its discretion. Deference may be appropriate on a

de la preuve imposé par la Constitution en matière de justification. Cette démarche supprime la violation de l'écran radar au lieu de nous permettre de nous y concentrer afin de décider si la justification de la violation peut se démontrer comme l'exige la *Charte*.

À la première étape, qui comporte la définition du droit, nous devons suivre l'opinion que la Cour a toujours adoptée, à savoir que les droits doivent recevoir une interprétation large et libérale : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de soutenir. Il appartient à celui-ci de soulever la question de ces intérêts lorsque vient le temps de justifier, dans le cadre de l'article premier, les limites qu'il a imposées au droit.

À l'étape de l'article premier, le gouvernement affirme que le fait de priver les détenus du droit de vote est une question de philosophie sociale et politique, qui appelle la retenue. Là encore, je ne suis pas d'accord. La Cour a conclu à maintes reprises que « la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier » n'est pas une raison pour faire preuve de retenue à l'endroit du législateur : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78, *le juge* Iacobucci. L'article premier n'établit pas une présomption de constitutionnalité des limites imposées aux droits; il exige plutôt que l'État justifie ces limites.

Les droits démocratiques fondamentaux des Canadiens ne constituent pas « une gamme de solutions acceptables » parmi lesquelles le législateur peut choisir à son gré. La retenue peut se

decision involving competing social and political policies. It is not appropriate, however, on a decision to limit fundamental rights. This case is not merely a competition between competing social philosophies. It represents a conflict between the right of citizens to vote — one of the most fundamental rights guaranteed by the *Charter* — and Parliament's denial of that right. Public debate on an issue does not transform it into a matter of "social philosophy", shielding it from full judicial scrutiny. It is for the courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter*.

Charter rights are not a matter of privilege or merit, but a function of membership in the Canadian polity that cannot lightly be cast aside. This is manifestly true of the right to vote, the cornerstone of democracy, exempt from the incursion permitted on other rights through s. 33 override. Thus, courts considering denials of voting rights have applied a stringent justification standard: *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) ("*Sauvé No. 1*"), and *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.).

The *Charter* charges courts with upholding and maintaining an inclusive, participatory democratic framework within which citizens can explore and pursue different conceptions of the good. While a posture of judicial deference to legislative decisions about social policy may be appropriate in some cases, the legislation at issue does not fall into this category. To the contrary, it is precisely when legislative choices threaten to undermine the foundations of the participatory democracy guaranteed by the *Charter* that courts must be vigilant in fulfilling their constitutional duty to protect the integrity of this system.

révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. En l'espèce, il s'agit non pas simplement d'une concurrence entre des philosophies sociales opposées, mais d'un conflit entre le droit de vote des citoyens — un des droits les plus fondamentaux garantis par la *Charte* — et la suppression de ce droit par le législateur. Le débat public sur une question ne la transforme pas en une question de « philosophie sociale », la soustrayant ainsi à un examen judiciaire complet. Il appartient aux tribunaux, insensibles aux revirements de l'opinion publique et aux intérêts électoraux, de protéger le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*.

Les droits garantis par la *Charte* ne sont pas une question de privilège ou de mérite, mais une question d'appartenance à la société canadienne qui ne peut être écartée à la légère. Cela est particulièrement vrai du droit de vote, pierre angulaire de la démocratie, qui, contrairement à d'autres droits, ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33. Les tribunaux ont donc appliqué une norme stricte en matière de justification lorsqu'ils ont eu à examiner des questions de privation du droit de vote : *Sauvé c. Canada (Procureur général)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) (« *Sauvé n° 1* »), et *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.).

De par la *Charte*, les tribunaux sont chargés de veiller à la défense et au maintien d'un cadre démocratique universel et participatif au sein duquel les citoyens peuvent explorer et adopter différentes conceptions du bien. Bien qu'une attitude de retenue judiciaire à l'égard des décisions du législateur en matière de politique sociale puisse être appropriée dans certains cas, la loi en cause n'entre pas dans cette catégorie. Au contraire, c'est justement lorsque les choix du législateur risquent de saper les fondements de la démocratie participative défendue par la *Charte* que les tribunaux doivent se montrer vigilants dans l'accomplissement de leur obligation constitutionnelle de protéger l'intégrité de ce système.

14

15

16

Nor can I concur in the argument that the philosophically based or symbolic nature of the government's objectives in itself commands deference. To the contrary, this Court has held that broad, symbolic objectives are problematic, as I discuss below: see *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 59, *per* Cory J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, *per* Bastarache J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 143-44, *per* McLachlin J. (as she then was). Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from Charter scrutiny. Section 1 requires valid objectives and proportionality.

Je ne peux pas souscrire non plus à l'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue. Au contraire, la Cour a statué que des objectifs généraux et symboliques sont problématiques, comme je vais l'expliquer plus loin : voir *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 59, le juge Cory; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, le juge Bastarache; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 143-144, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. L'article premier exige des objectifs valides et la proportionnalité.

17

Finally, the fact that the challenged denial of the right to vote followed judicial rejection of an even more comprehensive denial, does not mean that the Court should defer to Parliament as part of a "dialogue". Parliament must ensure that whatever law it passes, at whatever stage of the process, conforms to the Constitution. The healthy and important promotion of a dialogue between the legislature and the courts should not be debased to a rule of "if at first you don't succeed, try, try again".

Enfin, le fait que la privation litigieuse du droit de vote survienne après le rejet par les tribunaux d'une privation encore plus générale ne signifie pas que la Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard du législateur dans le cadre d'un « dialogue ». Le législateur doit veiller à ce que toute loi qu'il édicte, à toute étape du processus, soit conforme à la Constitution. La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que « si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore ».

18

While deference to the legislature is not appropriate in this case, legislative justification does not require empirical proof in a scientific sense. While some matters can be proved with empirical or mathematical precision, others, involving philosophical, political and social considerations, cannot. In this case, it is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has: see *RJR-MacDonald, supra*, at para. 154, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-3, *per* Sopinka J. What is required is "rational, reasoned defensibility": *RJR-MacDonald*, at para. 127. Common sense and inferential reasoning may supplement the evidence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R.

Bien que la retenue à l'égard du législateur ne soit pas appropriée en l'espèce, la justification d'une loi ne requiert pas une preuve empirique au sens scientifique du terme. Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique ou avec une précision mathématique, d'autres, qui impliquent des considérations philosophiques, politiques et sociales, ne peuvent l'être. Dans ce cas, il suffit que la justification soit convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question : voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 154, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 502-503, le juge Sopinka. Ce qui est requis, c'est une « défense rationnelle et raisonnée » :

45, 2001 SCC 2, at para. 78, *per* McLachlin C.J. However, one must be wary of stereotypes cloaked as common sense, and of substituting deference for the reasoned demonstration required by s. 1.

Keeping in mind these basic principles of *Charter* review, I approach the familiar stages of the *Oakes* test. I conclude that the government's stated objectives of promoting civic responsibility and respect for the law and imposing appropriate punishment, while problematically vague, are capable in principle of justifying limitations on *Charter* rights. However, the government fails to establish proportionality, principally for want of a rational connection between denying the vote to penitentiary inmates and its stated goals.

B. *The Government's Objectives*

The objectives' analysis entails a two-step inquiry. First, we must ask what the objectives are of denying penitentiary inmates the right to vote. This involves interpretation and construction, and calls for a contextual approach: *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 87. Second, we must evaluate whether the objectives as found are capable of justifying limitations on *Charter* rights. The objectives must not be "trivial", and they must not be "discordant with the principles integral to a free and democratic society": *Oakes*, *supra*, at p. 138. To borrow from the language of German constitutional law, there must be a constitutionally valid reason for infringing a right: see D. Grimm, "Human Rights and Judicial Review in Germany", in D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994), 267, at p. 275. Because s. 1 serves first and foremost to protect rights, the range of constitutionally valid objectives is not unlimited. For example, the protection of competing rights might be a valid objective. However, a simple majoritarian political

RJR-MacDonald, par. 127. La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 78, le juge en chef McLachlin. Cependant, il faut se méfier des stéréotypes qui revêtent les apparences du bon sens et se garder de substituer la retenue à la démonstration raisonnée requise par l'article premier.

En gardant à l'esprit ces principes de base de l'examen fondé sur la *Charte*, j'aborde maintenant les étapes bien connues du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Je conclus que les objectifs déclarés par le gouvernement, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et infliger une peine appropriée, bien qu'ils soient trop généraux, peuvent, en principe, justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Cependant, le gouvernement n'a pas réussi à établir la proportionnalité, principalement en ce qui concerne la nécessité d'un lien rationnel entre le retrait du droit de vote aux détenus et ses buts déclarés.

B. *Les objectifs du gouvernement*

L'analyse des objectifs comporte deux étapes. Premièrement, il faut définir les objectifs visés par la suppression du droit de vote des détenus. Cela suppose un exercice d'interprétation et nécessite une approche contextuelle : *Thomson Newspapers*, précité, par. 87. Deuxièmement, il faut déterminer si les objectifs ainsi définis sont de nature à justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Les objectifs ne doivent pas être « peu importants » ou « contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 138. Pour citer un principe de droit constitutionnel allemand, mentionnons que la restriction d'un droit doit se fonder sur un motif valide du point de vue constitutionnel : voir D. Grimm, « Human Rights and Judicial Review in Germany », dans D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective* (1994), 267, p. 275. Étant donné que l'article premier sert avant tout à protéger des droits, la gamme d'objectifs constitutionnellement valides n'est pas illimitée. Par exemple, la protection de droits

preference for abolishing a right altogether would not be a constitutionally valid objective.

opposés peut être un objectif valide. Toutefois, le seul fait que la majorité exprime politiquement sa préférence pour l'abolition totale d'un droit ne constituerait pas un objectif valide sur le plan constitutionnel.

21

Section 51(e) denying penitentiary inmates the right to vote was not directed at a specific problem or concern. Prisoners have long voted, here and abroad, in a variety of situations without apparent adverse effects to the political process, the prison population, or society as a whole. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives as the reason for this denial of the right to vote: (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment, or “enhanc[e] the general purposes of the criminal sanction”. The record leaves in doubt how much these goals actually motivated Parliament; the Parliamentary debates offer more fulmination than illumination. However, on the basis of “some glimmer of light”, the trial judge at p. 878 concluded that they could be advanced as objectives of the denial. I am content to proceed on this basis.

Le retrait du droit de vote aux détenus prévu par l'al. 51e) ne vise aucun problème ou aucune préoccupation spécifique. Les prisonniers ont voté pendant longtemps, ici et à l'étranger, dans diverses situations, sans que des effets préjudiciables apparents aient été causés au processus politique, à la population carcérale ou à la société dans son ensemble. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier cette privation du droit de vote : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou [TRADUCTION] « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Le dossier n'indique pas clairement dans quelle mesure ces buts ont réellement motivé le législateur; les débats parlementaires proposent plus d'altercations que d'explications. Cependant, en se fondant sur « quelques éléments de réponse », le juge de première instance a conclu que ces objectifs pouvaient être invoqués pour justifier la privation (p. 878). Je me contenterai de procéder sur cette base.

22

This leaves the question of whether the objectives of enhancing respect for law and appropriate punishment are constitutionally valid and sufficiently significant to warrant a rights violation. Vague and symbolic objectives such as these almost guarantee a positive answer to this question. Who can argue that respect for the law is not pressing? Who can argue that proper sentences are not important? Who can argue that either of these goals, taken at face value, contradicts democratic principles? However, precisely because they leave so little room for argument, vague and symbolic objectives make the justification analysis more difficult. Their terms carry many meanings, yet tell us little about why the limitation on the right is necessary, and what it is expected to achieve in concrete terms. The broader and more abstract the objective, the more susceptible it is to different meanings in different contexts, and hence to distortion and manipulation. One

Il reste à déterminer si l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit et celui d'infliger une sanction appropriée sont valides du point de vue constitutionnel et suffisamment importants pour justifier une atteinte à des droits. Des objectifs généraux et symboliques comme ceux-là garantissent presque une réponse affirmative à cette question. Qui peut soutenir que le respect de la règle de droit n'a pas un caractère urgent? Qui peut prétendre qu'il n'est pas important d'infliger une peine appropriée? Qui peut affirmer que l'un ou l'autre de ces buts, en soi, est contraire à des principes démocratiques? Cependant, c'est précisément parce qu'ils laissent si peu place à la contestation que les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Les termes qui les traduisent comportent plusieurs sens, mais ne nous éclairent pas vraiment sur la raison qui rend la restriction du droit nécessaire et sur ce que l'on espère

articulation of the objective might inflate the importance of the objective; another might make the legislative measure appear more narrowly tailored. The Court is left to sort the matter out.

At the end of the day, people should not be left guessing about why their *Charter* rights have been infringed. Demonstrable justification requires that the objective clearly reveal the harm that the government hopes to remedy, and that this objective remain constant throughout the justification process. As this Court has stated, the objective “must be accurately and precisely defined so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and to assess the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective”: *per* Cory J. in *U.F.C.W., Local 1518, supra*, at para. 59; see also *Thomson Newspapers, supra*, at para. 96; *RJR-MacDonald, supra*, at para. 144. A court faced with vague objectives may well conclude, as did Arbour J.A. (as she then was) in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 487, that “the highly symbolic and abstract nature of th[e] objective . . . detracts from its importance as a justification for the violation of a constitutionally protected right”. If Parliament can infringe a crucial right such as the right to vote simply by offering symbolic and abstract reasons, judicial review either becomes vacuously constrained or reduces to a contest of “our symbols are better than your symbols”. Neither outcome is compatible with the vigorous justification analysis required by the *Charter*.

The rhetorical nature of the government objectives advanced in this case renders them suspect. The first objective, enhancing civic responsibility and respect for the law, could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Respect for law is undeniably important.

accomplir concrètement. Plus les objectifs sont généraux et abstraits, plus ils risquent de prendre des sens différents selon les contextes et, par conséquent, de subir une déformation ou de faire l’objet d’une manipulation. Telle formulation de l’objectif peut en exagérer l’importance, alors que telle autre peut donner l’impression que la mesure législative a été conçue de façon plus stricte. C’est à la Cour qu’il revient de trancher la question.

En définitive, les gens ne devraient pas avoir à se demander pourquoi des droits qui leur sont garantis par la *Charte* ont été violés. Pour qu’une justification puisse se démontrer, l’objectif doit révéler clairement le préjudice que le gouvernement entend réparer, et cet objectif doit demeurer le même tout au long du processus de justification. Comme la Cour l’a affirmé, l’objectif « doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d’en apprécier l’importance et d’évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés » : le juge Cory dans *T.U.A.C., section locale 1518*, précité, par. 59; voir également *Thomson Newspapers*, précité, par. 96; *RJR-MacDonald*, précité, par. 144. Le tribunal appelé à se prononcer sur des objectifs généraux peut très bien conclure, comme l’a fait le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487, que [TRADUCTION] « le caractère hautement symbolique et abstrait de [l’]objectif [. . .] en réduit l’importance en matière de justification de la violation d’un droit protégé par la Constitution ». Si le législateur peut porter atteinte à un droit aussi important que le droit de vote simplement en invoquant des motifs symboliques et abstraits, alors l’examen judiciaire devient ridiculement entravé ou se réduit à un concours où les concurrents prétendent que « nos symboles sont meilleurs que vos symboles ». Ni l’un ni l’autre de ces résultats n’est compatible avec l’analyse rigoureuse exigée par la *Charte* en matière de justification.

Le caractère rhétorique des objectifs que fait valoir le gouvernement en l’espèce les rend suspects. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, pourrait être invoqué à l’égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non

But the simple statement of this value lacks the context necessary to assist us in determining whether the infringement at issue is demonstrably justifiable in a free and democratic society. To establish justification, one needs to know what problem the government is targeting, and why it is so pressing and important that it warrants limiting a *Charter* right. Without this, it is difficult if not impossible to weigh whether the infringement of the right is justifiable or proportionate.

25 The second objective — to impose additional punishment on people serving penitentiary sentences — is less vague than the first. Still, problems with vagueness remain. The record does not disclose precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. This makes it difficult to assess whether the objective is important enough to justify an additional rights infringement.

26 Quite simply, the government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to say that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. Nevertheless, despite the abstract nature of the government's objectives and the rather thin basis upon which they rest, prudence suggests that we proceed to the proportionality analysis, rather than dismissing the government's objectives outright. The proportionality inquiry allows us to determine whether the government's asserted objectives are in fact capable of justifying its denial of the right to vote. At that stage, as we shall see, the difficulties inherent in the government's stated objectives become manifest.

C. *Proportionality*

27 At this stage the government must show that the denial of the right to vote will promote the asserted objectives (the rational connection test); that the denial does not go further than reasonably necessary to achieve its objectives (the minimal impairment

criminelles. Il est indéniable que le respect de la règle de droit est important. Mais le simple énoncé de ce principe ne fournit pas le contexte nécessaire pour nous permettre de déterminer si la justification de l'atteinte en question peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour démontrer une justification, il faut savoir quel problème vise le gouvernement et en quoi ce problème est si urgent et important qu'il justifie la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Sinon, il est difficile, voire impossible, de décider si l'atteinte portée au droit est justifiable ou proportionnée.

Le deuxième objectif — infliger une sanction supplémentaire aux personnes purgeant une peine d'emprisonnement — est moins général que le premier. Cependant, les problèmes d'imprécision demeurent. Le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Il devient donc difficile de déterminer si l'objectif est suffisamment important pour justifier une atteinte supplémentaire.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de dire si celle-ci vise un but urgent et réel. Toutefois, malgré la nature abstraite des objectifs gouvernementaux et le fondement fragile sur lequel ils reposent, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs. L'analyse de la proportionnalité nous permet de déterminer si les objectifs gouvernementaux invoqués peuvent en fait justifier la privation du droit de vote. À cette étape, comme nous le verrons, la faiblesse inhérente à ces objectifs devient manifeste.

C. *La proportionnalité*

À cette étape-ci, le gouvernement doit démontrer que la privation du droit de vote favorisera la réalisation des objectifs invoqués (critère du lien rationnel), qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à la réalisation de ses objectifs

test); and that the overall benefits of the measure outweigh its negative impact (the proportionate effect test). As will be seen, the vagueness of the government's justificatory goals coupled with the centrality of the right to vote to Canadian democracy, the rule of law, and legitimate sentencing, make the government's task difficult indeed.

1. Rational Connection

Will denying the right to vote to penitentiary inmates enhance respect for the law and impose legitimate punishment? The government must show that this is likely, either by evidence or in reason and logic: *RJR-MacDonald, supra*, at para. 153.

The government advances three theories to demonstrate rational connection between its limitation and the objective of enhancing respect for law. First, it submits that depriving penitentiary inmates of the vote sends an "educative message" about the importance of respect for the law to inmates and to the citizenry at large. Second, it asserts that allowing penitentiary inmates to vote "demeans" the political system. Finally, it takes the position that disenfranchisement is a legitimate form of punishment, regardless of the specific nature of the offence or the circumstances of the individual offender. In my respectful view, none of these claims succeed.

The first asserted connector with enhancing respect for the law is the "educative message" or "moral statement" theory. The problem here, quite simply, is that denying penitentiary inmates the right to vote is bad pedagogy. It misrepresents the nature of our rights and obligations under the law, and it communicates a message more likely to harm than to help respect for the law.

Denying penitentiary inmates the right to vote misrepresents the nature of our rights and obligations under the law and consequently undermines them. In a democracy such as ours, the power of

(critère de l'atteinte minimale) et que l'ensemble des effets bénéfiques de la mesure l'emporte sur ses effets négatifs (critère de l'effet proportionné). Comme nous le verrons, l'imprécision des buts invoqués par le gouvernement en matière de justification, conjuguée avec le rôle crucial que joue le droit de vote au sein de la démocratie canadienne, la règle de droit et la recherche d'une peine appropriée rendent la tâche du gouvernement plutôt difficile.

1. Le lien rationnel

Le retrait du droit de vote aux détenus accroîtra-t-il le respect de la règle de droit et infligera-t-il une peine appropriée? Le gouvernement doit démontrer que cela est probable, en se fondant sur la preuve ou sur la raison et la logique : *RJR-MacDonald*, précité, par. 153.

Le gouvernement propose trois théories pour établir le lien rationnel entre la restriction imposée et l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit. Premièrement, il soutient que priver les détenus du droit de vote envoie un « message éducatif » aux détenus et à l'ensemble des citoyens quant à l'importance du respect de la règle de droit. Deuxièmement, il prétend que permettre aux détenus de voter « diminue la valeur » du système politique. Enfin, il affirme que la privation du droit de vote est une forme légitime de sanction, peu importe la nature spécifique de l'infraction ou la situation particulière du contrevenant. À mon avis, aucune de ces théories n'est fondée.

Le premier élément invoqué pour établir un lien avec l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit est le « message éducatif » ou « message moralisateur ». Le problème ici tient simplement au fait que le retrait du droit de vote aux détenus constitue de la mauvaise pédagogie. Cette mesure donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et transmet un message qui risque plus de diminuer le respect de la règle de droit que de le renforcer.

Priver les détenus du droit de vote donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et, par conséquent, les met en péril. Dans une démocratie comme la nôtre, le pouvoir

28

29

30

31

lawmakers flows from the voting citizens, and lawmakers act as the citizens' proxies. This delegation from voters to legislators gives the law its legitimacy or force. Correlatively, the obligation to obey the law flows from the fact that the law is made by and on behalf of the citizens. In sum, the legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. As a practical matter, we require all within our country's boundaries to obey its laws, whether or not they vote. But this does not negate the vital symbolic, theoretical and practical connection between having a voice in making the law and being obliged to obey it. This connection, inherited from social contract theory and enshrined in the *Charter*, stands at the heart of our system of constitutional democracy.

des législateurs émane des citoyens votants, et ces législateurs agissent à titre de mandataires des citoyens. Cette délégation de pouvoir des électeurs aux législateurs confère à la loi sa légitimité ou force. En corollaire, l'obligation de respecter la loi découle du fait que celle-ci est élaborée par les citoyens et en leur nom. En somme, la légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Sur le plan pratique, nous demandons à tous ceux qui se trouvent à l'intérieur des frontières de notre pays de respecter ses lois, qu'ils aient le droit de voter ou non. Mais cela ne rompt pas le lien vital qui existe, d'un point de vue symbolique, théorique et pratique, entre la participation à l'élaboration de la loi et l'obligation de la respecter. Ce lien, issu de la théorie du contrat social et consacré dans la *Charte*, est au cœur de notre système de démocratie constitutionnelle.

32

The government gets this connection exactly backwards when it attempts to argue that depriving people of a voice in government teaches them to obey the law. The "educative message" that the government purports to send by disenfranchising inmates is both anti-democratic and internally self-contradictory. Denying a citizen the right to vote denies the basis of democratic legitimacy. It says that delegates elected by the citizens can then bar those very citizens, or a portion of them, from participating in future elections. But if we accept that governmental power in a democracy flows from the citizens, it is difficult to see how that power can legitimately be used to disenfranchise the very citizens from whom the government's power flows.

Le gouvernement inverse complètement cette logique lorsqu'il prétend que le fait de priver les gens de leur droit de participer aux décisions du gouvernement leur apprend à respecter la loi. Le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention d'envoyer en privant les détenus du droit de vote est à la fois antidémocratique et intrinsèquement contradictoire. Priver un citoyen du droit de vote attaque les bases de la légitimité démocratique. Cela revient à dire que les mandataires qui ont été élus par les citoyens peuvent ensuite empêcher ces citoyens, ou une partie d'entre eux, de participer aux prochaines élections. Mais si nous admettons que le pouvoir gouvernemental au sein d'une démocratie émane des citoyens, il est difficile de voir comment ce pouvoir peut légitimement être utilisé pour priver du droit de vote les citoyens de qui il émane.

33

Reflecting this truth, the history of democracy is the history of progressive enfranchisement. The universal franchise has become, at this point in time, an essential part of democracy. From the notion that only a few meritorious people could vote (expressed in terms like class, property and gender), there gradually evolved the modern precept that all citizens are entitled to vote as members of a self-governing citizenry. Canada's steady march to universal suffrage culminated in 1982,

Reflet de cette vérité, l'histoire de la démocratie correspond à celle de l'octroi progressif du droit de vote. Le suffrage universel constitue aujourd'hui un élément essentiel de la démocratie. À partir de la notion que seules quelques personnes méritantes (suivant des critères tels la classe sociale, la propriété et le sexe) pouvaient voter, s'est progressivement développé le principe moderne voulant que tous les citoyens aient le droit de vote en tant que membres de la cité. La marche constante du Canada

with our adoption of a constitutional guarantee of the right of all citizens to vote in s. 3 of the *Charter*. As Arbour J.A. observed in *Sauvé No. 1*, *supra*, at p. 487:

... the slow movement toward universal suffrage in Western democracies took an irreversible step forward in Canada in 1982 by the enactment of s. 3 of the *Charter*. I doubt that anyone could now be deprived of the vote on the basis, not merely symbolic but actually demonstrated, that he or she was not decent or responsible. By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a “decent and responsible citizenry,” previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

Under s. 3 of the *Charter*, the final vestiges of the old policy of selective voting have fallen, including the exclusion of persons with a “mental disease” and federally appointed judges: see *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); and *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.). The disenfranchisement of inmates takes us backwards in time and retrenches our democratic entitlements.

The right of all citizens to vote, regardless of virtue or mental ability or other distinguishing features, underpins the legitimacy of Canadian democracy and Parliament’s claim to power. A government that restricts the franchise to a select portion of citizens is a government that weakens its ability to function as the legitimate representative of the excluded citizens, jeopardizes its claim to representative democracy, and erodes the basis of its right to convict and punish law-breakers.

More broadly, denying citizens the right to vote runs counter to our constitutional commitment to the inherent worth and dignity of every individual. As the South African Constitutional Court said in *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, at para. 17, “[t]he vote of each and every citizen is

vers le suffrage universel a culminé en 1982 avec la constitutionnalisation à l’art. 3 de la *Charte* du droit de vote de chaque citoyen. Comme le juge Arbour l’a fait remarquer dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487 :

[TRADUCTION] ... la lente progression des démocraties occidentales vers le suffrage universel a franchi un point de non-retour au Canada en 1982 avec l’entrée en vigueur de l’art. 3 de la *Charte*. Je doute que qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif, non simplement symbolique, mais dont la preuve a été réellement faite, que cette personne n’est pas honnête ou responsable. Au moment de l’entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu’on peut supposer à juste titre que nous avons abandonné l’idée que l’électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d’être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d’un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l’État.

L’article 3 de la *Charte* a fait disparaître les derniers vestiges de l’octroi sélectif du droit de vote, dont l’exclusion des personnes atteintes de « maladie mentale » et des juges nommés par le gouvernement fédéral : voir *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1^{re} inst.), et *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.). Retirer aux détenus le droit de vote nous fait régresser et a pour effet de restreindre nos droits démocratiques.

Le droit de vote de tout citoyen, indépendamment de la vertu, de la capacité mentale ou de toute autre caractéristique distinctive, sert d’assise à la légitimité de la démocratie canadienne et aux pouvoirs dont se réclame le législateur. Un gouvernement qui n’accorde le droit de vote qu’à un groupe de citoyens choisis est un gouvernement qui diminue sa capacité d’agir à titre de représentant légitime des citoyens exclus de ce groupe, contredit sa prétention à une démocratie représentative et érode son pouvoir de condamner et de punir les contrevenants.

De façon plus générale, priver certains citoyens du droit de vote va à l’encontre de notre engagement constitutionnel envers la valeur et la dignité intrinsèques de chaque personne. Comme la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud l’a affirmé dans *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR

34

35

a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts.” The fact that the disenfranchisement law at issue applies to a discrete group of persons should make us more, not less, wary of its potential to violate the principles of equal rights and equal membership embodied in and protected by the *Charter*.

36

In recognition of the seminal importance of the right to vote in the constellation of rights, the framers of the *Charter* accorded it special protections. Unlike other rights, the right of every citizen to vote cannot be suspended under the “notwithstanding clause”. As Arbour J.A. said in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 486:

It is indeed significant that s. 3 of the *Charter* is immune from the notwithstanding clause contained in s. 33, which permits Parliament and the legislatures to enact legislation which would otherwise violate the *Charter*. It confirms that the right to vote must be protected against those who have the capacity, and often the interest, to limit the franchise. Unpopular minorities may seek redress against an infringement of their rights in the courts. But like everybody else, they can only seek redress against a dismissal of their political point of view at the polls.

37

The government’s vague appeal to “civic responsibility” is unhelpful, as is the attempt to lump inmate disenfranchisement together with legitimate voting regulations in support of the government’s position. The analogy between youth voting restrictions and inmate disenfranchisement breaks down because the type of judgment Parliament is making in the two scenarios is very different. In the first case, Parliament is making a decision based on the experiential situation of all citizens when they are young. It is not saying that the excluded class is unworthy to vote, but regulating a modality of the universal franchise. In the second case, the government is making a decision that some people, whatever their abilities, are not morally worthy to vote — that they do not “deserve” to be considered members of the community and hence may be deprived of the most basic

1, par. 17, [TRADUCTION] « [L]e vote de chaque citoyen est un symbole de dignité et d’identité individuelle. Littéralement, il signifie que tout le monde est important. » Le fait que la disposition sur la privation du droit de vote s’applique à un groupe particulier de personnes devrait nous porter à nous inquiéter plutôt davantage que moins de la possibilité qu’elle viole les principes d’égalité des droits et d’appartenance consacrés dans la *Charte* et protégés par celle-ci.

En reconnaissance de l’importance fondamentale que revêt le droit de vote dans l’ensemble des droits, les rédacteurs de la *Charte* lui ont accordé des protections spéciales. Contrairement aux autres droits, le droit de tout citoyen de voter ne peut être suspendu par application de la « clause de dérogation ». Comme le juge Arbour l’a dit dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 486 :

[TRADUCTION] Il est en effet révélateur que l’art. 3 de la *Charte* échappe à l’application de l’art. 33, la clause de dérogation, qui permet au Parlement ou à la législature d’une province d’adopter une loi non conforme à la *Charte*. Ainsi, le droit de vote doit être protégé contre ceux qui ont le pouvoir de limiter son exercice et qui, souvent, ont intérêt à le faire. Les minorités impopulaires peuvent s’adresser aux tribunaux pour obtenir réparation lorsqu’il est porté atteinte à leurs droits. Cependant, à l’instar de n’importe quel citoyen, leurs membres peuvent seulement obtenir réparation lorsqu’on leur refuse le droit d’exprimer leur point de vue politique à un scrutin.

L’appel général du gouvernement à la « responsabilité civique » n’a aucune utilité, tout comme sa tentative d’associer, à l’appui de sa position, la suppression du droit de vote des détenus avec la réglementation légitime en matière de vote. L’analogie qu’il établit entre les restrictions apportées au droit de vote des jeunes et la suppression du droit de vote des détenus ne tient pas parce que la décision que le législateur prend dans les deux cas est très différente. Dans le premier cas, le législateur prend une décision fondée sur la situation expérientielle dans laquelle se trouvent tous les citoyens lorsqu’ils sont jeunes. Cette décision ne signifie pas que la catégorie exclue n’est pas digne de voter, mais établit une modalité d’application du suffrage universel. Dans le second cas, le gouvernement décide que certaines personnes, peu importe leurs capacités, ne sont pas

of their constitutional rights. But this is not the lawmakers' decision to make. The *Charter* makes this decision for us by guaranteeing the right of "every citizen" to vote and by expressly placing prisoners under the protective umbrella of the *Charter* through constitutional limits on punishment. The *Charter* emphatically says that prisoners are protected citizens, and short of a constitutional amendment, lawmakers cannot change this.

The theoretical and constitutional links between the right to vote and respect for the rule of law are reflected in the practical realities of the prison population and the need to bolster, rather than to undermine, the feeling of connection between prisoners and society as a whole. The government argues that disenfranchisement will "educate" and rehabilitate inmates. However, disenfranchisement is more likely to become a self-fulfilling prophecy than a spur to reintegration. Depriving at-risk individuals of their sense of collective identity and membership in the community is unlikely to instill a sense of responsibility and community identity, while the right to participate in voting helps teach democratic values and social responsibility (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As J. S. Mill wrote:

To take an active interest in politics is, in modern times, the first thing which elevates the mind to large interests and contemplations; the first step out of the narrow bounds of individual and family selfishness, the first opening in the contracted round of daily occupations. . . . The possession and the exercise of political, and among others of electoral, rights, is one of the chief instruments both of moral and of intellectual training for the popular mind

(J. S. Mill, "Thoughts on Parliamentary Reform" (1859), in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, at pp. 322-23)

moralement dignes de voter — qu'elles ne « méritent » pas d'être considérées comme des membres de la communauté et que, par conséquent, elles peuvent être privées de leur droit constitutionnel le plus fondamental. Mais il n'appartient pas au législateur de prendre cette décision. La *Charte* prend cette décision pour nous en garantissant le droit de vote de « tout citoyen » et en plaçant expressément les prisonniers sous la protection de la *Charte* au moyen de restrictions constitutionnelles en matière de peine. La *Charte* affirme catégoriquement que les prisonniers sont des citoyens protégés, et en l'absence d'une modification constitutionnelle, le législateur n'y peut rien changer.

Les liens théorique et constitutionnel entre le droit de vote et le respect de la règle de droit se reflètent dans la réalité quotidienne de la population carcérale et dans la nécessité d'encourager plutôt que de réprimer le sentiment d'appartenance des prisonniers à la société dans son ensemble. Le gouvernement prétend que la privation du droit de vote permet d'« éduquer » et de réadapter les détenus. Pourtant, cette privation risque davantage de créer un effet Pygmalion que de favoriser la réinsertion sociale des détenus. Priver les personnes à risque de leur identité collective et de leur sentiment d'appartenance à la communauté est peu susceptible de leur insuffler le sens des responsabilités et de l'identité collective, tandis que le droit de participer au vote permet d'inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme J. S. Mill l'écrit :

[TRADUCTION] S'intéresser à la politique de façon concrète constitue, de nos jours, la meilleure façon d'élever l'esprit vers de larges intérêts et horizons; le premier pas en dehors du cadre étroit de l'intérêt personnel de l'individu et de la famille, la première étape dans l'accomplissement des obligations sociales quotidiennes. [. . .] La possession et l'exercice de droits politiques, notamment du droit de vote, figurent parmi les principaux outils de formation, tant morale qu'intellectuelle, de l'esprit populaire

(J. S. Mill, « Thoughts on Parliamentary Reform » (1859), dans J. M. Robson, dir., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, p. 322-323)

To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility.

Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales.

39 Even if these difficulties could be overcome, it is not apparent that denying penitentiary inmates the right to vote actually sends the intended message to prisoners, or to the rest of society. People may be sentenced to imprisonment for two years or more for a wide variety of crimes, ranging from motor vehicle and regulatory offences to the most serious cases of murder. The variety of offences and offenders covered by the prohibition suggests that the educative message is, at best, a mixed and diffuse one.

À supposer que ces difficultés puissent être surmontées, il n'est pas évident que le retrait du droit de vote aux détenus transmet bien le message que l'on veut transmettre aux prisonniers, ou au reste de la société. On peut être condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour toutes sortes de crimes, allant des infractions aux règles de conduite automobile aux cas les plus graves de meurtre. La diversité des infractions et des contrevenants visés par l'interdiction semble indiquer que le message éducatif est, au mieux, confus et ambigu.

40 It is a message sullied, moreover, by negative and unacceptable messages likely to undermine civic responsibility and respect for the rule of law. Denying citizen law-breakers the right to vote sends the message that those who commit serious breaches are no longer valued as members of the community, but instead are temporary outcasts from our system of rights and democracy. More profoundly, it sends the unacceptable message that democratic values are less important than punitive measures ostensibly designed to promote order. If modern democratic history has one lesson to teach it is this: enforced conformity to the law should not come at the cost of our core democratic values.

En outre, il s'agit d'un message dénaturé par des messages négatifs et inacceptables qui risquent de compromettre la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Le retrait du droit de vote aux citoyens contrevenants transmet le message que ceux qui commettent des infractions graves ne sont plus considérés comme des membres de la communauté, mais qu'ils sont plutôt temporairement bannis de notre système de droits et de démocratie. De façon plus profonde, il transmet le message inacceptable que les valeurs démocratiques sont moins importantes que les mesures punitives apparemment conçues pour faire régner l'ordre. S'il y a une leçon à tirer de l'histoire de la démocratie moderne, c'est la suivante : ce n'est pas aux dépens de nos valeurs démocratiques fondamentales qu'il convient de faire respecter la loi.

41 I conclude that denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Punitive disenfranchisement of inmates does not send the

J'estime que priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. Le retrait du droit de vote

“educative message” that the government claims; to the contrary, it undermines this message and is incompatible with the basic tenets of participatory democracy contained in and guaranteed by the *Charter*.

The government also argues that denying penitentiary inmates the vote will enhance respect for law because allowing people who flaunt the law to vote demeans the political system. The same untenable premises we have been discussing resurface here — that voting is a privilege the government can suspend and that the commission of a serious crime signals that the offender has chosen to “opt out” of community membership. But beyond this, the argument that only those who respect the law should participate in the political process is a variant on the age-old unworthiness rationale for denying the vote.

The idea that certain classes of people are not morally fit or morally worthy to vote and to participate in the law-making process is ancient and obsolete. Edward III pronounced that citizens who committed serious crimes suffered “civil death”, by which a convicted felon was deemed to forfeit all civil rights. Until recently, large classes of people, prisoners among them, were excluded from the franchise. The assumption that they were not fit or “worthy” of voting — whether by reason of class, race, gender or conduct — played a large role in this exclusion. We should reject the retrograde notion that “worthiness” qualifications for voters may be logically viewed as enhancing the political process and respect for the rule of law. As Arbour J.A. stated in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 487, since the adoption of s. 3 of the *Charter*, it is doubtful “that anyone could now be deprived of the vote on the basis . . . that he or she was not decent or responsible”.

en guise de punition ne transmet pas le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention de transmettre; au contraire, il en réduit l’efficacité et est incompatible avec les préceptes fondamentaux de démocratie participative contenus dans la *Charte* et garantis par celle-ci.

Le gouvernement prétend également que priver les détenus du droit de vote accroît le respect de la règle de droit parce que le fait de permettre aux gens qui défient la loi de voter diminue la valeur du système politique. Les mêmes prémisses indéfendables que nous avons examinées refont surface ici — c’est-à-dire que le droit de vote est un privilège que le gouvernement peut suspendre et que la commission d’un crime sérieux indique que le contrevenant a choisi de « se retirer » de la communauté. Mais au-delà, l’argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique n’est qu’une variante de l’ancienne théorie fondée sur l’absence de valeur qui servait autrefois de justification au retrait du droit de vote.

L’idée que certaines personnes ne sont pas moralement aptes à voter et à participer au processus d’élaboration des lois ou moralement dignes de le faire est ancienne et désuète. Édouard III a déclaré les citoyens qui commettaient des crimes graves passibles de « mort civile », c’est-à-dire qu’une personne reconnue coupable d’un acte criminel était réputée perdre tous ses droits civils. Jusqu’à récemment, des catégories entières de personnes, dont les prisonniers, étaient privées du droit de vote. La présomption qu’elles n’étaient pas aptes à voter ou « dignes » de le faire — que ce soit en raison de leur classe sociale, de leur race, de leur sexe ou de leur comportement — a joué un rôle important dans cette exclusion. Nous devrions rejeter l’idée rétrograde qu’exiger que les électeurs aient une certaine « valeur » peut logiquement être considéré comme rehaussant le processus politique et le respect de la règle de droit. Comme l’a déclaré le juge Arbour dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487, depuis l’adoption de l’art. 3 de la *Charte*, il est peu probable que [TRADUCTION] « qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif [. . .] que cette personne n’est pas honnête ou responsable ».

42

43

44 Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*: compare *August, supra*. It also runs counter to the plain words of s. 3, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern. For all these reasons, it must, at this stage of our history, be rejected.

45 This brings us to the government's final argument for rational connection — that disenfranchisement is a legitimate weapon in the state's punitive arsenal against the individual lawbreaker. Again, the argument cannot succeed. The first reason is that using the denial of rights as punishment is suspect. The second reason is that denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment established by our jurisprudence.

46 The argument, stripped of rhetoric, proposes that it is open to Parliament to add a new tool to its arsenal of punitive implements — denial of constitutional rights. I find this notion problematic. I do not doubt that Parliament may limit constitutional rights in the name of punishment, provided that it can justify the limitation. But it is another thing to say that a particular class of people for a particular period of time will completely lose a particular constitutional right. This is tantamount to saying that the affected class is outside the full protection of the *Charter*. It is doubtful that such an unmodulated deprivation, particularly of a right as basic as the right to vote, is capable of justification under s. 1. Could Parliament justifiably pass a law removing the right of all penitentiary prisoners to be protected from cruel and unusual punishment? I think not. What of freedom of expression or religion? Why, one asks, is the right to vote different? The government offers no credible theory about why it should be allowed to deny this fundamental democratic right as a form of state punishment.

Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte* : comparer avec *August, précité*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement. Pour toutes ces raisons, il doit être rejeté à cette étape de notre histoire.

Cela nous amène au dernier argument qu'invoque le gouvernement pour établir un lien rationnel — à savoir que la privation du droit de vote est une arme légitime dans l'arsenal punitif que l'État peut déployer contre le contrevenant. Cet argument ne peut non plus être retenu. D'abord, parce que le fait de recourir à la privation de droits à des fins punitives est suspect. Ensuite, parce que le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences établies par notre jurisprudence en matière de peine appropriée.

Cet argument, dépouillé de sa rhétorique, suggère l'idée qu'il est loisible au législateur d'ajouter une nouvelle arme — la privation de droits constitutionnels — à son arsenal d'outils destinés à punir. Cette idée m'apparaît problématique. C'est une chose de dire que le législateur peut restreindre des droits constitutionnels pour des raisons punitives s'il est en mesure de justifier cette restriction, mais c'en est une autre de dire qu'une catégorie de personnes peut perdre complètement un droit constitutionnel pour une certaine période. Cela revient à dire que la catégorie visée ne bénéficie pas de la protection complète de la *Charte*. Il est peu probable que la justification d'une telle dépossession non modulée, surtout celle d'un droit aussi fondamental que le droit de vote, puisse se démontrer au regard de l'article premier. Le législateur serait-il justifié d'édicter une loi privant tous les prisonniers du droit à la protection contre toute peine cruelle et inusitée? Je ne pense pas. Qu'en est-il de la liberté d'expression ou de religion? En quoi le droit de vote est-il différent? Le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État.

The social compact requires the citizen to obey the laws created by the democratic process. But it does not follow that failure to do so nullifies the citizen's continued membership in the self-governing polity. Indeed, the remedy of imprisonment for a term rather than permanent exile implies our acceptance of continued membership in the social order. Certain rights are justifiably limited for penal reasons, including aspects of the rights to liberty, security of the person, mobility, and security against search and seizure. But whether a right is justifiably limited cannot be determined by observing that an offender has, by his or her actions, withdrawn from the social compact. Indeed, the right of the state to punish and the obligation of the criminal to accept punishment are tied to society's acceptance of the criminal as a person with rights and responsibilities. Other *Charter* provisions make this clear. Thus s. 11 protects convicted offenders from unfair trials, and s. 12 from "cruel and unusual treatment or punishment".

The second flaw in the argument that s. 51(e) furthers legitimate punishment is that it does not meet the dual requirements that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. In the immortal words of Gilbert and Sullivan, the punishment should fit the crime. Section 51(e) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. It makes no attempt to differentiate among inmates serving sentences of two years and those serving sentences of twenty. It is true that those serving shorter sentences will be deprived of the right to vote for a shorter time. Yet the correlation of the denial with the crime remains weak. It is not only the violent felon who is told he is an unworthy outcast; a person imprisoned for a non-violent or negligent act, or an Aboriginal person suffering from social displacement receives the same message. They are not targeted, but they are caught all the same. For them the message is doubly

47

Le contrat social engage le citoyen à respecter les lois issues du processus démocratique. Mais il ne s'ensuit pas qu'un défaut à cet égard annule l'appartenance permanente du citoyen à la cité. D'ailleurs, le recours à l'emprisonnement pour une période déterminée plutôt qu'à l'exil définitif est le signe de notre acceptation de l'appartenance permanente à l'ordre social. Il peut être justifié de restreindre certains droits, tels certains aspects des droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, à la liberté de circulation et d'établissement, et à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies, pour des raisons pénales. Mais la question de savoir si la justification de la restriction d'un droit peut se démontrer ne peut être tranchée par la simple constatation qu'un contrevenant a, par ses propres actions, rompu le contrat social. En fait, le pouvoir de l'État d'infliger une peine et l'obligation du criminel d'accepter cette peine sont liés à la reconnaissance du criminel comme une personne ayant des droits et des responsabilités. D'autres dispositions de la *Charte* font clairement ressortir ce point. Ainsi, l'art. 11 protège tout inculpé contre des procès inéquitables et l'art. 12, contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ».

48

Le second vice qui entache l'argument voulant que l'al. 51e) favorise l'infliction d'une peine appropriée tient à ce qu'il ne satisfait pas à la double exigence que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073. Selon les paroles immortelles de Gilbert et Sullivan, la peine doit être adaptée au crime. Or, l'alinéa 51e) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Il ne cherche pas à établir une distinction entre les détenus purgeant une peine de deux ans et ceux qui purgent des peines de vingt ans. Il est vrai que ceux qui purgent des peines plus courtes sont privés du droit de vote moins longtemps. Cependant, la corrélation entre la privation et le crime demeure quand même faible. Le criminel violent n'est pas le seul à qui on laisse entendre qu'il est un paria sans valeur; la personne emprisonnée pour un acte commis sans violence ou pour négligence ou l'Autochtone ayant

invidious — not that they are cast out for their apparently voluntary rejection of society's norms, but that they are cast out arbitrarily, in ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority.

49 Punishment must also fulfill a legitimate penal purpose: see *Smith, supra*, at p. 1068. These include deterrence, rehabilitation, retribution, and denunciation: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 82. Neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. On the contrary, as Mill recognized long ago, participation in the political process offers a valuable means of teaching democratic values and civic responsibility.

50 This leaves retribution and denunciation. Parliament may denounce unlawful conduct. But it must do so in a way that closely reflects the moral culpability of the offender and his or her circumstances. As Lamer C.J. indicated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 80:

Retribution in a criminal context, by contrast [to vengeance], represents an objective, reasoned and measured determination of an appropriate punishment which properly reflects the moral culpability of the offender, having regard to the intentional risk-taking of the offender, the consequential harm caused by the offender, and the normative character of the offender's conduct. [Emphasis in original.]

Denunciation as a symbolic expression of community values must be individually tailored in order to fulfill the legitimate penal purpose of condemning a particular offender's conduct (see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81) and to send an appropriate "educative message" about the importance of law-abiding behavior.

51 Section 51(e) imposes blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the

subi un déplacement social reçoivent le même message. Ils ne sont pas visés, mais ils se trouvent dans la même barque. Pour eux, le message est doublement odieux — non pas qu'ils soient exclus en raison de leur refus en apparence volontaire de se plier aux normes de la société, mais qu'ils le soient de façon arbitraire, d'une manière qui ne correspond pas nécessairement à leur véritable situation ou à leur attitude à l'égard de l'autorité de l'État.

La peine doit également viser un objectif pénal légitime : voir *Smith*, précité, p. 1068. Ces objectifs comprennent la dissuasion, la réadaptation, le châtement et la réprobation : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 82. Ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. Au contraire, comme Mill l'a reconnu il y a longtemps, la participation au processus politique fournit un moyen précieux d'inculquer des valeurs démocratiques et la responsabilité civique.

Il reste donc le châtement et la réprobation. Le législateur peut réprover le comportement illégal, mais il doit le faire de façon à refléter fidèlement la culpabilité morale du contrevenant et sa situation particulière. Comme le juge en chef Lamer l'a indiqué dans *M. (C.A.)*, précité, par. 80 :

En contexte criminel, par contraste [avec la vengeance], le châtement se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. [Souligné dans l'original.]

La réprobation en tant qu'expression symbolique des valeurs de la communauté doit être adaptée à chaque cas particulier afin d'atteindre l'objectif pénal légitime de condamner le comportement particulier d'un contrevenant (voir *M. (C.A.)*, précité, par. 81) et de transmettre un « message éducatif » clair quant à l'importance d'un comportement respectueux de la loi.

La sanction prévue par l'al. 51e) s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du

normative character of their conduct. It is not individually tailored to the particular offender's act. It does not, in short, meet the requirements of denunciatory, retributive punishment. It follows that it is not rationally connected to the goal of imposing legitimate punishment.

When the facade of rhetoric is stripped away, little is left of the government's claim about punishment other than that criminals are people who have broken society's norms and may therefore be denounced and punished as the government sees fit, even to the point of removing fundamental constitutional rights. Yet, the right to punish and to denounce, however important, is constitutionally constrained. It cannot be used to write entire rights out of the Constitution, it cannot be arbitrary, and it must serve the constitutionally recognized goals of sentencing. On all counts, the case that s. 51(e) furthers lawful punishment objectives fails.

I conclude that the government has failed to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and the objectives of enhancing respect for the law and ensuring appropriate punishment.

2. Minimal Impairment

If the denial of a right is not rationally connected to the government's objectives, it makes little sense to go on to ask whether the law goes further than is necessary to achieve the objective. I simply observe that if it were established that denying the right to vote sends an educative message that society will not tolerate serious crime, the class denied the vote — all those serving sentences of two years or more — is too broad, catching many whose crimes are relatively minor and who cannot be said to have broken their ties to society. Similarly, if it were established that this denial somehow furthers legitimate sentencing goals, it is plain that the marker of a sentence of two years or more catches many people who, on the government's own theory, should not be caught.

caractère normatif de leur comportement. Elle n'est pas adaptée à l'acte particulier posé par le contrevenant. Bref, cet alinéa ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtement. Il n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif d'infliger une peine légitime.

Dépouillée de son apparente rhétorique, la prétention du gouvernement au chapitre de la peine se réduit à peu près à affirmer que les criminels sont des gens qui se sont écartés des normes établies par la société, qu'il peut donc les réproucher et les condamner comme il le juge bon, et même leur retirer des droits constitutionnels fondamentaux. Or, le droit d'infliger une peine et de réproucher, même s'il est important, est restreint par la Constitution. Il ne peut servir à rayer complètement des droits de la Constitution, il ne peut être exercé de façon arbitraire et il doit viser les objectifs constitutionnellement reconnus en matière de détermination de la peine. L'argument portant que l'al. 51e) favorise la réalisation d'objectifs licites en matière de peine échoue sur toute la ligne.

Je conclus que le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs d'accroître le respect de la règle de droit et d'assurer l'infliction d'une peine appropriée.

2. L'atteinte minimale

En l'absence d'un lien rationnel entre la privation d'un droit et les objectifs du gouvernement, il n'est guère logique de se demander ensuite si la loi va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. Je soulignerai simplement que même s'il était établi que la privation du droit de vote transmet le message éducatif que la société ne tolérera pas le crime grave, la catégorie privée du droit de vote — c'est-à-dire tous ceux qui purgent des peines de deux ans ou plus — est trop large, englobant nombre de personnes dont les crimes sont relativement mineurs et dont on ne peut dire qu'elles ont rompu leurs liens avec la société. De façon similaire, même s'il était établi que cette privation favorise d'une façon ou d'une autre la réalisation d'objectifs légitimes en matière de peine, il est clair que le seuil de deux ans ou plus touche de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être visées.

52

53

54

55

The question at this stage of the analysis is not how many citizens are affected, but whether the right is minimally impaired. Even one person whose *Charter* rights are unjustifiably limited is entitled to seek redress under the *Charter*. It follows that this legislation cannot be saved by the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise. First, it is difficult to substantiate the proposition that a two-year term is a reasonable means of identifying those who have committed “serious”, as opposed to “minor”, offences. If serious and minor offences are defined by the duration of incarceration, then this is a tautology. If the two-year period is meant to serve as a proxy for something else, then the government must give content to the notion of “serious” vs. “minor” offences, and it must demonstrate the correlation between this distinction and the entitlement to vote. It is no answer to the overbreadth critique to say that the measure is saved because a limited class of people is affected: the question is why individuals in this class are singled out to have their rights restricted, and how their rights are limited. The perceived “seriousness” of the crime is only one of many factors in determining the length of a convicted offender’s sentence and the time served. The only real answer the government provides to the question “why two years?” is because it affects a smaller class than would a blanket disenfranchisement.

56

Nor is it any answer to say that the infringement will end when the imprisonment ends. The denial of the right to vote during the period of imprisonment affects penitentiary inmates consistently, to an absolute degree, and in arbitrary ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority. Section 51(e) thus denies a prisoner’s rights in precisely the same fashion as its unconstitutional predecessor.

La question à cette étape-ci de l’analyse n’est pas de savoir combien de citoyens sont touchés, mais consiste à se demander si l’atteinte portée au droit est minimale. L’atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d’une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la *Charte*. Il s’ensuit que cette législation ne peut être justifiée du seul fait qu’elle est moins restrictive qu’une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote. D’abord, il est difficile d’étayer la proposition qu’un terme de deux ans est un moyen raisonnable de distinguer les contrevenants qui ont commis des infractions « graves » de ceux qui ont commis des infractions « mineures ». Si les infractions graves et les infractions mineures sont définies par la durée de l’incarcération, alors il s’agit d’une tautologie. Si le terme de deux ans sert à indiquer quelque chose d’autre, alors le gouvernement doit étoffer la distinction entre infractions « graves » et infractions « mineures », et il doit établir la corrélation entre cette distinction et le droit de voter. À la critique que la mesure a une portée excessive, il ne suffit pas de dire que la mesure est justifiée parce qu’elle vise seulement une catégorie restreinte de personnes. Il faut se demander pourquoi les droits de cette catégorie de personnes en particulier sont restreints et comment ils le sont. La « gravité » perçue de l’acte criminel est seulement un des nombreux facteurs permettant de déterminer la durée de la peine infligée à une personne reconnue coupable de l’infraction et le temps purgé. La seule réponse réelle du gouvernement à la question « pourquoi deux ans? » est que c’est la limite qui touche moins de gens qu’une privation générale.

Il ne suffit pas non plus de dire que l’atteinte prendra fin lorsque l’emprisonnement cessera. La privation du droit de vote pour la durée de l’emprisonnement touche les détenus de manière constante, à un degré absolu et d’une façon qui ne tient pas vraiment compte de leur véritable situation ou de leur attitude à l’égard de l’autorité de l’État. Le paragraphe 51(e) porte donc atteinte aux droits des prisonniers de la même façon que sa version antérieure qui a été déclarée inconstitutionnelle.

3. Proportionate Effect

If a connection could be shown between the denial of the right to vote and the government's objectives, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue.

Denial of the right to vote to penitentiary inmates undermines the legitimacy of government, the effectiveness of government, and the rule of law. It curtails the personal rights of the citizen to political expression and participation in the political life of his or her country. It countermands the message that everyone is equally worthy and entitled to respect under the law — that everybody counts: see *August*, *supra*. It is more likely to erode respect for the rule of law than to enhance it, and more likely to undermine sentencing goals of deterrence and rehabilitation than to further them.

The government's plea of no demonstrated harm to penitentiary inmates rings hollow when what is at stake is the denial of the fundamental right of every citizen to vote. When basic political rights are denied, proof of additional harm is not required. But where proof is needed, it is available. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and rehabilitation acknowledged since the time of Mill, and it undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As the trial judge clearly perceived at p. 913, s. 51(e) "serves to further alienate prisoners from the community to which they must return, and in which their families live".

The negative effects of s. 51(e) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population, whose overrepresentation in prisons reflects "a crisis in the Canadian criminal justice system": *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 64, *per* Cory and Iacobucci JJ. To the extent that the disproportionate

3. L'effet proportionné

Si un lien pouvait être établi entre la privation du droit de vote et les objectifs du gouvernement, les effets négatifs de cette mesure l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler.

Priver les détenus du droit de vote mine la légitimité du gouvernement, son efficacité et la règle de droit. Cette mesure restreint les droits personnels du citoyen à l'expression politique et à la participation à la vie politique de son pays. Elle va à l'encontre du message que tous sont égaux et que tous ont droit au bénéfice de la loi — que tout le monde compte : voir *August*, précité. Elle risque de diminuer plutôt que d'accroître le respect de la règle de droit, et de compromettre plutôt que de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion et de réadaptation.

L'argument du gouvernement selon lequel il n'a pas été établi qu'un préjudice a été causé aux détenus sonne creux lorsque le droit fondamental de tout citoyen de voter est en jeu. En présence d'une atteinte à des droits politiques fondamentaux, la preuve d'un préjudice additionnel n'est pas nécessaire. Mais si une telle preuve était nécessaire, elle pourrait être fournie. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et la réadaptation reconnu depuis l'époque de Mill, et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme le juge de première instance l'a clairement perçu (à la p. 913), l'al. 51e) « sert [. . .] à isoler davantage les prisonniers de la société dans laquelle ils doivent retourner et au sein de laquelle leurs familles vivent ».

Les effets négatifs de l'al. 51e) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada, dont la surreprésentation dans les prisons reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale » : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 64, les juges Cory et Iacobucci. Dans la mesure

57

58

59

60

number of Aboriginal people in penitentiaries reflects factors such as higher rates of poverty and institutionalized alienation from mainstream society, penitentiary imprisonment may not be a fair or appropriate marker of the degree of individual culpability. Added to this is the cost of silencing the voices of incarcerated Aboriginal people; with due respect, the fact that 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, while close to 600,000 are not directly affected, does not justify restricting the rights of those 1,837 individuals for reasons not demonstrably justified under the *Charter*: see Court of Appeal decision at para. 169. Aboriginal people in prison have unique perspectives and needs. Yet, s. 51(e) denies them a voice at the ballot box and, by proxy, in Parliament. That these costs are confined to the term of imprisonment does not diminish their reality. The silenced messages cannot be retrieved, and the prospect of someday participating in the political system is cold comfort to those whose rights are denied in the present.

où le nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers révèle notamment un taux plus élevé de pauvreté et l'aliénation institutionnalisée de la société en général, l'emprisonnement n'est peut-être pas un indicateur juste et approprié du degré de culpabilité. À cela s'ajoute la réduction au silence des Autochtones incarcérés; le fait que 1 837 Autochtones perdent le droit de vote du fait de cette disposition alors que près de 600 000 ne sont pas directement touchés ne justifie pas la restriction des droits de ces 1 837 personnes pour des raisons dont la justification ne peut se démontrer selon la *Charte*: voir la décision de la Cour d'appel au par. 169. Ces Autochtones en prison ont des points de vue et des besoins uniques. Mais l'alinéa 51e) les empêche de faire entendre leur voix aux élections et, par procuration, au Parlement. Le fait que ces effets négatifs se limitent à la durée de l'emprisonnement ne change rien à leur réalité. Les messages qui n'ont pas été entendus ne peuvent être récupérés, et la perspective de pouvoir un jour participer au système politique est une bien mince consolation pour ceux qui sont actuellement privés de leurs droits.

61 In the final analysis, even if there were merit in the Court of Appeal's view that the trial judge relied too heavily on the absence of concrete evidence of benefit, it is difficult to avoid the trial judge's conclusion, at p. 916, that "the salutary effects upon which the defendants rely are tenuous in the face of the denial of the democratic right to vote, and are insufficient to meet the civil standard of proof".

En dernière analyse, même si l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge de première instance a accordé une trop grande importance à l'absence de preuve tangible d'effets bénéfiques était fondée, il est difficile de ne pas tenir compte de la conclusion de ce dernier (à la p. 916), à savoir que « les effets bénéfiques que les défendeurs invoquent sont bien minces par rapport au retrait du droit de vote, qui est un droit démocratique, et sont insuffisants pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile ».

62 I conclude that s. 51(e)'s disenfranchisement of prisoners sentenced to two years or more cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I leave for another day whether some political activities, like standing for office, could be justifiably denied to prisoners under s. 1. It may be that practical problems might serve to justify some limitations on the exercise of derivative democratic rights. Democratic participation is not only a matter of theory but also of practice, and legislatures retain the power to limit the modalities of its exercise where this can be

Je conclus que le retrait du droit de vote aux prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus, prévu à l'al. 51e), ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Je remets à plus tard l'examen de la question de savoir si on peut justifier, au regard de l'article premier, l'interdiction faite aux prisonniers de participer à certaines activités politiques, comme de se porter candidat à une élection. Il se peut que des problèmes d'ordre pratique puissent servir à justifier certaines restrictions à l'exercice de droits démocratiques dérivés.

justified. Suffice it to say that the wholesale disenfranchisement of all penitentiary inmates, even with a two-year minimum sentence requirement, is not demonstrably justified in our free and democratic society.

D. *The Guarantee of Equality under Section 15(1) of the Charter*

Having found that s. 51(e) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1).

V. Conclusion

I would allow the appeal, with costs to the appellants. Section 51(e) infringes s. 3 of the *Charter*, and the infringement is not justified under s. 1. It follows that s. 51(e) is inconsistent with the *Charter* and is of no force or effect by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

It is unnecessary to answer the constitutional questions regarding s. 15(1) of the *Charter*.

La participation démocratique est autant une question pratique que théorique, et le législateur conserve le pouvoir de limiter les conditions de son exercice lorsque cela peut être justifié. Qu'il suffise de dire que la justification du retrait général du droit de vote à tous les détenus, même si l'exigence d'une peine minimale de deux ans y est rattachée, ne peut se démontrer dans le cadre de notre société libre et démocratique.

D. *Le droit à l'égalité garanti au par. 15(1) de la Charte*

Étant donné ma conclusion que l'al. 51e) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants. L'alinéa 51e) porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, et cette atteinte n'est pas justifiée au sens de l'article premier. L'alinéa 51e) est donc incompatible avec la *Charte* et, par conséquent, inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Il est inutile de répondre aux questions constitutionnelles concernant le par. 15(1) de la *Charte*.

63

64

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

A) *Specific Issue Before this Court*

65 Is Parliament able to temporarily suspend the exercise of the right to vote for criminals incarcerated for the commission of serious crimes for the duration of their incarceration? This is the question raised by this appeal. The answer will depend on whether s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (the “Act”), which prohibits “[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more” from voting, is in breach of ss. 3 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner not justifiable under s. 1.

66 The trial judge was of the view that s. 51(e) of the Act did not satisfy the test mandated by s. 1 of the *Charter*. I am in respectful disagreement with the reasons of my colleague, Chief Justice McLachlin, which support the disposition reached by the trial judge. I generally agree with the reasoning of the majority of the Federal Court of Appeal below that this provision is constitutionally sound. In my view, s. 51(e) of the Act is not an infringement of s. 15 of the *Charter*, and while having been conceded to be an infringement of the s. 3 *Charter* right, it is capable of being justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation thereupon.

B) *The More Fundamental Issue Arising from the Context of the Case at Bar*

67 My disagreement with the reasons of the Chief Justice, however, is also at a more fundamental level. This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of “scientific proof”. It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. I am of the view that when faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

A) *La question en litige*

Le législateur peut-il priver du droit de vote les auteurs d'actes criminels graves pour la durée de leur incarcération? Telle est la question que soulève le présent pourvoi. Il s'agit dès lors de déterminer si l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (la « Loi »), qui interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter, porte atteinte aux art. 3 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Selon le juge de première instance, l'al. 51e) de la Loi ne respecte pas le critère prescrit à l'article premier de la *Charte*. Avec égards, je ne partage pas les motifs de ma collègue, le juge en chef McLachlin, qui appuie la conclusion du juge de première instance. Dans l'ensemble, je souscris au raisonnement de la majorité de la Cour d'appel fédérale selon lequel la disposition est constitutionnelle. À mon sens, l'al. 51e) de la Loi ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte* et, même si on a reconnu qu'il porte atteinte au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction justifiable en application de l'article premier.

B) *La question plus fondamentale que posent les circonstances de l'espèce*

Mon désaccord avec le Juge en chef revêt par ailleurs un caractère plus fondamental. La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit, selon moi, s'en remettre au libellé de l'article

principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. I conclude that this is so in the case at bar.

II. Legislative Provision in Question

I am of the view that by enacting s. 51(e) of the Act, Parliament has chosen to assert and enhance the importance and value of the right to vote by temporarily disenfranchising serious criminal offenders for the duration of their incarceration. This point is worth underlining. The Chief Justice and I are in agreement that the right to vote is profoundly important, and ought not to be demeaned. Our differences lie principally in the fact that she subscribes to a philosophy whereby the temporary disenfranchising of criminals does injury to the rule of law, democracy and the right to vote, while I prefer deference to Parliament's reasonable view that it strengthens these same features of Canadian society.

The reasons of the Chief Justice refer to the historical evolution of the franchise in Canada. This evolution has generally involved the weeding out of discriminatory exclusions. It is undeniable and, obviously, to be applauded, that, over time, Canada has been evolving towards the universalization of the franchise in such a manner. The provision in question in the case at bar, however, is strikingly and qualitatively different from these past

premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Je conclus que c'est le cas en l'espèce.

II. La disposition législative en cause

J'estime qu'en adoptant l'al. 51e) de la Loi, le législateur a choisi d'affirmer l'importance du droit de vote et de le valoriser en privant du droit de vote l'auteur d'un acte criminel grave pour la durée de son incarcération. C'est un point qui mérite d'être souligné. Le Juge en chef et moi convenons que le droit de vote est profondément important et ne doit pas être dévalorisé. Nos différences résident principalement dans le fait que le Juge en chef souscrit à une philosophie selon laquelle le retrait temporaire du droit de vote aux criminels va à l'encontre de la règle de droit, de la démocratie et du droit de vote, alors que je préfère la retenue judiciaire à l'égard de l'opinion raisonnable du législateur, selon laquelle cette mesure renforce ces mêmes caractéristiques de la société canadienne.

Dans ses motifs, le Juge en chef évoque l'évolution historique du droit de vote au Canada. Cette évolution a généralement été orientée vers la suppression des exclusions discriminatoires. Il est indéniable et, certes, louable que, avec le temps, le Canada ait progressé ainsi vers l'universalisation du droit de vote. Toutefois, la disposition contestée en l'espèce se distingue radicalement et qualitativement de ces exclusions discriminatoires antérieures.

discriminatory exclusions. It is a temporary suspension from voting based exclusively on the serious criminal activity of the offender. It is the length of the sentence, reflecting the nature of the offence and the criminal activity committed, that results in the temporary disenfranchisement during incarceration. Thus, far from being repugnant and discriminatory, based on some irrelevant personal characteristic, such as gender, race, or religion, s. 51(e) of the Act distinguishes persons based on the perpetrating of acts that are condemned by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Parliament has recognized this distinction as being different from other exclusions by its continued assertion that being convicted of a serious criminal offence is a ground for temporary disenfranchisement.

70

The reasons of the Chief Justice at para. 33 cite with approval a passage from Arbour J.A.'s reasons in the first *Sauvé* case which suggests that:

By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a "decent and responsible citizenry", previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

(*Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 487)

While there is little logical correlation between maintaining a "decent and responsible citizenry" and any of the past discriminatory exclusions (such as land-ownership, religion, gender, ethnic background), there clearly is such a logical connection in the case of distinguishing persons who have committed serious criminal offences. "Responsible citizenship" does not relate to what gender, race, or religion a person belongs to, but is logically related to whether or not a person engages in serious criminal activity.

71

A further dimension of this qualitative difference is that serious criminal offenders are excluded from the vote for the reason that they are the subjects of

Elle établit une inhabilité temporaire à voter fondée uniquement sur l'acte criminel grave commis par le contrevenant. C'est la durée de la peine, laquelle reflète la nature de l'infraction et de l'acte criminel commis, qui donne lieu à l'inhabilité pour la durée de l'incarcération. Ainsi, loin d'être répugnante et discriminatoire, fondée sur quelque caractéristique personnelle non pertinente, comme le sexe, la race ou la religion, la distinction établie à l'al. 51e) de la Loi s'appuie sur la perpétration d'actes réprouvés par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le législateur a reconnu que cette distinction différait des autres exclusions en maintenant que la perpétration d'un acte criminel grave justifie la privation temporaire du droit de vote.

Dans ses motifs, le Juge en chef cite au par. 33, en l'approuvant, un extrait des motifs du juge Arbour de la Cour d'appel dans la première affaire *Sauvé* :

[TRADUCTION] Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avons abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d'être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État.

(*Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 487)

Alors que la logique de la corrélation entre le maintien d'un électorat composé de « citoyens honnêtes et responsables » et les anciennes exclusions discriminatoires (notamment celles fondées sur la propriété de biens-fonds, la religion, le sexe, l'origine ethnique) est faible, un tel lien rationnel existe manifestement lorsque la distinction vise les auteurs d'infractions criminelles graves. La notion de « citoyens responsables » ne renvoie pas au sexe, à la race ou à la religion, mais se rattache logiquement au fait qu'une personne se livre ou non à une activité criminelle grave.

Un autre aspect de cette différence qualitative est que l'auteur d'un acte criminel grave est privé du droit de vote parce qu'il fait l'objet d'une peine.

punishment. The disenfranchisement only lasts as long as the period of incarceration. Thus, disenfranchisement, as a dimension of punishment, is attached to and mirrors the fact of incarceration. This fact makes the Canadian experience significantly different from the situation in some American states which disenfranchise ex-offenders for life, a situation addressed by many American academics: see, for example, L. H. Tribe, "The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box'" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

It is important to look at prisoner disenfranchisement from the perspective of each serious criminal offender rather than perceive it as a form of targeted group treatment. Disenfranchised prisoners can be characterized loosely as a group, but what is important to realize is that each of these prisoners has been convicted of a serious criminal offence and is therefore serving a personalized sentence which is proportionate to the act or acts committed. Punishment is guided by the goals of denunciation, deterrence, rehabilitation and retribution and is intended to be morally educative for incarcerated serious criminal offenders. Each prisoner's sentence is a temporary measure aimed at meeting these goals, while also being aimed at the long-term objective of reintegration into the community.

The reasons of the Chief Justice express the view that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders necessarily undermines their inherent "worth" or "dignity." I disagree. In fact, it could be said that the notion of punishment is predicated on the dignity of the individual: it recognizes serious criminals as rational, autonomous individuals who have made choices. When these citizens exercise their freedom in a criminal manner, society imposes a concomitant responsibility for that choice. As Professor J. Hampton, one of the Crown's experts, writes in an article cited by Linden J.A. below, "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, at p. 43:

Cette privation ne dure que le temps de l'incarcération. En tant qu'élément de la peine, elle est donc liée à l'incarcération et en est le reflet. La situation au Canada est donc très différente de celle qui existe dans certains États américains, où un ex-détenu perd à vie le droit de vote; de nombreux universitaires américains en ont traité : voir, par exemple, L. H. Tribe, « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

Il importe de considérer la privation du droit de vote selon la perspective de chaque auteur d'actes criminels graves et non de la voir comme un traitement réservé à un groupe en particulier. On peut qualifier les prisonniers privés du droit de vote comme constituant en quelque sorte un groupe, mais il importe de se rappeler que chacun d'eux a été déclaré coupable d'un acte criminel grave et purge donc une peine personnalisée et déterminée en fonction de cet acte. La peine est infligée dans un but de réprobation, de dissuasion, de réadaptation et de punition et elle vise l'éducation morale des prisonniers qui ont commis des actes criminels graves. Il s'agit pour chaque prisonnier d'une mesure temporaire visant la réalisation de ces objectifs, y compris, à long terme, la réinsertion sociale.

D'après les motifs du Juge en chef, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves porte nécessairement atteinte à leurs « valeur » ou « dignité » intrinsèques. Je ne suis pas d'accord. En fait, on pourrait dire que la notion de punition repose sur la dignité de la personne : elle reconnaît en l'auteur d'un acte criminel grave une personne autonome et rationnelle qui a fait des choix. Lorsque ce citoyen exerce sa liberté d'une façon criminelle, la société le tient responsable de ce choix. Comme le dit l'un des experts du ministère public, le professeur J. Hampton, dans un article cité par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale et intitulé « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, p. 43 :

72

73

By telling people “you can have your right to vote suspended if, through your actions, you show contempt for the values that make our society possible”, this law links the exercise of freedom with responsibility for its effects. Indeed, *not* to construct a punishment that sends this message is . . . to indirectly undermine the values of a democratic society. [Underlining added; italics in original.]

[TRADUCTION] En disant au justiciable « vous pouvez perdre votre droit de vote si, par vos actes, vous faites preuve de mépris envers les valeurs qui rendent notre société possible », cette loi lie l'exercice de la liberté à la responsabilité relativement à ses effets. En fait, *ne pas* prévoir un châtement qui transmet ce message [. . .] mine indirectement les valeurs d'une société démocratique. [Soulignement ajouté; en italique dans l'original.]

74 If there is any negative connotation associated with this temporary disenfranchisement, it arises from the fact that a criminal act was perpetrated, an act for which the criminal offender is consequently being punished. This is not stereotyping. Criminal acts are rightly condemned by society. Serious criminals being punished and temporarily disenfranchised are not in any way of less “worth” or “dignity” because social condemnation is of the criminal acts and its purpose is not to diminish the individual prisoner as a person.

Toute connotation négative associée à cette inhabilitation temporaire découle de la perpétration d'un acte criminel, pour lequel l'auteur est par conséquent puni. Il ne s'agit pas d'un stéréotype. La société condamne à juste titre la criminalité. Le fait que l'auteur d'un acte criminel grave soit puni et temporairement privé du droit de vote n'entraîne en aucun cas une diminution de sa « valeur » ou de sa « dignité » puisque la réprobation sociale vise l'acte criminel et que son objet n'est pas de diminuer le prisonnier en tant que personne.

75 The argument that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders undermines the inherent “worth” or “dignity” of prisoners presents a potentially problematic line of reasoning. Is it possible to “punish” serious criminals without undermining their “worth”? It must be so. This is inherently recognized in the *Charter* itself insofar that s. 12 only renders unconstitutional punishment that is “cruel and unusual”. The *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which Canadian society rests: see *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 769 and 787. Protecting and enhancing these values through the imposition of punishment for criminal activity is not an affront to dignity. On the contrary, the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders reiterates society's commitment to the basic moral values which underpin the *Criminal Code*; in this way it is morally educative for both prisoners and society as a whole.

L'argument selon lequel le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sape la « valeur » ou la « dignité » intrinsèques des prisonniers repose sur un raisonnement qui peut être problématique. Est-il possible de « punir » l'auteur d'une infraction grave sans compromettre sa « valeur »? Il doit en être ainsi. La *Charte* le reconnaît implicitement dans la mesure où l'art. 12 ne rend inconstitutionnelles que les peines « cruelles et inusitées ». Le *Code criminel* énonce des valeurs, et c'est sur ces valeurs que repose la société canadienne : voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 769 et 787. La protection et le renforcement de ces valeurs par l'imposition d'une peine pour l'activité criminelle ne portent pas atteinte à la dignité. Au contraire, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves traduit l'engagement de la société à défendre les valeurs morales fondamentales qui sous-tendent le *Code criminel*; en ce sens, il contribue à l'éducation morale à la fois pour les prisonniers et pour l'ensemble de la société.

76 The punishment of serious criminal offenders is also aimed at protecting society and the “dignity” and “worth” of those members of society who have been or may become the victims of crime. Punishment is intended to act as a general

Punir les auteurs d'actes criminels graves vise également à protéger la société et à préserver la « dignité » et la « valeur » des membres de la société qui ont été victimes de tels actes ou qui pourraient l'être. La punition se veut dissuasive vis-à-vis

deterrent to potential criminals and as a specific deterrent *vis-à-vis* incarcerated persons. *Charter* analysis is meant to consider the *Charter* rights of other members of society: see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 187; *Keegstra*, *supra*, at p. 756. Serious criminal activity is clearly often an affront to numerous *Charter* values.

III. The Right to Vote in Section 3 of the *Charter*

The current status of the vote in Canada is that all citizens are empowered to vote in federal elections, save incarcerated offenders who are disenfranchised by s. 51(e) of the Act (now continued in substantially the same form at s. 4(c) of the Act (S.C. 2000, c. 9)), the Chief and Assistant Chief Electoral Officers, and persons under the age of 18 as of polling day. The most recent changes to the scope of the franchise were made by Parliament in 1993, when the disqualifications of federally appointed judges and persons suffering from “mental disease” were removed: S.C. 1993, c. 19, s. 23 amending s. 51 of the Act, and s. 24 which added s. 51.1. These modifications included s. 51(e), which disqualified incarcerated persons serving sentences of two years or more. It was already enacted at the time this Court heard the first *Sauvé* case, [1993] 2 S.C.R. 438 (the “first *Sauvé* case”), but since it was inapplicable to the case under appeal, the Court did not comment on it.

The respondents conceded that s. 3 of the *Charter* has been infringed by s. 51(e) of the Act. I would like to sound a cautionary note regarding the appropriateness of concessions of infringement. The specific problem with such a concession is that it may deprive the courts of the benefit of the fruitful argument which most often occurs at that initial phase of the analysis, in defining the scope of the right, particularly with regard to historical and philosophical context. The development of contextual factors examined with regard to the scope of the right is of great importance since they clearly “animate” the later stages of the test elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; see McLachlin J.

des criminels éventuels en général et des prisonniers en particulier. L’analyse fondée sur la *Charte* doit tenir compte des droits que celle-ci garantit aux autres membres de la société : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 187; *Keegstra*, précité, p. 756. Souvent, l’activité criminelle grave constitue clairement un affront à de nombreuses valeurs inhérentes à la *Charte*.

III. Le droit de vote garanti à l’art. 3 de la *Charte*

À l’heure actuelle, tous les citoyens canadiens ont le droit de voter aux élections fédérales, sauf le détenu visé à l’al. 51e) de la Loi (qui est repris essentiellement sous le libellé à l’al. 4c) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9)), le directeur général des élections et le directeur général adjoint des élections, de même que les personnes qui n’ont pas 18 ans révolus le jour du scrutin. C’est en 1993 que les modifications les plus récentes ont été apportées à la composition de l’électorat. Le législateur a alors supprimé l’inhabilité qui frappait les juges nommés par le gouvernement fédéral et les personnes atteintes de « maladie mentale » : L.C. 1993, ch. 19, art. 23 qui modifie l’art. 51 de la Loi, et l’art. 24 qui ajoute l’art. 51.1. L’alinéa 51e), qui prive du droit de vote toute personne incarcérée purgeant une peine de deux ans ou plus, a alors été adopté. Il était déjà en vigueur lorsque la Cour a entendu la première affaire *Sauvé*, [1993] 2 R.C.S. 438 (la « première affaire *Sauvé* »), mais comme il ne s’appliquait pas aux circonstances du pourvoi, la Cour ne s’est pas prononcée à son sujet.

Les intimés ont reconnu que l’al. 51e) de la Loi portait atteinte à l’art. 3 de la *Charte*. Je tiens à faire une mise en garde quant à l’opportunité d’un tel aveu. Les tribunaux peuvent en effet perdre le bénéfice de l’échange fructueux qui se produit le plus souvent à cette étape initiale de l’analyse, lorsqu’il s’agit de délimiter la portée du droit en tenant compte, tout particulièrement, des contextes historique et philosophique. Les facteurs contextuels examinés dans le cadre de la portée du droit revêtent une grande importance, car ils « animent » clairement les dernières étapes de l’analyse explicitée dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 : voir le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Renvoi* :

(as she then was) in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 182. The following comment, which I shared with L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. in *Sharpe*, *supra*, at para. 151, is equally apposite here: "it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) as it applies in this case".

IV. Section 1 of the Charter

A) *Oakes: Flexibility and Context*

79

To decide whether the limit upon the s. 3 *Charter* right found in s. 51(e) of the Act is justified, one must determine whether it constitutes a "reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society". Pursuant to the test formulated in *Oakes*, *supra*, this analysis proceeds in two stages. At the preliminary phase, it must be determined whether the objective behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. At the second stage, we must consider whether the legislative measure chosen is rationally connected to the legislative objective, whether the measure minimally impairs the *Charter* right which has been infringed, and finally whether the effects of the measure are proportional to the significance of the objective and whether the salutary and deleterious effects of the measure are proportional.

80

When engaging in *Charter* analysis, context and flexibility are highly relevant. The need for flexibility in the application of the *Oakes* test was noted by La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

Circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158, p. 182. L'extrait suivant des motifs que j'ai rendus conjointement avec les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache dans *Sharpe*, précité, par. 151, est également à propos : « il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) qui s'applique en l'espèce ».

IV. L'article premier de la Charte

A) *L'arrêt Oakes : la souplesse et le contexte*

Pour décider si la restriction qu'apporte l'al. 51e) de la Loi au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte* est justifiée, il faut se demander si le droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Selon le critère formulé dans *Oakes*, précité, cette analyse comporte deux volets. Tout d'abord, il faut déterminer si l'objectif de la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Deuxièmement, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure législative adoptée et l'objectif en question, si la mesure porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause puis, enfin, s'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l'importance de l'objectif et si les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure sont proportionnés.

Il est très important de tenir compte du contexte et de faire preuve de souplesse en procédant à l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1489-1490, le juge La Forest a signalé la nécessité d'appliquer avec souplesse le critère dégagé dans l'arrêt *Oakes* :

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Dickson C.J. adopted the above passage in his majority reasons in *Keegstra*, *supra*, and he went on to state at pp. 737-38:

. . . I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases . . . The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

Factual, social, historical, and political context provides a backdrop which is essential to develop in order to properly analyse what is at stake in the case of an alleged infringement of a right. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87:

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right. [Emphasis added.]

See also *Sharpe*, *supra*, at paras. 132 and 156.

L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself in *Sharpe*, *supra*, at para. 153, noted that it is by virtue of attention to context that courts come to consider other communal values which must be addressed in s. 1 analysis:

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be

Dans *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a repris cet extrait dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité et il a ajouté aux p. 737-738 :

J'ose espérer qu'il ressort clairement [. . .] que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence [. . .] Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

Le contexte factuel, social, historique et politique constitue une toile de fond qu'il est essentiel de déployer pour analyser convenablement ce qui est en jeu dans une affaire d'atteinte alléguée à un droit. Comme le juge Bastarache l'a signalé dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 :

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

Voir également *Sharpe*, précité, par. 132 et 156.

Dans *Sharpe*, précité, par. 153, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même avons fait remarquer que c'est en portant attention au contexte que les tribunaux en arrivent à tenir compte des autres valeurs collectives dont il faut tenir compte dans l'analyse fondée sur l'article premier :

Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer

sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy.

These other communal values have a legitimate role to play in *Charter* analysis. As stated by Dickson C.J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056: “There are many diverse values that deserve protection in a free and democratic society such as that of Canada, only some of which are expressly provided for in the *Charter*.”

83 In the case at bar, given that the context involves evaluating choices regarding social or political philosophies and relates to shaping, giving expression, and giving practical application to communal values, it is of the utmost significance.

B) *Section 3 is Subject to Section 1*

84 The flexible contextual approach to s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test necessitates that this Court keep in mind first principles. The right to vote for all citizens is clearly encapsulated in s. 3 of the *Charter* and, by the terms of s. 1, it is subject to “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The right, therefore, is not absolute, but is qualified — as are all rights under the *Charter* — by s. 1. A violation of the *Charter* only manifests after the s. 1 inquiry has been entertained, since s. 1 permits and envisions that the rights and freedoms enshrined in the *Charter* are capable of such limitation.

85 An examination of the development of the language of s. 3 when the wording of the *Charter* was being reviewed by the Special Joint Committee on the Constitution evidences Parliament’s intent that s. 3 must be read as subject to s. 1 limitations. Professor P. W. Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), offers the following commentary regarding an earlier version of the language of s. 3, at p. 42-2, fn. 12:

si une atteinte est justifiée au sens de l’article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie.

Ces autres valeurs collectives ont un rôle légitime à jouer dans l’analyse relative à la *Charte*. Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056 : « [i]l existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d’être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d’entre elles sont expressément prévues dans la *Charte* ».

En l’espèce, étant donné que son examen implique l’évaluation de choix concernant différentes philosophies sociales ou politiques et touche au façonnage, à l’expression et à l’application pratique de valeurs collectives, le contexte revêt la plus grande importance.

B) *L’article 3 est subordonné à l’article premier*

L’application contextuelle et souple de l’article premier de la *Charte* et du critère de l’arrêt *Oakes* exige que la Cour garde présents à l’esprit les principes premiers. L’article 3 de la *Charte* accorde clairement le droit de vote à tout citoyen et, vu le libellé de l’article premier, ce droit peut être restreint « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Il s’agit donc d’un droit non pas absolu, mais limité — comme tous les droits garantis par la *Charte* — par l’article premier. On ne peut conclure à une violation de la *Charte* qu’à l’issue de l’analyse fondée sur l’article premier puisque cette disposition autorise et prévoit la restriction d’un droit ou d’une liberté garanti par la *Charte*.

Le libellé de l’art. 3 tel qu’il existait lors de la révision de la *Charte* par le Comité spécial mixte sur la Constitution montre que l’intention du législateur était que cet article soit interprété comme étant subordonné aux restrictions prévues à l’article premier. Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), le professeur P. W. Hogg commente ainsi une version antérieure de l’art. 3 (à la p. 42-2, note 12) :

Section 3 of the Charter was in the October 1980 version in the following terms:

3. Every citizen of Canada has, without unreasonable distinction or limitation, the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The April 1981 version contained the final version of s. 3. In the final version the words “without unreasonable distinction or limitation” are deleted. The reason for the deletion was, no doubt, that the words were redundant having regard to s. 1. [Emphasis added.]

The Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee on the Constitution of Canada, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 43:79 - 43:90, support this statement: that Committee decided to remove the built-in limitation within s. 3 simply because s. 1 was intended to apply to s. 3 and allow demonstrably justifiable limitations to survive constitutional scrutiny.

This general approach to s. 3 does not mean that justificatory concerns play a role in defining the content of s. 3, or that the right to vote necessarily has inherent limitations within it. This proposition was rejected by the majority of this Court in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at paras. 29-32. It does mean that the specific context needs to be brought into the s. 1 *Charter* test for the balancing of interests, since s. 3, like all *Charter* rights, is not absolute. This is similar to the approach advocated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61, where McLachlin J. and Iacobucci J. stressed:

... the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

To graphically illustrate the above as it might be applied to prisoners, one may ask the question: could a prisoner argue successfully that, by reason of his incarceration, there was a violation of s. 6(1)

[TRADUCTION] L'article 3 de la Charte, dans sa version d'octobre 1980, est ainsi libellé :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales; ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction.

La version d'avril 1981 correspond au libellé définitif de l'art. 3. L'énoncé « ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction » n'y figure plus. La raison en est sans doute la redondance avec l'article premier. [Je souligne.]

Les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada, fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 43:79 à 43:90, étayaient cette thèse : le Comité a supprimé la restriction prévue à l'art. 3 simplement parce que l'intention du législateur était que l'article premier s'applique à l'art. 3 et permette à une restriction de résister à l'examen constitutionnel lorsque sa justification peut se démontrer.

Cette façon générale d'aborder l'art. 3 ne signifie pas que les préoccupations en matière de justification jouent un rôle dans la définition de la teneur de l'art. 3 ou que le droit de vote comporte nécessairement des restrictions inhérentes. La Cour à la majorité a d'ailleurs écarté cette possibilité dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 29-32. Elle signifie que le contexte particulier de l'espèce doit être soumis à l'analyse fondée sur l'article premier pour la pondération des intérêts en cause, étant donné que, à l'instar de tous les droits garantis par la *Charte*, celui conféré à l'art. 3 n'est pas absolu. Cette démarche s'apparente à celle préconisée dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61, où le juge McLachlin et le juge Iacobucci ont souligné :

... l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

La question suivante illustre bien l'application de ce qui précède aux faits de l'espèce : un prisonnier pourrait-il convaincre une cour de justice que son incarceration porte atteinte au par. 6(1) de la *Charte*,

of the *Charter*, which guarantees that “[e]very citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada”? It would border on the ludicrous to suggest that a limitation on this right was not possible under s. 1 of the *Charter*.

qui prévoit que « [t]out citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir »? Laisser entendre que la restriction de ce droit n’est pas possible en application de l’article premier de la *Charte* frôlerait le ridicule.

88 In the same vein, what of the s. 3 *Charter* guarantee that every citizen has a right to be qualified for membership in the House of Commons? Must a prisoner have the right to stand as a candidate? Were an incarcerated offender to be elected, would he or she have a right to be released from prison to take up that representative role?

Dans le même ordre d’idée, qu’en est-il de l’éligibilité de tout citoyen aux élections législatives fédérales garantie à l’art. 3? Un prisonnier doit-il avoir le droit de se porter candidat? S’il était élu, aurait-il droit à une mise en liberté pour exercer sa fonction de député?

89 To construe s. 3 as an absolute right presents other problems. For example, currently only persons of the age of 18 or older are permitted to vote. How, then, can there be a justification for denying the vote to a politically mature 16 or 17 year-old? To justify this line, would Parliament have to resort to the argument that persons below the age of majority are not, in some sense, citizens in the fullest sense? The answer must simply lie in the fact that s. 1 allows Parliament to make such choices as long as they are rational and reasonable limitations which are justified in a free and democratic society.

Tenir pour absolu le droit garanti à l’art. 3 soulève d’autres problèmes. Par exemple, seules les personnes âgées de 18 ans ou plus sont actuellement habiles à voter. Comment peut-on alors justifier qu’un jeune de 16 ou 17 ans sensibilisé aux questions politiques soit privé du droit de vote? Pour justifier cette restriction, le législateur devrait-il faire valoir que, d’une certaine manière, les mineurs ne sont pas des citoyens à part entière? La solution doit simplement s’appuyer sur le fait que l’article premier autorise le législateur à faire de tels choix, à condition que les restrictions soient rationnelles et raisonnables et puissent être justifiées dans le cadre d’une société libre et démocratique.

C) *Justification Under Section 1 Where the Context Involves Competing Social or Political Philosophies*

C) *La justification en application de l’article premier en présence de philosophies sociales ou politiques opposées*

90 Generally, the result of a concession of a breach of a right is that the burden for justifying the infringement falls to the Crown. With regard to the standard of proof for s. 1 analysis, the civil standard of the balance of probabilities applies, and it is important to stress that this standard does not require scientific proof: *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 39. The application of common sense to what is known will suffice, even if this falls short of a scientific standard: *McLachlin J. at para. 137 of RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. Justification can be based upon reason, logic, common sense, and knowledge of human nature: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 524, referring to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927,

En règle générale, lorsque l’État reconnaît qu’il y a atteinte à un droit, il lui incombe de justifier cette atteinte. La norme de preuve à respecter pour l’analyse fondée sur l’article premier est celle qui s’applique en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités; précisons que, suivant cette norme, aucune preuve scientifique n’est exigée : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 39. L’application du bon sens à ce qui est connu suffit, même si cela ne respecte pas la norme de preuve scientifique : le juge McLachlin, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137. La justification peut s’appuyer sur la raison, la logique, le bon sens et la connaissance de la nature humaine : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 524, où sont cités les

and *Keegstra*, *supra*. In the case at bar, there is very little quantitative or empirical evidence either way. In such cases, the task of justification relates to the analysis of human motivation, the determination of values, and the understanding of underlying social or political philosophies — it truly is justification rather than measurement.

Justifying, therefore, is not a matter of one value clearly prevailing over the other, but is rather a matter of developing the significance of the values being dealt with and asking whether Parliament, in its attempt to reconcile competing interests, has achieved a rational and reasonable balance. Proportionality, in the context of *Charter* analysis, does not mean a perfect solution, as any balance arising from competing interests will involve preferring one value over the other to some extent.

As emerges from the submissions before this Court, there seem generally to be two options available for dealing with the issue at hand. The first, that chosen by the Chief Justice, is to prefer an inclusive approach to democratic participation for serious criminal offenders incarcerated for two years or more. This view locates democratic participation as a central dimension of rehabilitation, insofar as the incarcerated offenders remain citizens with the fullest exercise of their democratic rights. By the same token, the unrestricted franchise enhances democratic legitimacy of government, and confirms or enhances the citizenship or standing of prisoners in society. To do otherwise, it is suggested, undermines the “dignity” or “worth” of prisoners. The alternative view, adopted by Parliament, considers that the temporary suspension of the prisoner’s right to vote, in fact, enhances the general purposes of the criminal sanction, including rehabilitation. It does so by underlining the importance of civic responsibility and the rule of law. This approach sees the temporary removal of the vote as a deterrent to offending or re-offending and the return of the vote as an inducement to reject further criminal conduct. In withdrawing for a time one expression of political participation concurrently with personal freedom,

arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité. En l’espèce, la preuve quantitative ou empirique étayant l’une ou l’autre des thèses avancées est très mince. En pareil cas, la démarche de justification tient à l’analyse de la motivation humaine, à la détermination de valeurs et à la compréhension des philosophies sociales ou politiques sous-jacentes; il s’agit vraiment d’une justification, et non d’un calcul.

La justification ne consiste donc pas à établir qu’une valeur l’emporte clairement sur une autre, mais bien à dégager la signification des valeurs en cause et à se demander si le législateur, afin de concilier des intérêts opposés, a réalisé un équilibre à la fois rationnel et raisonnable. Dans le contexte de l’analyse fondée sur la *Charte*, la proportionnalité ne s’entend pas d’une solution parfaite; puisque toute pondération d’intérêts opposés implique qu’une valeur est jusqu’à un certain point privilégiée par rapport à une autre.

Dans l’ensemble, il semble ressortir des arguments présentés à la Cour deux démarches permettant de trancher la question que soulève le présent pourvoi. La première, celle choisie par le Juge en chef, peut être qualifiée d’inclusive et reconnaît à l’auteur d’un acte criminel grave incarcéré pour deux ans ou plus le droit de prendre part au processus démocratique. Elle situe la participation démocratique au cœur de la réadaptation, dans la mesure où le détenu demeure un citoyen apte à exercer pleinement ses droits démocratiques. De ce fait, le droit de vote sans restriction renforce la légitimité du gouvernement et confirme ou rehausse la qualité de citoyen du prisonnier ou sa position sociale. Les tenants de cette démarche laissent entendre que, s’il en était autrement, la « dignité » ou la « valeur » des prisonniers serait compromise. Selon l’autre point de vue, adopté par le législateur, le retrait temporaire du droit de vote au prisonnier favorise, en fait, la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale, y compris la réadaptation, car il souligne l’importance de la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Selon ses tenants, la perte temporaire du droit de vote serait de nature à décourager la commission d’une infraction ou la récidive, et la perspective de le recouvrer inciterait le détenu

the significance of both are enhanced. Rather than undermine the dignity or worth of prisoners, the removal of their vote takes seriously the notion that they are free actors and attaches consequences to actions that violate certain core values as expressed in the *Criminal Code*.

à renoncer à l'activité criminelle. L'exclusion temporaire d'une forme de participation politique jumelée à la privation de liberté accroît la signification de l'une et de l'autre. Loin de saper la dignité ou la valeur des prisonniers, le retrait du droit de vote renforce la notion que ce sont des personnes libres de leurs actes et attache des conséquences aux actions qui violent certaines valeurs fondamentales exprimées dans le *Code criminel*.

93

Both of these approaches, however, entail accepting logically prior political or social philosophies about the nature and content of the right to vote. The former approach, that accepted by the reasons of the Chief Justice, entails accepting a philosophy that preventing criminals from voting does damage to both society and the individual, and undermines prisoners' inherent worth and dignity. The latter approach also entails accepting a philosophy, that not permitting serious incarcerated criminals to vote, is a social rejection of serious crime which reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. Both of these social or political philosophies, however, are aimed at the same goal: that of supporting the fundamental importance of the right to vote itself. Further, both of these social or political philosophies are supported by the practices of the various Canadian provinces, the practices of other liberal democracies, and academic writings. Finally, neither position can be proven empirically — rather, the selection of one over the other is largely a matter of philosophical preference. What is key to my approach is that the acceptance of one or the other of these social or political philosophies dictates much of the constitutional analysis which ensues, since the reasonableness of any limitation upon the right to vote and the appropriateness of particular penal theories and their relation to the right to vote will logically be related to whether or not the justification for that limitation is based upon an “acceptable” social or political philosophy.

Toutefois, ces deux démarches supposent logiquement que l'on adhère préalablement à une philosophie politique ou sociale donnée concernant la nature et la teneur du droit de vote. La première, celle acceptée par le Juge en chef, suppose l'adhésion au principe selon lequel le fait d'empêcher des criminels de voter porte préjudice tant à la société qu'à la personne et sape la valeur et la dignité intrinsèques des prisonniers. La seconde s'appuie également sur un principe philosophique : priver du droit de vote un détenu ayant perpétré un acte criminel grave emporte la réprobation sociale de cet acte. Il s'agit de l'application d'un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre les individus et la collectivité. Cependant, ces deux philosophies sociales ou politiques ont le même objectif : affirmer l'importance fondamentale du droit de vote comme tel. En outre, elles trouvent toutes deux des appuis dans les pratiques suivies dans différentes provinces canadiennes et dans d'autres démocraties libérales, ainsi que dans les traités de doctrine. Enfin, aucune de ces deux positions ne peut être prouvée empiriquement. Le choix de l'une plutôt que l'autre tient essentiellement à une préférence philosophique. L'élément clé de mon raisonnement est que l'adhésion à l'une ou l'autre philosophie sociale ou politique détermine en grande partie l'analyse constitutionnelle qui s'ensuit, car le caractère raisonnable de toute restriction du droit de vote et la pertinence de certaines théories pénales et leur lien avec le droit de vote dépendront logiquement de la question de savoir si la justification de la restriction se fonde sur une philosophie sociale ou politique « acceptable ».

94

The reasons of the Chief Justice hold, at para. 18, that the challenge of the government is to present a

Au paragraphe 18 de ses motifs, le Juge en chef dit que le défi pour le gouvernement est de

justification that is “convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has”. I agree with this test, subject only to a recognition that as the context of the case at bar involves evaluating competing social or political philosophies, the analysis runs the risk of lapsing into the realm of *ipse dixit*. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration.

The reasons of the Chief Justice apply something seemingly more onerous than the “justification” standard referred to just above. She describes the right to vote as a “core democratic right” and suggests that its exemption from the s. 33 override somehow raises the bar for the government in attempting to justify its restriction (paras. 13 and 14). This altering of the justification standard is problematic in that it seems to be based upon the view that there is only one plausible social or political philosophy upon which to ground a justification for or against the limitation of the right. This approach, however, is incorrect on a basic reading of s. 1 of the *Charter*, which clearly does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society.

The analysis cannot be skirted by qualifying the right to vote as a core democratic right. It does not follow from the fact that Parliament is denied the authority to remove or qualify the right to vote in its sole discretion under s. 33 that limitations on that right may not be justified under s. 1, or that a more onerous s. 1 analysis must necessarily apply. Constitutional writers and commentators point out that s. 33 was a political compromise, meant to bring together provinces opposed to the

présenter une justification qui soit « convaincante, c’est-à-dire qu’il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l’État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question ». Je souscris à cette norme. Je signale cependant que, comme le contexte en l’espèce exige l’appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées, l’analyse comporte le risque que l’on s’en remette à de simples assertions (*ipse dixit*). Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l’article premier est le caractère raisonnable.

Dans ses motifs, le Juge en chef applique une norme qui semble plus exigeante que celle de la « justification » mentionnée précédemment. Elle décrit le droit de vote comme étant un « droit démocratique fondamental » et laisse entendre que le fait qu’il ne puisse faire l’objet d’une dérogation fondée sur l’art. 33 place en quelque sorte la barre haute pour le gouvernement lorsque vient le temps d’en justifier la restriction (par. 13 et 14). L’adoption de cette nouvelle norme de justification est problématique en ce sens qu’elle paraît fondée sur l’avis qu’une seule philosophie sociale ou politique plausible est susceptible de justifier la restriction ou la non-restriction du droit. Elle est erronée au vu du libellé de l’article premier de la *Charte*. Il est clair que cette disposition n’oblige pas le législateur ni n’autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d’annuler une restriction qui n’est pas raisonnable et qui ne peut être justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

On ne peut éluder l’analyse en qualifiant le droit de vote de droit démocratique fondamental. Le fait que le Parlement n’a pas le pouvoir de retirer le droit de vote ou de l’assortir de conditions à sa seule discrétion selon l’art. 33 ne signifie pas qu’il est impossible de justifier une restriction à ce droit en vertu de l’article premier ni qu’il faut absolument appliquer un critère de justification plus strict pour une analyse fondée sur l’article premier. Des auteurs et commentateurs constitutionnels ont fait

entrenchment of constitutional rights, with those in favour: P. Macklem et al., *Canadian Constitutional Law* (2nd ed. 1997), at pp. 597 and 646. Indeed Macklem et al. write at p. 597: “Added to the Charter at the last moment, this controversial provision captured the final political compromise among the provinces and federal government that facilitated the adoption of the Charter”. There is little evidence of the intention behind excluding democratic rights (along with mobility rights, language rights, and enforcement provisions) from the ambit of s. 33, nor has this Court ever seriously considered the significance of such exclusion. The Chief Justice’s conclusion at para. 11 that “[t]he framers of the *Charter* signaled the special importance of this right . . . by exempting it from legislative override . . .” requires examination before it can be used as support for nearly insulating the right to vote from s. 1 limitations. In fact, s. 33 and s. 1 are clearly different in their purpose, and the *Charter* clearly distinguishes their application to the right to vote. It does not behoove the Court to read s. 33 into s. 3 by finding in s. 3, when divorced from s. 1, the statement of a political philosophy which preempts another political philosophy which is reasonable and justified under the latter section. The *Charter* was not intended to monopolize the ideological space.

remarquer que l’art. 33 représentait un compromis politique, destiné à rapprocher les provinces hostiles à la consécration des droits constitutionnels et celles qui étaient en sa faveur : P. Macklem et autres, *Canadian Constitutional Law* (2^e éd. 1997), p. 597 et 646. Voici ce qui est écrit à la p. 597 : [TRADUCTION] « Ajoutée à la Charte au dernier moment, cette disposition controversée représente le compromis politique de dernière heure entre les provinces et le gouvernement fédéral qui a facilité l’adoption de la Charte ». Il existe peu de preuve de l’intention du législateur quant à l’exclusion des droits démocratiques (au même titre que la liberté de circulation et d’établissement, les droits linguistiques et les dispositions sur les recours) du champ d’application de l’art. 33. Par ailleurs, la Cour n’a jamais sérieusement examiné l’importance d’une telle exclusion. La conclusion du Juge en chef au par. 11 selon laquelle « [l]es rédacteurs de la *Charte* ont souligné l’importance privilégiée que revêt ce droit [. . .] en le soustrayant à l’application de l’art. 33 (clause de dérogation) » doit faire l’objet d’un examen avant que l’on puisse l’invoquer pour quasiment isoler le droit de vote des restrictions prévues à l’article premier. En fait, l’art. 33 et l’article premier ont des objets manifestement différents, et la *Charte* établit une distinction claire quant à leur application au droit de vote. Il n’appartient pas à la Cour d’interpréter l’art. 3 en fonction de l’art. 33 en trouvant dans l’art. 3, pris indépendamment de l’article premier, l’énoncé d’une philosophie politique qui en écarte une autre, raisonnable et justifiée en vertu de l’article premier. La *Charte* n’a pas été conçue en vue de monopoliser l’espace idéologique.

97

There is a flaw in an analysis which suggests that because one social or political philosophy can be justified, it necessarily means that another social or political philosophy is not justified: in other words, where two social or political philosophies exist, it is not by approving one that you disprove the other. Differences in social or political philosophy, which result in different justifications for limitations upon rights, are perhaps inevitable in a pluralist society. That having been said, it is only those limitations which are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society which are unconstitutional. Therefore, the most significant analysis in

Est vicié le raisonnement selon lequel, lorsqu’une philosophie sociale ou politique peut être justifiée, il s’ensuit nécessairement qu’une autre ne l’est pas. En d’autres termes, en présence de deux philosophies sociales ou politiques, l’approbation de l’une n’emporte pas la réfutation de l’autre. Les divergences philosophiques d’ordre social ou politique qui donnent lieu à différentes justifications de restrictions apportées à des droits sont peut-être inévitables dans une société pluraliste. Cela dit, seules sont inconstitutionnelles les restrictions qui ne sont pas raisonnables ou dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et

this case is the examination of the social or political philosophy underpinning the justification advanced by the Crown. This is because it will indicate whether the limitation of the right to vote is reasonable and is based upon a justification which is capable of being demonstrated in a free and democratic society. If the choice made by Parliament is such, then it ought to be respected. The range of choices made by different legislatures in different jurisdictions, which I will review below, supports the view that there are many resolutions to the particular issue at bar which are reasonable; it demonstrates that there are many possible rational balances.

The role of this Court, when faced with competing social or political philosophies and justifications dependent on them, is therefore to define the parameters within which the acceptable reconciliation of competing values lies. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether or not the policy position chosen is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*. This was the view advanced by Linden J.A. for the Court of Appeal ([2000] 2 F.C. 117, at para. 60):

Whether paragraph 51(e) of the Act is good penal policy or good public policy is not at issue in this appeal. It is not the role of this Court to decide what works with regard to penal policy and what does not. It is not the role of this Court to determine what theories of penology should be adopted by our elected legislatures. This case is about what, if anything, Parliament may or may not do to interfere with prisoner voting rights within the bounds of section 1 of the Charter. At issue is whether the statutory prohibition is sufficiently tailored and appropriately proportional, or whether Parliament must try again to fashion a still narrower bar, adopt a different approach, or abandon the objective altogether. [Emphasis in original.]

This Court has often affirmed this view that courts must be cautious not to unduly interfere in decisions which involve the balancing of conflicting policy considerations: see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, per Le Dain J., at p. 392; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, per La Forest J., at pp. 522-23;

démocratique. En conséquence, l'analyse la plus déterminante en l'espèce est celle portant sur la philosophie sociale ou politique qui sous-tend la justification invoquée par le ministère public. Cette analyse permettra en effet de déterminer si la restriction du droit de vote est raisonnable et fondée sur une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si tel est le cas de la restriction en cause, le choix du législateur doit être respecté. On peut donc conclure, à partir des solutions retenues dans différents ressorts et dont il est question ci-après, qu'il y a de nombreuses manières raisonnables de régler la question en litige, les dosages rationnels possibles étant multiples.

Face à des philosophies sociales ou politiques opposées et à des justifications fondées sur elles, la Cour est donc appelée à définir les paramètres d'une conciliation acceptable des différentes valeurs en cause. La Cour n'a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu'autorise la *Charte*, celle qu'il a adoptée est acceptable. C'est le point de vue qu'a exprimé le juge Linden, au nom de la Cour d'appel fédérale ([2000] 2 C.F. 117, par. 60) :

L'appel ne porte pas sur la question de savoir si l'alinéa 51e) constitue une politique pénale ou gouvernementale valable. Il n'appartient pas à la Cour de décider ce qui convient ou non sur le plan de la politique pénale. Il n'est pas de son ressort de déterminer quelles théories de la science pénale devraient être retenues par nos législatures élues. L'instance porte sur les mesures attentatoires au droit de vote des prisonniers que le Parlement est autorisé ou non à prendre, le cas échéant, en regard de l'article premier de la Charte. La question à trancher est celle de savoir si l'interdiction légale est suffisamment adaptée et bien proportionnée à son objectif, ou si le Parlement doit tenter d'édicter une autre interdiction de portée plus restreinte, adopter une approche différente ou renoncer carrément à son objectif. [Souligné dans l'original.]

La Cour a dit à maintes reprises que les tribunaux devaient éviter toute ingérence indue dans des décisions comportant de la pondération de considérations de principe opposées : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge Le Dain, p. 392; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, le juge

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources), [1989] 2 S.C.R. 49, per Dickson C.J., at pp. 90-92.

D) *Symbolic Arguments and Evidentiary Problems*

99

A subject that is related to and follows from the above discussion concerning the evaluation of competing social or political philosophies is the role of symbolic arguments in *Charter* adjudication. In the context of the *Charter* analysis, it is important not to downplay the importance of symbolic or abstract arguments. Symbolic or abstract arguments cannot be dismissed outright by virtue of their symbolism: many of the great principles, the values upon which society rests, could be said to be symbolic. In fact, one of the more important dimensions of s. 3 of the *Charter* is clearly its symbolism: the affirmation of political equality reflected in all citizens being guaranteed the right to vote, subject only to reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society. The case at bar concerns debates about symbolism, as the arguments involved relate to abstract concepts such as democracy, rights, punishment, the rule of law and civic responsibility. To choose a narrow reading of rights over the objectives advanced by Parliament is to choose one set of symbols over another.

100

In her reasons, the Chief Justice claims at para. 16 that Parliament is relying on “lofty objectives”, and suggests at para. 23 that the presence of “symbolic and abstract” objectives is problematic. However, the reasons of the Chief Justice have the very same objective — to protect the value of the right to vote and the rule of law — and rely on equally vague concepts. Breaking down the meaning and value of the right to vote, one is unavoidably led to abstract and symbolic concepts such as the rule of law, the legitimacy of law and government, and the meaning of democracy. The Chief Justice discusses these concepts at length, along with theories of

La Forest, p. 522-523; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, le juge en chef Dickson, p. 90-92.

D) *Les arguments symboliques et les problèmes de preuve*

L'exposé qui précède concernant l'appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées soulève la question du rôle des arguments symboliques dans le cadre d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans ce contexte, il importe de ne pas minimiser l'importance des arguments symboliques ou abstraits. La nature de ces arguments ne justifie pas leur rejet pur et simple : bon nombre des grands principes et des valeurs sur lesquels repose notre société pourraient être qualifiés de symboliques. En fait, ce qui caractérise le plus l'art. 3 de la *Charte* est certainement son caractère symbolique : l'affirmation de l'égalité politique se traduisant par l'octroi du droit de vote à tous les citoyens, sous réserve uniquement d'une restriction 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. Bon nombre des arguments formulés en l'espèce portent sur le symbolisme en ce sens qu'ils comportent des notions abstraites comme la démocratie, les droits, la punition, la primauté du droit et la responsabilité du citoyen. Opter pour une interprétation stricte des droits au détriment des objectifs avancés par le législateur, c'est opter pour un ensemble de symboles au détriment d'un autre.

Dans ses motifs, le Juge en chef soutient au par. 16 que le législateur s'appuie sur de « nobles objectifs » et laisse entendre au par. 23 que la présence d'objectifs « symboliques et abstraits » est problématique. Pourtant les motifs du Juge en chef ont exactement le même objectif — protéger la valeur du droit de vote et la primauté du droit — et reposent sur des notions tout aussi vagues. Pour cerner la signification et la valeur du droit de vote, on doit nécessairement recourir à des concepts abstraits et symboliques, tels la primauté du droit, la légitimité du droit et du gouvernement ainsi que la signification de la démocratie. Le Juge en chef analyse

individual motivation. For instance, relying on the philosopher J. S. Mill, she suggests at para. 38 that “[t]o deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility”. This type of statement is as symbolic, abstract and philosophical as the government’s claim that denying serious incarcerated criminals the right to vote will strengthen democratic values and social responsibility.

Most of the evidence in this case is that of expert opinions on the matters of political theory, moral philosophy, philosophy of law, criminology, correctional policy, and penal theory. I would suggest distinguishing between two kinds of expert evidence in this case. First, there is very limited social scientific evidence, e.g. in the field of criminology, that seeks to establish the practical or empirical consequences of maintaining or lifting the ban on prisoner voting. Second, there is copious expert testimony in the nature of legal and political philosophy. I do not think that the Court need necessarily defer to this second type of expertise, or take into account the “skill” and “reputation” of the experts in weighing this evidence (as the trial judge purported to do at [1996] 1 F.C. 857, at pp. 865-66). First, most if not all of the philosophers or theorists on which these experts rely never in fact even addressed the specific issue of prisoner enfranchisement or disenfranchisement. Second, legal theory expert testimony in this context essentially purports to justify axiomatic principles. Therefore, these arguments are either persuasive or not. In this context, it is appropriate for courts to look not only to such theoretical arguments but also beyond, to factors such as the extent of public debate on an issue, the practices of other liberal democracies and, most especially, to the reasoned view of our democratically elected Parliament.

The evidence in this case, offered by both the appellants and the Crown, is abstract and symbolic and does not lend itself to being easily demonstrated.

longuement ces concepts, se fondant sur des théories de la motivation individuelle. Ainsi, citant le philosophe J. S. Mill au par. 38, elle écrit que « [p]river les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. » Ce genre de déclaration est aussi symbolique, abstrait et philosophique que la thèse du gouvernement, à savoir que le retrait du droit de vote aux détenus ayant commis des actes criminels graves renforcera les valeurs démocratiques et la responsabilité sociale.

En l’espèce, la preuve est constituée principalement d’avis d’experts en matière de théorie politique, d’éthique, de philosophie du droit, de criminologie, de principes correctionnels et de théorie pénale. Il convient, selon moi, de regrouper ces éléments de preuve dans deux catégories. Premièrement, la preuve relevant des sciences sociales, notamment de la criminologie, et tendant à établir les conséquences pratiques ou empiriques de l’habilité ou de l’inhabilité des détenus à voter est très ténue. Deuxièmement, la preuve d’expert est abondante dans le domaine de la philosophie du droit et de la philosophie politique. Je ne crois pas que la Cour doive nécessairement s’en remettre à cette seconde catégorie ou tenir compte de la « compétence » ou de la « renommée » des experts pour soupeser cette preuve (comme le juge de première instance a dit le faire ([1996] 1 C.F. 857, p. 865-866)). Tout d’abord, la plupart des philosophes ou des théoriciens, sinon tous, sur lesquels s’appuient ces experts, n’abordent en fait jamais la question précise du droit de vote des prisonniers. D’autre part, le témoignage d’un théoricien du droit vise essentiellement, dans ce contexte, à justifier des énoncés axiomatiques. Ces arguments sont donc convaincants ou non. Dans ce contexte, les tribunaux doivent tenir compte non seulement de ces arguments théoriques, mais également de facteurs comme l’importance du débat public que suscite une question, les solutions appliquées dans d’autres démocraties libérales et, surtout, l’opinion éclairée de notre Parlement démocratiquement élu.

La preuve offerte tant par les appelants que par le ministère public est abstraite et symbolique et son caractère probant n’est pas facile à établir. Par

For example, it was submitted before this Court that the Crown ought to have to demonstrate actual benefits or actual effectiveness of the provision which Parliament has chosen. On the facts, this is a nearly impossible task. The same demand, however, if made with regard to the effectiveness of the *Criminal Code* in general or in its specific provisions, would raise similar challenges: can it be shown that the *Criminal Code* is generally effective? It is as if to say that because there are still criminals, we ought to do away with the *Criminal Code*, because the existence of crime itself points towards an effectiveness problem. Symbolic or abstract arguments must be examined seriously for what they are, because that is effectively all that is before this Court. Further, one must not deny that the choices between and the interpretation of these symbolic or abstract arguments are clearly connected to significant concrete effects.

103

A key justification before this Court, to be analysed in depth below, is that serious crime reflects contempt for the rule of law and a rejection of the basis for the operation of a free and democratic society. This, if it is symbolic or abstract, reflects a core value of the community, a value that is reflected throughout the *Criminal Code* and in the provision before us today. As will be argued below, this value is based on a reasonable social or political philosophy. Temporarily removing the vote from serious criminal offenders while they are incarcerated is both symbolic and concrete in effect. Returning it on being released from prison is the same.

E) “Dialogue” and Deference

104

Linden J.A., in the Federal Court of Appeal below, stressed the importance of deference to Parliament. In para. 56 of his reasons, he stated:

This case is another episode in the continuing dialogue between courts and legislatures on the issue of prisoner voting. In 1992 and 1993, two appeal courts and the Supreme Court of Canada held that a blanket disqualification of prisoners from voting, contained in earlier legislation which was challenged, violated section 3 of the Charter and could not be saved by section 1 of

exemple, on a fait valoir devant la Cour qu’il incombe au ministère public de faire la preuve de l’efficacité ou des avantages réels de la disposition pour laquelle le législateur a opté. Vu les circonstances de l’espèce, il s’agit presque d’une mission impossible. Cependant, si elle visait l’efficacité du *Code criminel* en général, ou de certaines de ses dispositions, cette exigence poserait la même difficulté : peut-on établir l’efficacité générale du *Code criminel*? C’est comme dire : puisqu’il y a encore des criminels, il faut abroger le *Code criminel*, la persistance de la criminalité faisant ressortir son inefficacité. Les arguments symboliques ou abstraits doivent faire l’objet d’un examen sérieux, compte tenu de leur nature, parce qu’ils constituent en fait toute la preuve dont dispose la Cour. De plus, il faut reconnaître que l’interprétation de ces arguments et l’adhésion à l’un d’eux ont manifestement des conséquences importantes sur le plan pratique.

La principale justification avancée en l’espèce, qui fait l’objet d’une analyse approfondie ci-après, est que les actes criminels graves traduisent le mépris de la primauté du droit et le rejet des assises d’une société libre et démocratique. Cet argument, s’il est symbolique ou abstrait, reflète une valeur fondamentale de la collectivité, une valeur qui imprègne toutes les dispositions du *Code criminel*, de même que la disposition contestée en l’espèce. Comme je vais m’employer à le démontrer, cette valeur se fonde sur une philosophie sociale ou politique raisonnable. Priver du droit de vote l’auteur d’un acte criminel grave pour la durée de son incarcération a un effet à la fois symbolique et tangible. Lui rendre ce droit à sa sortie de prison a le même effet.

E) « Le dialogue » et la retenue

Le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a souligné l’importance de faire preuve de retenue vis-à-vis des décisions du Parlement. Voici ce qu’il dit au par. 56 de ses motifs :

L’instance représente un nouvel épisode du dialogue incessant entre les tribunaux et les législatures sur la question du vote des prisonniers. En 1992 et 1993, deux tribunaux d’appel et la Cour suprême du Canada ont statué que l’incapacité générale des prisonniers à voter, prévue par l’ancienne loi alors contestée, contrevenait à l’article 3 de la Charte et ne pouvait être validée par

the Charter. Parliament responded to this judicial advice by enacting legislation aimed at accomplishing part of its objectives while complying with the Charter. That legislation, which is being challenged in this case, disqualifies from voting only prisoners who are serving sentences of two years or more. [Footnotes omitted.]

This Court has stressed the importance of “dialogue” in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 138-39, and in *Mills, supra*, at paras. 20, 57 and 125. (See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) I am of the view that since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping, giving expression, and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, “dialogue” is of particular importance. In my view, especially in the context of the case at bar, the heart of the dialogue metaphor is that neither the courts nor Parliament hold a monopoly on the determination of values. Importantly, the dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends; the court lets Parliament have the last word and does not substitute Parliament’s reasonable choices with its own.

Linden J.A. stressed the need for deference to Parliament’s having chosen to draw a particular line regarding which criminal offences are serious enough to warrant the loss of the vote. I suggest that regardless of the relationship between the timing of the Royal Assent to the modifications to s. 51(e) of the Act and the decision of this Court in the first *Sauvé* case, there has been, generally, “dialogue” undertaken between the courts and Parliament. “Dialogue” has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the decision of the Court of Appeal below, an evaluation of the

l’article premier de la Charte. Le Parlement a réagi à cette opinion judiciaire en édictant des dispositions législatives visant à réaliser en partie ses objectifs, tout en respectant la Charte. Ces dispositions, qui sont contestées en l’espèce, ne privent du droit de vote que les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus. [Notes omises.]

La Cour a souligné l’importance du « dialogue » dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 138-139, et *Mills*, précité, par. 20, 57 et 125. (Voir également P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d’être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, j’estime que le « dialogue » s’impose tout particulièrement en l’espèce. À mon sens, surtout dans les circonstances de l’espèce, la métaphore du dialogue signifie que ni les tribunaux ni le Parlement n’ont le monopole de la détermination des valeurs. L’important est que la métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l’article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l’article premier, a convaincu le tribunal qu’il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, le « dialogue » prend fin; les tribunaux reconnaissent que le dernier mot appartient au Parlement et ne substituent pas leur choix aux choix raisonnables du législateur.

Le juge Linden a insisté sur la nécessité de respecter la limite fixée par le législateur quant aux actes criminels qui sont suffisamment graves pour justifier le retrait du droit de vote. Que l’on puisse ou non établir une corrélation entre la date de la sanction royale des modifications apportées à l’al. 51e) de la Loi et l’arrêt de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, un « dialogue » a généralement eu lieu entre les tribunaux et le législateur. Il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d’appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question

nature of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind, including: *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.), rev'g [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.); *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287 (T.D.); *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (Man. Q.B.), aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (Man. C.A.); *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (Q.B.), rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), rev'd (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151 (T.D.), aff'd [1992] 2 F.C. 440 (C.A.). What is also particularly relevant is that s. 51(e) of the Act received Royal Assent on May 6, 1993, well after both the Ontario Court of Appeal handed down its decision in the first *Sauvé* case (March 25, 1992) and the Federal Court of Appeal handed down its decision in *Belczowski* (February 17, 1992).

de l'inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet, dont : *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), inf. [1984] 1 C.F. 1119 (1^{re} inst.); *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287 (1^{re} inst.); *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.), conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (C.A. Man.); *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (B.R.), inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151 (1^{re} inst.), conf. par [1992] 2 C.F. 440 (C.A.). Un autre facteur fort pertinent est que l'al. 51e) de la Loi a obtenu la sanction royale le 6 mai 1993, soit bien après que la Cour d'appel de l'Ontario eut rendu sa décision dans la première affaire *Sauvé* (25 mars 1992) et que la Cour d'appel fédérale eut prononcé l'arrêt *Belczowski* (17 février 1992).

106 I note as well that a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, the "Lortie Commission", was established in November 1989. The Final Report of that Commission was submitted to Cabinet in November 1991. That report canvassed specifically the issue of the disqualification of certain groups of voters, including prison inmates.

Je remarque par ailleurs que la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, la « Commission Lortie », a été mise sur pied en novembre 1989. Elle a présenté son rapport final au Cabinet en novembre 1991. Dans ce rapport, elle analysait précisément la question du retrait du droit de vote à certaines catégories d'électeurs, dont les prisonniers.

107 To repeat: deference does not mean that this Court must not rigorously examine the justifications presented by the Crown for s. 51(e) of the Act. As Iacobucci J. noted in his partial dissent in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 221: "While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights." This point was also discussed by McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 136, explaining that there is a fine line between the appropriateness

Je le répète : la retenue judiciaire ne signifie pas que la Cour ne doit pas examiner rigoureusement les justifications présentées par le ministère public à l'appui de l'al. 51e) de la Loi. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci, dissident en partie, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 221, « [q]uoi qu'il convienne de faire montre de déférence, notre Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte* ».

of deference and the role of this Court to safeguard *Charter* rights:

... care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

Most basically, what the commentary regarding "dialogue" and deference goes to in this case is keeping in mind the importance of what was discussed above regarding the existence of competing social or political philosophies when embarking upon flexible and contextual s. 1 *Charter* analysis. In the specific factual context of the case at bar, I think that this challenge was well summarized by Lord Justice Kennedy in a recent case from the United Kingdom regarding prisoner disenfranchisement in the context of the U.K.'s incorporation in the *Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (also known as the *European Convention on Human Rights* ("ECHR")), 213 U.N.T.S. 221. In *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), Lord Justice Kennedy stated, at para. 23:

As Parliament has the responsibility for deciding what shall be the consequences of conviction by laying down the powers and duties of a sentencing tribunal or other body it necessarily follows that lines have to be drawn,

Le juge McLachlin s'est également prononcée sur la question dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 136, où elle a expliqué qu'il existe un équilibre subtil entre l'opportunité de faire preuve de retenue et le rôle qu'a la Cour de protéger les droits conférés par la *Charte* :

... il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Plus fondamentalement, ce qu'il faut retenir en l'espèce des observations sur le « dialogue » et la retenue judiciaire c'est que, au moment d'entreprendre, de manière souple et contextuelle, l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, il faut se rappeler l'importance des considérations précédentes concernant l'existence de philosophies sociales ou politiques opposées. Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que le lord juge Kennedy a bien résumé cette obligation dans une affaire britannique récente portant sur l'incapacité des détenus à voter au regard de l'intégration dans la loi nationale (la *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, ch. 42) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (également appelée *Convention européenne des droits de l'homme*) (« CEDH »), 213 R.T.N.U. 221. Dans *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), le lord juge Kennedy déclare au par. 23 :

[TRADUCTION] Comme il appartient au Parlement de décider des conséquences d'une déclaration de culpabilité en établissant les attributions et les obligations du tribunal (ou autre organisme) qui inflige la peine, il

and that on subsequent examination a case can be made in favour of the line being drawn somewhere else, but in deference to the legislature courts should not easily be persuaded to condemn what has been done, especially where it has been done in primary legislation after careful evaluation and against a background of increasing public concern about crime.

F) *A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown's Justification for the Limitation of the Section 3 Right*

s'ensuit nécessairement que la ligne de démarcation doit être tracée quelque part et que, lors d'un examen ultérieur, on pourra soutenir que la ligne aurait dû être tracée ailleurs. Cependant, par respect pour le législateur, les tribunaux ne doivent pas se laisser facilement convaincre de condamner une mesure législative, surtout lorsqu'elle a été adoptée dans le cadre d'une loi principale à l'issue d'une évaluation minutieuse et dans le contexte de l'inquiétude croissante de la population face à la criminalité.

F) *Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l'art. 3*

109

What social or political philosophy has motivated Parliament to insist on the temporary disenfranchisement of prisoners? Is it reasonable and rational? I suggest that, in enacting s. 51(e) of the Act and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line. This line reflects a moral statement about serious crime, and about its significance to and within the community. The core of this moral statement is the denunciation of serious crime, serious antisocial acts. Parliament has indicated that criminal conduct of such severity that it warrants imprisonment for a sentence of two years or more also carries with it the disenfranchisement of the offender for the duration of his or her incarceration. Most importantly, as I will develop below, this basis for the Crown's justification is both rational and reasonable.

Quelle philosophie sociale ou politique a amené le Parlement à priver temporairement les prisonniers du droit de vote? Est-elle raisonnable et rationnelle? Selon moi, l'adoption de l'al. 51e) de la Loi et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne. La limite ainsi établie reflète une prise de position morale vis-à-vis des actes criminels graves et de leur signification pour la collectivité. Cette prise de position morale dénonce essentiellement les crimes et les comportements antisociaux graves. Le Parlement a indiqué que le comportement criminel dont la gravité justifie une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus a aussi pour conséquence la privation du droit de vote pour la durée de l'incarcération. Mais surtout, comme je l'explique plus loin, ce fondement de la justification avancée par le ministère public est à la fois rationnel et raisonnable.

110

The fact that the line drawn is related to sentences which flow from the commission of crimes under the *Criminal Code* is of great relevance. As noted above, this Court has held that the *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which society rests: see *Keegstra, supra*, at pp. 769 and 787. Therefore, it is perfectly appropriate to look to these underlying values and their explanation to assist in the seeking of a reconciliation of the competing interests at hand. With regard to importing such values into *Charter* analysis, I refer not only to my discussion above regarding reading s. 3 of the *Charter* with s. 1, but also to the oft-cited statement by Dickson C.J. for the majority in *Slaight Communications, supra*, at p. 1056, that

Le fait que la ligne de démarcation soit tracée en fonction des peines infligées par suite de la perpétration de crimes prévus dans le *Code criminel* est très pertinent. Je le répète, la Cour a statué que le *Code criminel* énonce les valeurs sur lesquelles se fonde notre société : voir *Keegstra*, précité, p. 769 et 787. Il est donc tout à fait opportun de tenir compte de ces valeurs sous-jacentes et de leur raison d'être pour la conciliation des intérêts qui s'opposent en l'espèce. Quant à l'intégration de ces valeurs à l'analyse fondée sur la *Charte*, je renvoie non seulement aux remarques antérieures concernant l'interprétation de l'art. 3 de pair avec l'article premier de la *Charte*, mais également au passage maintes fois cité des motifs

“[t]he underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.”

In my concurring opinion in *Butler, supra*, I discussed the legitimate role of the state to act on the basis of morality. I stated, at p. 522, that “I cannot conceive that the State could not legitimately act on the basis of morality. Since its earliest *Charter* pronouncements, this Court has acknowledged this possibility”. I continued at pp. 523-24:

In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. The guarantees of s. 2 of the *Charter* protect this pluralistic diversity. However, if the holders of these different conceptions agree that some conduct is not good, then the respect for pluralism that underlies s. 2 of the *Charter* becomes less insurmountable an objection to State action In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality. This is also comprised in the phrase “pressing and substantial”.

This view of the role of morality in law has been developed by Professor J. Raz, who states in his book *The Morality of Freedom* (1986), at p. 133, that “. . . it is the goal of all political action to enable individuals to pursue valid conceptions of the good and to discourage evil or empty ones”. I agree with this view. In *Making Men Moral* (1993), at p. 170, Professor R. P. George describes Professor Raz’s view as the following:

. . . political theory cannot prescind from questions of individual morality — it cannot simply leave individual morality to the individual. The principles of political morality are tightly connected to the principles that establish the moral rectitude or culpability of individual action. He [Professor Raz] does not conclude that the state is warranted in enforcing every moral norm; but he does argue that the state cannot adopt a position of neutrality with respect to these norms.

du juge en chef Dickson, s’exprimant au nom des juges majoritaires, dans *Slaight Communications*, précité, p. 1056 : « Les valeurs fondamentales d’une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits ».

Dans *Butler*, précité, je me suis prononcé, dans mes motifs concourants, sur le pouvoir légitime de l’État d’agir en se fondant sur la moralité et j’ai dit à la p. 522 : « je ne puis concevoir que l’État ne puisse légitimement agir en se fondant sur la moralité. Depuis ses premières décisions concernant la *Charte*, la Cour a reconnu cette possibilité ». Puis j’ai ajouté aux p. 523-524 :

Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l’art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu’une conduite donnée n’est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l’art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l’intervention de l’État [. . .] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l’État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l’expression « urgent et réel ».

Le professeur J. Raz a développé cette conception du rôle de la moralité dans le droit. Dans son ouvrage *The Morality of Freedom* (1986), il dit ce qui suit à la p. 133 : [TRADUCTION] « le but de toute action politique est d’inciter les individus à rechercher de justes conceptions du bien et à se détourner des mauvaises ou de celles qui sont creuses ». Je partage ce point de vue. Dans son ouvrage *Making Men Moral* (1993), p. 170, le professeur R. P. George décrit ainsi la thèse du professeur Raz :

[TRADUCTION] . . . la théorie politique ne peut être dissociée des questions de moralité individuelle — elle ne peut pas simplement confier à l’individu le soin de définir la moralité individuelle. Les principes de moralité politique sont étroitement liés aux principes qui établissent la droiture morale ou la responsabilité de chacun vis-à-vis de ses actes. Le professeur Raz ne conclut pas que l’État est justifié d’appliquer toute norme morale; mais il soutient que l’État ne peut être neutre vis-à-vis de ces normes.

111

112

113

In my view, the real challenge is not justifying state activity on the basis of morality in the abstract, but determining which specific moral claims are sufficient to warrant consideration in determining the extent of *Charter* rights. As I quoted in *Butler, supra*, at p. 523, Professor R. Dworkin's *Taking Rights Seriously* (1977) notes, at p. 255, that:

The claim that a moral consensus exists is not itself based on a poll. It is based on an appeal to the legislator's sense of how his community reacts to some disfavored practice. But this same sense includes an awareness of the grounds on which that reaction is generally supported. If there has been a public debate involving the editorial columns, speeches of his colleagues, the testimony of interested groups, and his own correspondence, these will sharpen his awareness of what arguments and positions are in the field. He must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which pre-suppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on.

The issue is therefore identifying what amounts to a fundamental enough conception of morality. In *Butler, supra*, at p. 523, I developed reasoning to assist in such identification. The first inquiry to be satisfied is that the moral claim is grounded, meaning that it "... must involve concrete problems such as life, harm, well-being ... and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression 'substantial and pressing' concern". The second inquiry is that "... a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people".

J'estime que le véritable défi n'est pas de justifier l'activité de l'État sur le fondement de la moralité dans l'abstrait, mais bien de décider quelles prétentions morales méritent d'être prises en considération pour déterminer la portée des droits garantis par la *Charte*. Dans *Butler*, précité, p. 523, je citais le professeur R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 255 :

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et tenter d'établir lesquels constituent des partis pris ou des rationalisations, ce qui présuppose le recours à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Il s'agit donc de déterminer dans quelles circonstances une conception morale revêt un caractère suffisamment fondamental. Dans *Butler*, précité, p. 523, j'ai proposé une démarche à cette fin. Le tribunal doit tout d'abord être convaincu que la prétention morale est fondée : elle doit « porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être [. . .]; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation "réelle et urgente" ». Deuxièmement, il faut établir qu'il existe « un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population ».

114

In the case at bar, the provision in question denounces serious crime, with a view to enhancing the general purposes of the criminal sanction and to promoting civic responsibility and the rule of law. Surely such objectives qualify as reflecting a "fundamental conception of morality". Attention to what is "moral" is concerned "... with the

En l'espèce, la disposition en question dénonce l'acte criminel grave dans le but de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale et d'accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. On peut certainement considérer que ces objectifs reflètent une « conception fondamentale de la moralité ». Le sens moral s'entend

distinction between right and wrong” (*Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995)). The provision in question, like the *Criminal Code* in its entirety, by virtue of the focus upon criminal activity, is addressed at specifically this.

The denunciation of crime and its effects on society is often explained by reference to the notion of the social contract. The social contract is the theoretical basis upon which the exercise of rights and participation in the democratic process rests. In my view, the social contract necessarily relies upon the acceptance of the rule of law and civic responsibility and on society’s need to promote the same. The preamble to the *Charter* establishes that “. . . Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law . . .”. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750, this Court cited with approval a passage from *The Authority of Law* (1979) by Professor Raz, wherein he states that “‘The rule of law’ means literally what it says It has two aspects: (1) that people should be ruled by the law and obey it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it.” The important point arising from that passage is the corollary that promoting law-abiding behaviour can be thought to be a dimension of the rule of law as well. Further, the rule of law, as was said in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at p. 257, “vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs.” Given its fundamental importance in our society, it is not surprising that Parliament occasionally insists on taking some action to promote it, to safeguard it. As was stated by Wilson J. in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 489: “There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267.”

Permitting the exercise of the franchise by offenders incarcerated for serious offences undermines the rule of law and civic responsibility because such persons have demonstrated a great disrespect for the community in their committing

du « discernement du bien et du mal » (*Le Nouveau Petit Robert* (2000) à l’entrée « moral »). C’est précisément ce que fait la disposition en cause, tout comme le *Code criminel* en entier, puisqu’elle met l’accent sur l’activité criminelle.

On invoque souvent la notion de contrat social pour expliquer la dénonciation du crime et de ses effets sur la société. Le contrat social est le fondement théorique de l’exercice des droits et de la participation au processus démocratique. À mon sens, il s’appuie nécessairement sur l’acceptation de la règle de droit et de la responsabilité civique, ainsi que sur la nécessité, pour la société, de les promouvoir. Le préambule de la *Charte* établit que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit . . . » Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750, la Cour a cité en l’approuvant l’extrait suivant de l’ouvrage *The Authority of Law* (1979) du professeur Raz : [TRADUCTION] « La “primauté du droit” signifie littéralement ce que l’expression dit : [. . .] L’expression signifie deux choses : (1) que les gens doivent être régis par le droit et tenus d’y obéir et (2) que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens ». Il ressort surtout de cet extrait que promouvoir le respect de la règle de droit peut également être assimilé à une dimension de la règle de droit. De plus, comme la Cour l’a dit dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 257, la primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. » Vu son importance fondamentale dans notre société, il n’est pas étonnant que le législateur tienne parfois à prendre des mesures afin de la promouvoir, de la préserver. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 489 : « Il n’y a pas de liberté sans règles de droit et il n’y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté : voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267 ».

Accorder le droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves va à l’encontre de la primauté du droit et de la responsabilité civique. En effet, ces personnes ont fait preuve d’un profond mépris pour la collectivité en

serious crimes: such persons have attacked the stability and order within our community. Society therefore may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals both to punish those criminals and to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. I say “goals worthy of pursuit” because it is clear that not all those who are otherwise eligible to vote are guaranteed to exercise civic responsibility, since, for example, there may be serious criminal offenders who may have avoided being apprehended and therefore still vote. This does not, however, detract from the laudability of the goal.

commettant des actes criminels graves : une attaque à la stabilité et à l'ordre social. La société peut donc suspendre temporairement leur droit de vote non seulement pour les punir, mais aussi pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu'« objectifs légitimes », sont des conditions préalables à la participation démocratique. J'emploie cette expression parce que, de toute évidence, il n'est pas garanti que tous ceux qui sont par ailleurs habiles à voter feront preuve de responsabilité civique, étant donné, par exemple, que certains auteurs d'actes criminels graves peuvent se soustraire à la justice et conserver ainsi leur droit de vote. L'objectif n'en demeure pas moins louable.

117 Related to the notion of the social contract is the importance of reinforcing the significance of the relationship between individuals and their community when it comes to voting. This special relationship is inherent in the fact that it is only “citizens” who are guaranteed the right to vote within s. 3 of the *Charter*. This limitation of the scope of s. 3 of the *Charter* stands in stark contrast to the protections offered by the fundamental freedoms, legal rights, and equality rights in the *Charter*, which are available to “everyone” or to “every individual”. I am of the view that this limitation reflects the special relationship, characterized by entitlements and responsibilities, between citizens and their community. It is this special relationship and its responsibilities which serious criminal offenders have assaulted.

À la notion de contrat social se rattache l'importance de souligner le lien entre l'individu et la collectivité dans le contexte de l'exercice du droit de vote. Ce lien particulier tient à ce que seul le droit de vote des « citoyens » est garanti par l'art. 3 de la *Charte*. La restriction de la portée de l'art. 3 contraste manifestement avec la protection offerte par les libertés fondamentales et les droits, y compris les droits à l'égalité, que la *Charte* garantit à « chacun » ou à « tous ». Selon moi, cette application restrictive traduit l'existence d'un lien particulier entre le citoyen et la collectivité se caractérisant par des droits et des obligations. C'est à ce lien particulier et aux obligations qui en découlent que s'attaquent les auteurs d'actes criminels graves.

118 It is for this same reason, the importance of the nexus between voters and their community, that many jurisdictions qualify the right to vote with residency requirements. This Court, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, upheld residency requirements as a reasonable qualification to the eligibility to vote in a referendum. While it is clear that there was no breach of s. 3 of the *Charter* in that case since s. 3 does not apply to referenda, *Haig, supra*, generally seems to imply that residency requirements may be capable of being reasonable qualifications upon the right to vote. This reasonableness arises not only from practical concerns, but also from the nexus between a particular individual's eligibility to vote in an election, their relationship to the community,

De nombreux ressorts invoquent le même motif — l'importance du lien entre les électeurs et la collectivité — pour assortir le droit de vote des conditions de résidence. Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, la Cour a statué que l'application de telles conditions constituait une restriction raisonnable du droit de voter lors de référendums. Même s'il n'y avait manifestement pas d'atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, celui-ci ne s'appliquant pas aux référendums, cet arrêt semble généralement indiquer que l'application d'une condition de résidence peut constituer une restriction raisonnable du droit de vote. Ce caractère raisonnable découle non seulement de considérations pratiques, mais aussi du lien entre le droit d'une personne donnée de voter à un

and the fact that it is that community which will be subjected to the results of the election.

The American constitutional law scholar, Professor L. H. Tribe, notes in his text *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1084:

Every state, as well as the federal government, imposes some restrictions on the franchise. Although free and open participation in the electoral process lies at the core of democratic institutions, the need to confer the franchise on all who aspire to it is tempered by the recognition that completely unlimited voting could subvert the ideal of popular rule which democracy so ardently embraces. Moreover, in deciding who may and who may not vote in its elections, a community takes a crucial step in defining its identity. If nothing else, even though anyone in the world might have some interest in any given election's outcome, a community should be empowered to exclude from its elections persons with no real nexus to the community as such. [Emphasis added.]

This analysis explains why citizenship or residency is a reasonable minimum requirement for voting, since such indicators are often equated with identification to a particular political community. The importance of the nexus, however, also helps to understand the context of the particular disenfranchisement in question in the case at bar. The disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. In making such a choice, Parliament is projecting a view of Canadian society which Canadian society has of itself. The commission of serious crimes gives rise to a temporary suspension of this nexus: on the physical level, this is reflected in incarceration and the deprivation of a range of liberties normally exercised by citizens and, at the symbolic level, this is reflected in temporary disenfranchisement. The symbolic dimension is thus a further manifestation of community disapproval of the serious criminal conduct.

From the perspective of persons whose criminal activity has resulted in their temporary disenfranchisement, their benefiting from society brought with it the responsibility to be subjected to the sanctions which the state decides will be attached to

scrutin, la relation entre cette personne et la collectivité et le fait que c'est cette collectivité qui sera liée par le résultat du scrutin.

Dans *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), p. 1084, le professeur L. H. Tribe, spécialiste du droit constitutionnel américain, signale :

[TRADUCTION] Tous les États, ainsi que le gouvernement fédéral, limitent le droit de vote jusqu'à un certain point. Bien que la libre participation au processus électoral soit au cœur de nos institutions démocratiques, la nécessité d'accorder le droit de vote à quiconque souhaite l'exercer est atténuée par le fait qu'un droit de vote absolu subvertirait l'idéal du suffrage universel auquel la démocratie tient si farouchement. De plus, en décidant qui peut et qui ne peut pas voter à un scrutin, la collectivité franchit une étape cruciale dans la définition de son identité. Même si n'importe qui pourrait avoir un intérêt dans l'issue d'un scrutin, une collectivité devrait pouvoir l'exclure de l'électorat pour le motif qu'il n'a aucun lien réel avec elle. [Je souligne.]

La citoyenneté ou la résidence seraient donc des exigences minimales raisonnables pour l'exercice du droit de vote puisqu'on les considère souvent comme des indicateurs de l'appartenance à une collectivité politique en particulier. Cependant, l'importance du lien permet également de comprendre le contexte de la privation du droit de vote qui est contestée en l'espèce. Le retrait du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d'infractions graves. En prenant une telle mesure, le législateur renvoie une image que la société canadienne a d'elle-même. La commission d'un acte criminel grave rompt temporairement ce lien, ce qui se traduit, physiquement, par l'incarcération et la privation des libertés dont jouit normalement le citoyen et, sur le plan symbolique, par la privation temporaire du droit de vote. L'aspect symbolique constitue donc une manifestation supplémentaire de la réprobation sociale du comportement criminel grave.

Pour la personne dont l'activité criminelle a entraîné la privation temporaire du droit de vote, les avantages de la vie en société se doublent des sanctions que l'État prévoit à l'égard d'une telle activité. À cela s'ajoute l'objectif de la réadaptation :

serious criminal activity such as they have chosen to undertake. This understanding is complemented by the rehabilitative view that those who are in jail will hope and expect to regain the exercise of the vote on their release from incarceration, just like they hope and expect to regain the exercise of the full expressions of their liberty. Once released from prison, they are on the road to reintegration into the community. Obtaining the vote once released or paroled is a recognition of regaining the nexus with the community that was temporarily suspended during the incarceration.

le détenu nourrit l'espoir de retrouver le droit de vote, tout comme son entière liberté, une fois sa peine purgée. À sa sortie de prison, il s'engage dans la voie de la réinsertion sociale. Lui rendre le droit de vote lors de sa mise en liberté ou de sa libération conditionnelle équivaut à rétablir avec la collectivité le lien temporairement rompu pendant l'incarcération.

121

In *Haig, supra*, at p. 1031, L'Heureux-Dubé J. stated for the majority that "... in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state". I am of the view that the objectives pursued by Parliament in s. 51(e) of the Act do reflect values of the Canadian community, values related specifically to safeguarding the integrity and health of democracy itself. These goals may be abstract, but they are the foundation of our society. These are important values upon which s. 1 of the *Charter* itself rests. A dimension of the rule of law is taking measures to see that law is obeyed. Therefore, the disenfranchisement of serious criminal offenders is to be seen as protecting Canadian democracy rather than undermining it. It is up to Parliament to enhance the value of the franchise. It has responded with s. 51(e) of the Act, which is premised on the view that broadening of the franchise does not, in all cases, necessarily mean strengthening it.

Dans *Haig*, précité, p. 1031, au nom des juges majoritaires, le juge L'Heureux-Dubé écrit que «... dans une société démocratique, l'étendue du droit de vote énoncé à l'art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique». Je suis d'avis que les objectifs poursuivis par le législateur par l'adoption de l'al. 51e) de la Loi reflètent des valeurs de la société canadienne, des valeurs qui ont trait précisément au maintien de l'intégrité et de la santé de la démocratie comme telle. Il se peut que ces objectifs soient abstraits, mais ils sont le fondement de notre société. Ce sont des valeurs importantes qui sous-tendent l'article premier de la *Charte* lui-même. L'une des dimensions de la primauté du droit est la prise de mesures visant l'observation de la règle de droit. On doit donc considérer que l'incapacité à voter de l'auteur d'un acte criminel grave ne compromet pas la démocratie canadienne, mais la protège. Il appartient au législateur de valoriser le droit de vote. Il l'a fait en adoptant l'al. 51e) de la Loi, qui repose sur l'idée que l'élargissement du droit de vote n'a pas toujours pour effet de lui donner plus de valeur.

G) *Prisoner Disenfranchisement in Canadian Provinces, Other Countries, and International Law: Illustration of a Range of Reasonable Balances*

G) *L'incapacité des prisonniers à voter dans les provinces canadiennes, dans d'autres pays et à l'échelle internationale : dosages raisonnables possibles*

122

As I noted above, a review of the legislation regarding prisoner disenfranchisement across Canadian provinces, in some other countries, and in some international instruments assists in demonstrating that there are a range of reasonable and rational balances that may be struck regarding this particular issue.

Comme je l'ai signalé, le survol des lois des provinces canadiennes et de certains pays étrangers, ainsi que des dispositions de certains instruments internationaux portant sur l'incapacité des prisonniers à voter permet de conclure que divers dosages raisonnables et rationnels sont possibles.

In Canada, the situation across the provinces is obviously related to, and to some extent reflects, the evolution of the ongoing controversy regarding the federal legislation. That having been said, an overview of provincial legislation actually demonstrates that a quite diverse range of balances has been struck with regard to provincial electoral law. In Ontario, Quebec, Newfoundland, Prince Edward Island, and Manitoba, all prisoners vote: *Election Statute Law Amendment Act, 1998*, S.O. 1998, c. 9, s. 13, repealing R.S.O. 1990, c. E.6, s. 16; *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, c. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, c. 12; *Elections Act*, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 (rep. & sub. S.M. 1998, c. 4, s. 21) disenfranchised “[e]very inmate of a correctional facility serving a sentence of five years or more”, but it was struck down by the Manitoba Court of Queen’s Bench in *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. In the Yukon, Saskatchewan and New Brunswick, all inmates serving sentences of imprisonment are disenfranchised: *Election Act, 1996*, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17; *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(e); and *Elections Act*, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d). The Alberta Court of Appeal in *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, struck down legislation providing for complete prisoner disenfranchisement, as it found itself bound by the decision of this Court in the first *Sauvé* case. The Alberta Legislature then responded with legislation which provides for the disenfranchisement of all incarcerated persons serving a sentence of more than 10 days. Section 45(c) of the *Election Act*, R.S.A. 2000, c. E-1, now declares ineligible to vote

persons who have been convicted of offences and on polling day are serving their sentences in a correctional institution under the *Corrections Act*, in a penitentiary under the *Corrections and Conditional Release Act* (Canada), in a place of custody under the *Young Offenders Act* or the *Young Offenders Act* (Canada) or in any other similar institution outside Alberta, excluding persons sentenced to terms of imprisonment of 10 days or less or for the non-payment of fines.

Au Canada, la situation dans les provinces est manifestement liée à l’évolution du débat constant que suscite la loi fédérale et, dans une certaine mesure, elle le reflète. Cela dit, le survol de la situation dans les provinces révèle des dosages assez variés dans les lois électorales provinciales. En Ontario, au Québec, à Terre-Neuve, à l’Île-du-Prince-Édouard et au Manitoba, tous les prisonniers ont le droit de vote : *Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections*, L.O. 1998, ch. 9, art. 13 (qui a abrogé L.R.O. 1990, ch. E.6, art. 16); *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, ch. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, ch. 12. Au Manitoba, l’art. 31 de la *Loi électorale*, L.R.M. 1987, ch. E30 (remplacé par L.M. 1998, ch. 4, art. 21), dispose que « [l]es détenus d’un établissement correctionnel qui purgent une peine d’au moins cinq ans ne peuvent voter à une élection », mais la disposition a été invalidée par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. Au Yukon, en Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick, tout détenu purgeant une peine d’emprisonnement perd le droit de vote : *Election Act, 1996*, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17; *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, al. 43(2)e), et *Loi électorale*, L.R.Y. 1986, ch. 48, al. 5d). Dans *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, s’estimant liée par la décision de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, la Cour d’appel de l’Alberta a annulé la disposition prévoyant l’interdiction totale de voter faite aux détenus. La législature albertaine a donc adopté par la suite une loi rendant inhabile à voter tout détenu purgeant une peine d’emprisonnement de plus de 10 jours. L’alinéa 45c) de l’*Election Act*, R.S.A. 2000, ch. E-1, prive désormais du droit de vote :

[TRADUCTION] . . . les personnes qui ont été reconnues coupables d’infractions et qui, le jour du scrutin, purgent leur peine dans un établissement correctionnel suivant la *Corrections Act*, dans un pénitencier suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (Canada), dans un lieu de garde suivant la *Young Offenders Act* ou la *Loi sur les jeunes contrevenants* (Canada) ou dans tout autre établissement semblable situé à l’extérieur de l’Alberta, à l’exclusion des personnes condamnées à une peine de 10 jours ou moins ou incarcérées pour non-paiement d’une amende.

The law in British Columbia, Nova Scotia, and the Northwest Territories and Nunavut parallels s. 51(e) of the Act that is being challenged in the case at bar: *Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) as amended by S.N.S. 2001, c. 43, s. 13; *Elections Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3), as amended by S.N.W.T. 1995, c. 14, s. 6.

Les lois électorales de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse ainsi que des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut reprennent essentiellement le libellé de l'al. 51e) de la Loi contesté en l'espèce : *Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, al. 30b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 140, al. 29d) (modifié S.N.S. 2001, ch. 43, art. 13); *Loi électorale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, par. 27(3) (modifié L.T.N.-O. 1995, ch. 14, art. 6).

124 Turning to the United States, the U.S. Constitution does not explicitly protect the vote. In fact, § 2 of the Fourteenth Amendment makes tangential reference to the ability of the States to disenfranchise persons “. . . for participation in rebellion, or other crime”. That having been said, the Fifteenth Amendment provides that the vote cannot be denied “on account of race, color, or previous conditions of servitude”. Other constraints on the legislature’s ability to control the franchise include the Nineteenth Amendment, which disallows denial of the vote “on account of sex”; the Twenty-Fourth Amendment, which disallows denial “by reason of failure to pay any poll tax or other tax”; and the Twenty-Sixth Amendment, which disallows denial “on account of age” greater than 18 years.

Aux États-Unis, la Constitution ne protège pas expressément le droit de vote. En fait, § 2 du Quatorzième amendement renvoie accessoirement au pouvoir des États de priver du droit de vote la personne [TRADUCTION] « . . . qui a pris part à un acte criminel, y compris une rébellion ». Le Quinzième amendement dispose par ailleurs que [TRADUCTION] « la race, la couleur ou la condition antérieure d’esclave » ne peuvent faire obstacle à l’exercice du droit de vote. Parmi les autres dispositions empêchant la législature de limiter le droit de vote, mentionnons le Dix-neuvième amendement, qui interdit le refus du droit de vote [TRADUCTION] « fondé sur le sexe », le Vingt-quatrième, qui dispose qu’un citoyen ne peut être déchu du droit de vote [TRADUCTION] « pour non-paiement d’une taxe, y compris une taxe de vote », et le Vingt-sixième, qui prévoit qu’une personne ne peut être exclue de l’électorat au motif qu’elle n’a pas atteint un âge supérieur à 18 ans.

125 In the United States, it is the states that have control of disenfranchising inmates for both state and federal elections: U.S. Constitution, Art. 1, § 2, cl. 1 (for the House of Representatives); Seventeenth Amendment, § 1 (for the Senate). A general overview yields the conclusion that nearly all states (48 of 50 plus the District of Columbia) disqualify inmates incarcerated for felony offences for both state and federal elections, while some disenfranchise offenders permanently. Only two states do not disqualify at all: Maine and Vermont. In November 2000, the Massachusetts electorate voted in favour of a State constitutional amendment limiting prisoners’ voting rights.

Chez nos voisins, ce sont les États qui décident du droit des détenus de voter aux élections, y compris à l’échelon fédéral : Constitution américaine, art. 1, § 2, cl. 1 (pour la Chambre des représentants); Dix-septième amendement, § 1 (pour le Sénat). Un survol général permet de conclure que la quasi-totalité d’entre eux (48 sur 50, plus le District de Columbia) prive du droit de voter aux élections des États et aux élections fédérales les personnes détenues après avoir commis des infractions graves. Dans certains États, le contrevenant perd son droit de vote pour toujours. Seulement deux États, le Maine et le Vermont, ne restreignent aucunement le droit de vote. En novembre 2000, l’électorat du Massachusetts a voté en faveur d’un amendement constitutionnel de l’État limitant le droit de vote des prisonniers.

A majority of the states which deprive inmates of the right to vote do so for the entirety of their sentence, including parole: 32 states prohibit felons from voting while they are on parole and 28 of those 32 also exclude felony probationers. Other states allow a convicted felon to vote once incarceration ends. Some states only remove the vote if the criminal has committed certain crimes. A felon automatically regains the right to vote in most states upon completion of his or her sentence. In a small number of states, a felon must apply for a pardon to be permitted to vote. As mentioned above, some states remove the vote from convicted felons even after they have completed their sentences and paroles. This practice was upheld as constitutional by the U.S. Supreme Court in *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

Looking now to Europe, Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* (Eur. T.S. No. 9) guarantees "... free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature". Article 3 has been considered on three occasions by the European Human Rights Commission ("the Commission"): *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; and *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15.

In *H. v. Netherlands*, *supra*, the Commission established that Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* recognizes the principle of universal suffrage, but it also noted that the right to vote is not absolute and noted that "a large number of State Parties to the Convention have adopted legislation whereby the right to vote of a prisoner serving a term of imprisonment of a specific duration is suspended in certain cases, even beyond the duration of the sentence" (p. 245). The general principle which

Dans la majorité des États qui privent les détenus du droit de vote, l'incapacité vaut pendant toute la durée de la peine infligée, y compris la période de libération conditionnelle : 32 États interdisent à l'auteur d'un acte criminel grave de voter pendant qu'il est en libération conditionnelle et 28 de ces 32 États privent également du droit de vote le contrevenant qui fait l'objet d'une ordonnance de probation. D'autres États permettent au contrevenant de voter à nouveau une fois qu'il a purgé sa peine. Dans certains États, seule la perpétration de crimes en particulier entraîne le retrait du droit de vote. Dans la plupart des États, le criminel redevient automatiquement habile à voter lorsqu'il a purgé sa peine. Dans un petit nombre d'États, il doit présenter une demande de réhabilitation pour recouvrer son droit de vote. Comme il est mentionné précédemment, dans certains États, le contrevenant demeure inhabile à voter même s'il a purgé sa peine et respecté les conditions de sa libération conditionnelle. Dans *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974), la Cour suprême des États-Unis a jugé cette pratique constitutionnelle.

En Europe, l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH* (S.T.E. n° 9) garantit « . . . à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Commission européenne des droits de l'homme (la « Commission ») a examiné cet article dans trois décisions : *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; et *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15.

Dans *H. c. Pays-Bas*, précité, la Commission a établi que l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH* reconnaît le principe du suffrage universel, mais elle a signalé par ailleurs que le droit de vote n'est pas absolu et que « bon nombre d'États parties à la Convention ont adopté une législation aux termes de laquelle le droit de vote du détenu purgeant une peine privative de liberté d'une durée déterminée est suspendu, dans certains cas, même au-delà de la durée de la peine » (p. 243). Elle a énoncé comme

supported the ability of the legislator to restrict the right to vote in respect of convicted persons was addressed as follows, at p. 246:

Such restrictions can be explained by the notion of dishonour that certain convictions carry with them for a specific period, which may be taken into consideration by legislation in respect of the exercise of political rights. Although, at first glance, it may seem inflexible that a prison sentence of more than one year should always result in the suspension of the exercise of the right to vote for three years, the Commission does not feel that such a measure goes beyond the restrictions justifiable in the context of Article 3 of the Protocol.

More recently, in *Holland, supra*, the Commission, at pp. 26-27, made a reference to:

... its constant case-law to the effect that, although Article 3 of Protocol No. 1 implies a recognition of the principle of universal suffrage (including the right to vote in elections for the legislature), this right is neither absolute nor without limitations but subject to such restrictions which are not arbitrary and which do not affect the expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. . . .

In that same case, the Commission noted that it did not consider the disenfranchisement of prisoners for the duration of their incarceration to affect the expression of the opinion of the people in their choice of the legislature.

129

The European Court of Human Rights addressed the issue in the *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113. Therein, the court found, at para. 51, that Art. 3 of the First Protocol conferred the right to vote and to stand for election, despite the wording of the Article, which, on its face, seems not to confer such rights. The court went on to state in para. 52 of its judgment, however, that:

The rights in question are not absolute. Since Article 3 recognises them without setting them forth in express terms, let alone defining them, there is room for implied limitations In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of

suit le principe général appuyant le pouvoir du législateur de restreindre le droit de vote des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement (à la p. 244) :

De telles limitations s'expliquent par l'idée que certaines condamnations marquent d'infamie pour un temps déterminé qui peut être pris en considération par la législation quant à l'exercice des droits politiques. Bien qu'à première vue il puisse paraître rigide qu'une condamnation supérieure à un an ait toujours pour conséquence une suspension de l'exercice du droit de vote pour trois ans, la Commission ne trouve pas qu'une telle mesure excède les limitations justifiables dans le cadre de l'article 3 du Protocole additionnel.

Plus récemment, dans *Holland*, précité, la Commission a rappelé aux p. 26-27 :

... sa jurisprudence constante selon laquelle si l'article 3 du Protocole n° 1 implique la reconnaissance du suffrage universel (y compris le droit de vote aux élections du corps législatif), ce droit n'est ni absolu ni illimité, mais soumis à des restrictions pour autant que celles-ci ne sont ni arbitraires ni contraires à la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif . . .

Elle a par ailleurs déclaré que l'inhabilité à voter pour la durée de l'incarcération n'entrave pas la libre expression de l'opinion du peuple dans le choix du corps législatif.

La Cour européenne des droits de l'homme examine la question dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113. Au paragraphe 51 de son arrêt, elle statue que l'art. 3 du Protocole n° 1 confère le droit de vote et d'éligibilité, même si, à première vue, ce ne semble pas être le cas. Puis, elle ajoute au par. 52 :

Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites [. . .] Dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle [. . .] Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur

Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate In particular, such conditions must not thwart “the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”.

European countries demonstrate a broad range of practices. Seventeen European countries have no form of electoral ban for incarcerated offenders: Bosnia, Croatia, Cyprus, Denmark, Iceland, Ireland, Finland, Latvia, Lithuania, Macedonia, Netherlands, Poland, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland and the Ukraine. In Greece, prisoners serving life sentences or indefinite sentences are disqualified; otherwise the matter is left to the discretion of the court. In some other European countries, electoral disqualification depends on the crime committed or the length of the sentence: Austria, Malta and San Marino ban all prisoners serving more than one year from voting; Belgium disqualifies all offenders serving sentences of four months or more; Italy disenfranchises based on the crime committed and/or the sentence length; Norway removes the vote for prisoners sentenced for specific offences; and in France and Germany, the disqualification of a prisoner is dependent upon the sentence handed down by the court specifically providing for disenfranchisement (in France, certain crimes are identified which carry automatic forfeiture of political rights; in Germany, prisoners convicted of offences which target the integrity of the German state or its democratic order lose the vote). Armenia, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Luxembourg, Romania and Russia all have complete bans for sentenced offenders.

Australia, New Zealand and the United Kingdom all disenfranchise at least some of the inmate population. In Australia, prisoners vote in two of seven states. In federal elections, inmates serving sentences of five years or more are disqualified from voting. In New Zealand, prisoners serving

l’observation des exigences du Protocole n° 1; il lui faut s’assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s’agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu’elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés [. . .] Spécialement, elles ne doivent pas contrecarrer « la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

Les mesures appliquées en Europe sont très diversifiées. Dans 17 pays européens, le droit de vote du détenu ne fait l’objet d’aucune restriction : la Bosnie, la Croatie, Chypre, le Danemark, l’Islande, l’Irlande, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Macédoine, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovénie, l’Espagne, la Suède, la Suisse et l’Ukraine. En Grèce, la personne condamnée à l’emprisonnement à perpétuité ou à une peine d’une durée indéterminée ne peut voter; dans les autres cas, la question est laissée à l’appréciation du tribunal. Dans certains autres pays d’Europe, la perte du droit de vote dépend de la nature de l’acte criminel perpétré ou de la durée de la peine : l’Autriche, Malte et Saint-Marin privent du droit de vote tout détenu purgeant une peine d’un an ou plus; en Belgique, le détenu purgeant une peine de quatre mois ou plus est inhabile à voter; en Italie, la privation du droit de vote dépend de la nature de l’acte criminel commis ou la durée de la peine, ou des deux; en Norvège, les prisonniers reconnus coupables de certaines infractions perdent le droit de vote; en France et en Allemagne, le détenu est privé du droit de vote si le tribunal qui détermine la peine en décide ainsi (en France, la perpétration de certains crimes entraîne automatiquement la déchéance des droits politiques; en Allemagne, le détenu reconnu coupable d’une infraction touchant à l’intégrité de l’État allemand ou à son régime démocratique perd le droit de vote). En Arménie, en Bulgarie, en République tchèque, en Estonie, en Hongrie, au Luxembourg, en Roumanie et en Russie, tout délinquant qui purge une peine d’emprisonnement est inhabile à voter.

En Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, au moins une partie de la population carcérale est privée du droit de vote. En Australie, les détenus demeurent habiles à voter dans deux des sept États. Le détenu purgeant une peine de cinq ans ou plus est inhabile à voter aux élections

sentences for three years or more, preventative detention or life imprisonment are not qualified to vote. In the United Kingdom, prisoners are completely disenfranchised for Parliamentary elections, elections to the European Assembly, and local government elections: s. 3(1) of the *Representation of the People Act 1983* (U.K.), 1983, c. 2 (as amended in 1985 and 2000), and s. 2(1) of Schedule 1 to the *European Assembly Elections Act 1978* (U.K.), 1978, c. 10. The only exceptions are for remand prisoners, persons imprisoned for contempt of court and persons detained for default in complying with their sentence.

féderales. En Nouvelle-Zélande, la personne qui purge une peine d'emprisonnement de trois ans ou plus, qui fait l'objet d'une détention préventive ou qui est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité est inhabile à voter. Au Royaume-Uni, le prisonnier perd tout droit de participer aux élections du Parlement, de l'Assemblée européenne et de l'administration municipale : par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* (R.-U.), 1983, ch. 2 (modifiée en 1985 et en 2000), et par. 2(1) de l'annexe 1 de la *European Assembly Elections Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 10. Ne demeurent habiles à voter que les personnes détenues provisoirement et celles qui sont incarcérées pour outrage au tribunal ou non-respect des conditions dont le tribunal a assorti leur peine.

132

When the *Human Rights Act 1998* came into force in the United Kingdom in October 2000, the guarantee found in Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR* became part of U.K. law. Three prisoners recently challenged the ban on prisoners' voting as contained in the *Representation of the People Act 1983*, as being incompatible with the *Human Rights Act 1998*: *Pearson, supra*. In that case, the court construed the question before it as whether s. 3(1) of the *Representation of the People Act 1983* satisfied the standard outlined by the European Court of Human Rights in *Mathieu-Mohin, supra*. The analysis undertaken therein by Lord Justice Kennedy is informative, and very much in line with my disposal of the case at bar. In fact, Lord Justice Kennedy devoted much of his analysis to the Canadian experience, and he specifically approved of the reasoning of Linden J.A. in the Federal Court of Appeal in the case at bar, with which I substantially agree. Lord Justice Kennedy found that the balancing that was undertaken in the Canadian constitutional context was highly informative for the balancing which had to be undertaken under Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR*, as incorporated in the *Human Rights Act 1998*. Lord Justice Kennedy stated, at para. 50, that:

... there is a broad spectrum of approaches among democratic societies, and the United Kingdom falls into the middle of the spectrum. In course of time this position may move, either by way of further fine tuning, as was done recently in relation to remand prisoners and others, or more radically, but its position in the

L'entrée en vigueur de la *Human Rights Act 1998* au Royaume-Uni, en octobre 2000, a eu pour effet d'intégrer au droit britannique la garantie prévue à l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*. Récemment, dans *Pearson*, précité, trois détenus ont contesté leur inhabilité à voter suivant la *Representation of the People Act 1983*, alléguant qu'elle était incompatible avec la *Human Rights Act 1998*. Dans cette affaire, le tribunal a estimé qu'il devait trancher la question de savoir si le par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* satisfaisait à la norme établie par la Cour européenne des droits de l'homme dans *Mathieu-Mohin*, précité. L'analyse du lord juge Kennedy est instructive et va dans le même sens que mes conclusions en l'espèce. Le lord juge Kennedy a d'ailleurs consacré une bonne partie de ses réflexions à la jurisprudence canadienne et a approuvé expressément le raisonnement du juge Linden de la Cour fédérale du Canada dans la présente affaire, auquel je souscris pour l'essentiel. Selon le lord juge Kennedy, l'exercice de pondération réalisé dans le contexte constitutionnel canadien apportait un éclairage fort utile sur la démarche qu'appelait l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*, intégré à la *Human Rights Act 1998*. Voici ce qu'il dit au par. 50 :

[TRADUCTION] ... les mesures appliquées dans les différentes sociétés démocratiques forment un large spectre au centre duquel se situe la solution britannique. Avec le temps, le choix du législateur britannique peut se déplacer vers l'une ou l'autre des extrémités, que ce soit légèrement (p. ex. la modification récente visant notamment

spectrum is plainly a matter for Parliament not for the courts.

I find this informative, especially in light of the fact that the line chosen by Parliament in Canada in s. 51(e) of the Act is far more moderate than the line drawn by Parliament in the United Kingdom.

Certain international instruments also address the issue of prisoner voting. Article 25 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (“*ICCPR*”) states that every citizen shall have the “right and the opportunity” to vote “without unreasonable restrictions”: *ICCPR*, 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976. The United Nations Human Rights Committee, in a comment on Art. 25 of the *ICCPR*, stated that restrictions on the right to vote should be “objective and reasonable” and that “[i]f conviction for an offence is a basis for suspending the right to vote, the period of such suspension should be proportionate to the offence and the sentence”: “General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996. It is likely caveats, such as the one in Art. 25 of the *ICCPR*, which led the international non-governmental organization Penal Reform International, in their 1995 publication *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*, at pp. 13-14, to distinguish between “retained rights”, which it advocated must be retained in a prison setting, and other rights which may be limited, amongst which was listed the right to vote.

Therefore, when one looks to the range of balances selected by Canadian provinces, other countries, and as reflected in international instruments, it becomes clear that in theory there is not a single response to the question at hand. The overview presents a range of reasonable and rational balances

les personnes détenues provisoirement) ou radicalement. Mais il appartient au Parlement, et non aux cours de justice, d’en décider.

Ces propos sont d’autant plus pertinents que la voie choisie par le législateur canadien par l’adoption de l’al. 51e) de la Loi est bien plus modérée que celle retenue par le Parlement du Royaume-Uni.

Certains instruments internationaux renferment également des dispositions sur le droit de vote des prisonniers. L’article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (« *PIRDCP* ») dispose que tout citoyen doit avoir « le droit et la possibilité » de voter « sans restrictions déraisonnables » : *PIRDCP*, 999 R.T.N.U. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976. Dans ses observations générales sur l’art. 25 du *PIRDCP*, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a dit que les restrictions au droit de vote devaient reposer sur des critères « objectifs et raisonnables » et que « [s]i le fait d’avoir été condamné pour une infraction est un motif de privation du droit de vote, la période pendant laquelle l’interdiction s’applique devrait être en rapport avec l’infraction et la sentence » : « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996. Ce sont vraisemblablement des réserves comme celles exprimées à l’art. 25 du *PIRDCP* qui ont amené l’Association internationale de réforme pénale, organisation non gouvernementale, dans sa publication de 1997 *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*, p. 6, à établir une distinction entre les « droits particuliers », qui, selon elle, devraient continuer de s’appliquer dans le contexte carcéral et les droits qui peuvent être restreints, dont celui de voter.

D’après les différentes solutions qui sont retenues dans les provinces canadiennes et à l’étranger et que reflètent les instruments internationaux, il est clair que, théoriquement, il n’y a pas qu’un seul moyen de résoudre le problème qui se pose en l’espèce. Le survol fait ressortir toute une gamme de

which have been struck. On the spectrum which is the result of the above overview, Canada's line appears quite moderate.

H) *Application of the Oakes Test*

135 With all of the above commentary regarding flexibility, context, especially the relationship between the justification put forth by the Crown and a reasonable and logical prior social or political philosophy, the role of symbolic arguments, the importance of deference, and the variety of reasonable and rational balances struck by Canadian provinces and within the international community in mind, I now turn to the application of the *Oakes* test itself.

(1) Is the Limit Prescribed by Law?

136 It is obvious that the limit is prescribed by law: s. 51(e) of the Act is clear and not vague.

(2) Are the Objectives Pressing and Substantial?

137 The task of the Court at this phase of the *Oakes* test is to determine whether the concern which prompted the enactment of the impugned provision is pressing and substantial and whether the purpose of the legislation is one of sufficient importance: *Irwin Toy, supra*, at p. 987, *per* Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and Wilson J. At this stage, there is an important distinction to be made between the objective and the means chosen to implement that objective, since this phase is related to the Court's checking that the objectives are consistent with the principles, integral in a free and democratic society, pressing and substantial and directed to the realization of collective goals of fundamental importance: *Oakes, supra*, at pp. 138-39.

138 As a preliminary matter I think it is important to stress that, given the nature of the impugned provision and the nature of this particular context, it is advisable to not become over-constrained by the specific language or formulation of the objectives offered by the Crown. Therefore, I agree with Linden J.A. in his general statement, at para. 99:

dosages raisonnables et rationnels parmi lesquels la position canadienne paraît très modérée.

H) *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

En gardant présentes à l'esprit toutes les observations qui précèdent concernant la souplesse, le contexte, en particulier le lien entre la justification avancée par le ministère public et l'adhésion préalable à une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et logique, le rôle des arguments symboliques, l'importance de la retenue judiciaire et la variété de dosages raisonnables et rationnels établis dans les provinces canadiennes et à l'échelle internationale, je me penche maintenant sur l'application du critère dégagé dans l'arrêt *Oakes*.

(1) Le droit est-il restreint par une règle de droit?

Le droit en cause est manifestement restreint par une règle de droit, l'al. 51e) de la Loi étant clair, et non imprécis.

(2) Les objectifs sont-ils urgents et réels?

Il incombe à la Cour, à ce stade-ci du critère de l'arrêt *Oakes*, de décider si la préoccupation qui a incité le législateur à adopter la disposition en cause est urgente et réelle et si l'objectif de la mesure législative est suffisamment important : *Irwin Toy*, précité, p. 987, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) et le juge Wilson. À cette étape de l'analyse, il importe de distinguer entre l'objectif et le moyen choisi pour l'atteindre, la Cour devant s'assurer qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel, conforme aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique et visant la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance fondamentale (*Oakes*, précité, p. 138-139).

Vu la nature de la disposition en cause et le contexte particulier de l'espèce, il convient de signaler tout d'abord qu'il ne faut pas s'en tenir trop strictement aux termes employés par le ministère public pour formuler les objectifs. Je souscris donc à l'affirmation générale du juge Linden de la Cour d'appel fédérale (au par. 99) :

... I would leave to philosophers the determination of the “true nature” of the disenfranchisement. It may be argued that this legislation does different things — it imposes a civil consequence, it fixes a civil disability, it imposes a criminal penalty, it furthers a civic goal, it promotes an electoral goal, or it is part of the sentencing process. I believe that these arguments, made alone, are of limited assistance. There are elements of all these ideas and ideals at work here. [Emphasis in original.]

Parliament’s two principal objectives in s. 51(e) of the Act, accepted by both the trial judge and the Federal Court of Appeal below, are: the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law, and the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Above, I developed the view that these objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. Thus, I am of the view that any provision which seeks to advance such objectives clearly has a pressing and substantial purpose.

With regard to the first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, the Crown submits that it basically relates to the promotion of good citizenship. This objective also reflects society’s desire to buttress the rule of law. I discussed both of these notions above, where I addressed how they relate to a reasonable and rational political or social philosophy, the view that the social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community.

The Crown submits that it is illustrative to look to other jurisdictions so as to note that many liberal democracies do limit prisoner voting. The trial judge, agreeing with Strayer J. in *Belczowski* (at the trial level), *supra*, questioned the usefulness of looking to other jurisdictions. Particularly, after having surveyed the evidence, Wetston J. at trial below noted that it was difficult to draw meaningful conclusions about why some free and democratic societies disenfranchise criminal offenders while others do not. It has been submitted that the fact that there is no single accepted theoretical basis for

Je laisserai aussi aux philosophes la question de la « véritable nature » de l’incapacité à voter. On pourrait plaider que la loi agit à différents égards — elle impose une conséquence civile, elle établit une incapacité civile, elle impose une sanction pénale, elle poursuit un but civique, elle favorise la réalisation d’un but électoral ou elle fait partie intégrante de la détermination de la peine. Je crois que ces arguments, seuls, ne sont que d’une utilité limitée. Des éléments de tous ces concepts ou idéaux sont en jeu en l’espèce. [Souligné dans l’original.]

Reconnus tant par le juge de première instance que par la Cour d’appel fédérale, les deux principaux objectifs qui sous-tendent l’al. 51e) de la Loi sont d’accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Comme je l’ai démontré précédemment, ces objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et rationnelle. Je suis donc d’avis que toute disposition visant la réalisation de ces objectifs répond clairement à un besoin urgent et réel.

En ce qui concerne le premier objectif — accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit —, le ministère public soutient qu’il est fondamentalement lié à la promotion du sens civique. Cet objectif traduit également la volonté sociale d’affirmer la primauté du droit. Lorsque j’ai analysé ces deux notions, j’ai indiqué en quoi elles se rattachent à une philosophie sociale ou politique, raisonnable et rationnelle : la réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l’importance du lien entre l’individu et la collectivité.

Le ministère public fait valoir qu’il suffit de se tourner vers les autres ressorts pour remarquer que de nombreuses démocraties libérales limitent le droit de vote des prisonniers. Partageant le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, le juge Wetston a remis en question l’utilité de l’examen des solutions adoptées dans d’autres ressorts. Au procès, après un survol de la preuve, le juge Wetston a particulièrement signalé qu’il était difficile de tirer des conclusions valables quant aux motifs pour lesquels, dans certaines sociétés libres et démocratiques, les prisonniers

139

140

141

liberal democracy, no unified liberal political theory, means that civic responsibility should not be considered a significant objective of public policy. I do not agree with this submission. I acknowledge that the practices of other liberal democracies, as reviewed above, are mixed. I suggest, however, that while such evidence is clearly not capable of disposing of the issue, it is highly relevant. The examination of other liberal democracies simply demonstrates that there is a range of reasonable and rational balances that have been struck. The promotion of civic responsibility does not hinge on there being a single theory for liberal democracy. The lack of there being a unified political theory is, so to speak, the point of the overview. Reasonable and rational persons and legislatures disagree on the issue of prisoner disenfranchisement.

sont habiles à voter et, dans d'autres, ils ne le sont pas. On a invoqué le fait qu'il n'existe pas un fondement théorique unique de la démocratie libérale ni une théorie unifiée de la politique libérale pour soutenir que la responsabilité civique ne doit pas être considérée comme un objectif important de la politique gouvernementale. Je ne suis pas d'accord. Je reconnais que les solutions retenues dans d'autres démocraties libérales sont variées. Même si elle ne permet manifestement pas de trancher la question en litige, j'estime cependant que cette preuve est très pertinente. L'examen de la situation dans d'autres démocraties libérales montre simplement que différents dosages raisonnables et rationnels ont été établis. La promotion de la responsabilité civique ne dépend pas de l'existence d'un fondement théorique unique à la démocratie libérale. L'intérêt du survol est justement de montrer qu'il n'y a pas de théorie politique unifiée. Des citoyens et des élus raisonnables et rationnels ne s'entendent pas sur la question du droit de vote des prisonniers.

142 As noted above, it has been alleged that the "promotion of civic responsibility" is excessively abstract, generalized, symbolic, unrealistic and ambiguous. I spent some time above discussing that symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic.

Comme je l'ai mentionné précédemment, on a allégué que la « promotion de la responsabilité civique » revêt un caractère trop abstrait, général, symbolique, irréaliste et équivoque. J'ai déjà expliqué qu'un argument symbolique ou abstrait peut être valable en soi et ne doit pas être minimisé du simple fait qu'il est symbolique.

143 The crux of the trial judge's analysis regarding this first objective is found at pp. 882-83 of his reasons:

Le juge de première instance conclut essentiellement ce qui suit au sujet de ce premier objectif (aux p. 882-883) :

. . . attention must be focussed on the democratic ideals which Canada, as a free and democratic society, fosters. There may well be no unified western tradition of political theory, but it is clear from the evidence in this trial that civic and moral responsibility are key components of our liberal democratic traditions. In fact, the preamble to the Charter declares that Canada is founded upon principles that recognize "the rule of law". The rule of law may be the subject of a number of interpretations, such as a call to law and order, or a legal ordering of social life: J. Rawls, *A Theory of Justice* . . . at pages 235-243. The ideals of the rule of law express the requirements of legal rules formulated in such a manner as to secure voluntary compliance with the standard of conduct which they set. Of course, while no legal system can expect that all of its laws will be known by the public, it is nevertheless

. . . il convient d'examiner avec attention les idéaux démocratiques que le Canada, comme société libre et démocratique, cherche à promouvoir. Il se peut que la théorie politique ne repose sur aucune tradition occidentale unifiée, mais il est appert clairement de la preuve présentée en l'espèce que le sens du devoir civique et la responsabilité morale constituent des éléments clés de nos traditions démocratiques libérales. En fait, selon le préambule de la Charte, le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la « primauté du droit ». La primauté du droit peut se prêter à différentes interprétations, notamment la nécessité d'adopter des règles sur les questions d'intérêt public ou des règles régissant la vie en société : J. Rawls, *A Theory of Justice* [. . .], aux pages 235 à 243. Les idéaux sous-jacents à la primauté du droit traduisent la nécessité de formuler des règles de droit

important, as part of the shaping of the voluntary social order, for persons to know in advance what the consequences of their actions might be: E. Colvin, “Criminal Law and The Rule of Law” in *Crime, Justice & Codification* . . . at page 125.

The pressing and substantial nature of this objective was agreed with by the majority of the Federal Court of Appeal below. To support this, Linden J.A. cited as fn. 103 in para. 100 a passage from the decision of this Court in *Harvey*, *supra*, where the majority of this Court upheld similarly abstract objectives. At para. 38 of that case, La Forest J. wrote that:

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society. [Emphasis added.]

I am of the view that the objectives advanced in the case at bar are highly similar and are clearly pressing and substantial.

Turning now to the second objective, that of the enhancement of the general purposes of the criminal sanction, the Crown submits that this objective has retributive, denunciatory and morally educative functions. The appellants submit that this is an additional and gratuitous punishment, and serves only to comfort those outside prison by further stigmatizing those in prison as disconnected social outcasts. They submit that a retributive philosophy of punishment does not correspond to the empirical realities of present-day Canadian society.

Hugessen J.A., in *Belczowski* at the Federal Court of Appeal, and Arbour J.A., in the first *Sauvé* case, were of the view that disenfranchisement of prisoners is problematic since it effectively amounts to a “punishment for imprisonment rather than for the commission of an offence”. I disagree. Disenfranchisement arising from s. 51(e) of the Act is directly related to the length of the sentence, reflecting the nature of the criminal offence and the

de façon à assurer le respect volontaire de la norme de conduite fixée par lesdites règles. Bien entendu, il serait vain de souhaiter que toutes les règles d’un système de droit donné soient connues du public, mais il est important, pour façonner l’ordre social volontaire, de faire en sorte que les personnes sachent à l’avance quelles pourraient être les conséquences de leurs actes : E. Colvin, « Criminal Law and The Rule of Law » dans *Crime, Justice & Codification* [. . .], à la page 125.

La majorité de la Cour d’appel fédérale a convenu du caractère urgent et réel de cet objectif. Le juge Linden a cité à l’appui, dans la note 103 du par. 100, un extrait de l’arrêt *Harvey*, précité, où les juges majoritaires de la Cour ont confirmé la validité d’une disposition ayant des objectifs abstraits semblables. Au paragraphe 38, le juge La Forest écrit :

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l’intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu’un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d’une société libre et démocratique. [Je souligne.]

Je suis d’avis que les objectifs invoqués en l’espèce sont très semblables et qu’ils sont nettement urgents et réels.

Quant au deuxième objectif — favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale —, le ministère public soutient qu’il a une fonction punitive, exemplaire et édifiante. Les appelants y voient un châtement supplémentaire et gratuit qui ne sert qu’à apaiser la population en stigmatisant davantage les détenus et en les traitant comme des parias. Ils avancent que la philosophie punitive invoquée ne correspond pas aux réalités empiriques de la société canadienne d’aujourd’hui.

Le juge Hugessen de la Cour d’appel fédérale dans *Belczowski* et le juge Arbour de la Cour d’appel de l’Ontario dans la première affaire *Sauvé* ont tous deux estimé que le retrait du droit de vote aux prisonniers était problématique parce qu’il équivalait en fait à une punition pour l’emprisonnement et non pour la perpétration d’une infraction. Je ne suis pas de cet avis. La privation du droit de vote découlant de l’al. 51e) de la Loi

144

145

146

criminal activity committed. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. Further, it cannot be necessary for the nature of a sanction to be in some way directly related to the nature of the crime perpetrated, i.e. that only those convicted of electoral offences be deprived of the vote. As discussed above, incarcerated persons lose the vote because they have been convicted of serious criminal offences and are the subjects of punishment. The disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction. The key fact which gives rise to the disenfranchisement is serious criminal activity as identified by Parliament.

est directement liée à la durée de la peine infligée et, par conséquent, à la nature de l'infraction et de l'acte criminel commis. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu'il convient d'infliger aux auteurs d'actes criminels graves. Par ailleurs, on ne saurait exiger que la nature de la sanction soit de quelque manière liée directement à la nature de l'acte criminel perpétré, c.-à-d. que seules les personnes reconnues coupables d'une infraction en matière électorale soient privées du droit de vote. Comme je l'ai expliqué précédemment, les personnes incarcérées perdent le droit de vote parce qu'elles ont été déclarées coupables d'actes criminels graves et font l'objet d'une punition. L'incapacité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité. Fondamentalement, c'est l'activité criminelle grave, définie par le législateur, qui donne lieu à l'incapacité.

147 The trial judge held that s. 51(e) of the Act clearly does have a punitive aspect with a retributive function. This conclusion was adopted by Linden J.A. at the Court of Appeal, in para. 100.

Paragraph 51(e) of the CEA has a punitive aspect. There is little doubt that retribution is a concept that is not alien to criminal sanctions. Indeed, sentences are invariably partly punitive in nature. As stated by La Forest J. in *R. v. Lyons* . . . at page 329: "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." See also *R. v. Goltz* . . . at page 503.

Le juge de première instance a statué que l'al. 51e) de la Loi a clairement un aspect punitif et inflige un châtement. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale en a convenu (au par. 100) :

L'alinéa 51e) de la LEC comporte un aspect punitif. Le châtement est sans doute un concept qui n'est pas étranger aux sanctions imposées en matière pénale. Effectivement, les peines sont, dans tous les cas, de nature punitive, du moins en partie. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [. . .], à la page 329 : « Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant ». Voir également l'arrêt *R. c. Goltz*, [. . .], à la page 503.

148 I am of the view that there was no error made by the courts below in identifying the objectives and in determining them to be pressing and substantial. I think that the importance of both objectives is obvious.

(3) Proportionality

(a) *Rational Connection*

J'estime que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur en déterminant les objectifs et en concluant qu'ils étaient urgents et réels. Je crois que l'importance des deux objectifs est manifeste.

(3) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

149 This first branch of the proportionality inquiry demands that this Court examine whether there is a rational connection between the disenfranchisement

Ce premier volet de l'application du critère de la proportionnalité exige que la Cour décide s'il existe ou non un lien rationnel entre l'incapacité à

in s. 51(e) of the Act and the objectives of the legislation. Therefore, the question is whether Parliament had a reasonable basis, based on the arguments and evidence advanced, for thinking that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders would augment civic responsibility and respect for the rule of law and enhance the general purposes of the criminal sanction. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, Wilson J. summarized what this inquiry demands:

The *Oakes* inquiry into “rational connection” between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt. [Emphasis added.]

This Court has unanimously agreed that “[r]ational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense”: *RJR-MacDonald*, *supra*, per La Forest J., at para. 86, McLachlin J., at paras. 156-58, and Iacobucci J., at para. 184; referred to in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 39. The existence of scientific proof is simply of probative value in supporting this reason, logic or common sense. In the case at bar, as discussed above, a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives approved of above is not empirically demonstrable. However, this Court has clearly stated that Parliament must be afforded a margin of appreciation in regard to legitimate objectives which may, nonetheless, be based upon somewhat inconclusive social science evidence: Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at pp. 502-3. I offer two examples: in *Butler*, Sopinka J. found, at p. 502, that it was “reasonable to presume” that there was a causal relationship between obscenity and harm to society, and in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101, La Forest J. stated that it was “reasonable to anticipate” that there was a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school. Thus, it is clear that this Court’s approach to this dimension of the test demands not the

voter prévue à l’al. 51e) et les objectifs de la Loi. La question est donc de savoir si, compte tenu des arguments et des éléments de preuve présentés, le législateur avait des motifs raisonnables de croire que le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves accroîtrait la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et favoriserait la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 291, le juge Wilson a résumé l’objet de l’analyse :

L’examen, proposé dans *Oakes*, du « lien rationnel » entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n’exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. [Je souligne.]

La Cour a statué à l’unanimité que « [l]e lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens » : *RJR-MacDonald*, précité, le juge La Forest, par. 86, le juge McLachlin, par. 156-158, et le juge Iacobucci, par. 184; cité dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 39. L’existence d’une preuve scientifique n’a valeur probante qu’à l’appui de la raison, de la logique ou du bon sens. Comme je l’ai expliqué, il n’est pas possible, en l’espèce, d’établir empiriquement l’existence d’un lien causal entre l’inhabilité des détenus à voter et les objectifs légitimes susmentionnés. La Cour a cependant dit clairement que le législateur doit avoir une marge d’appréciation à l’égard d’objectifs qui sont légitimes, mais qui peuvent néanmoins se fonder sur des preuves plus ou moins concluantes relevant des sciences humaines : le juge Sopinka, dans *Butler*, précité, p. 502-503. En outre, dans ce même arrêt, le juge Sopinka conclut à la p. 502 qu’il était « raisonnable de supposer » qu’il existe un lien causal entre l’obscénité et le préjudice causé à la société; dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101, le juge La Forest écrit qu’il était « raisonnable de s’attendre » à ce qu’il y ait un lien causal entre les activités antisémites des enseignants après les heures de classe et les comportements discriminatoires au sein de l’école. Il est donc manifeste que, pour

strongest connection, the most convincing rational connection, but a logical or rational connection.

151 In my view, it is obvious that s. 51(e) of the Act meets this requirement. The arguments in favour of the rational connection clearly meet the standard which this Court normally applies at this stage of the analysis, that the pressing and substantial legislative objectives are at least logically furthered by the means selected by Parliament in s. 51(e) of the Act. At this phase of the proportionality inquiry, it is particularly important to continue to keep in mind the contextual factors which have been discussed above.

152 The trial judge below stated that while he was of the view that there was a complete lack of empirical evidence to support the rational connection, this was not determinative, in that he was satisfied that there was a rational or common sense basis upon which to assume that disenfranchising prisoners is meant to promote civic responsibility. He thus concluded that a rational connection was, as a matter of common sense, made out. I agree. He based this largely upon the view that the objectives here are symbolic: society strongly disapproves of certain forms of conduct. He also found the morally educative argument to be a compelling basis for the rational connection. The fact that many offenders are not caught, and thus perhaps those who are actually incarcerated are clearly singled out, also fails to undermine the rational connection.

153 The crux of the trial judge's reasoning concerning the first objective was that he

seems to have accepted the evidence of Dr. Thomas Pangle and Dr. Christopher Manfredi, who testified that a legislative objective of enhancing civic responsibility and fostering respect for the rule of law was rationally connected to legislation which denounces disrespect for the process of law and for the social contract, and which restricts the franchise as a means of showing connection to the Canadian polity.

(As *per* Linden J.A. at the Federal Court of Appeal, para. 105)

que, pour l'application de ce volet du critère, la Cour n'exige pas le lien le plus solide, le lien rationnel le plus convaincant, mais bien un lien logique ou rationnel.

Il me paraît évident que l'al. 51e) de la Loi satisfait à cette exigence. Les arguments favorables à l'existence d'un lien rationnel respectent clairement la norme que la Cour applique normalement à ce stade de l'analyse, à savoir que la mesure choisie par le législateur à l'al. 51e) de la Loi favorise au moins logiquement la réalisation des objectifs législatifs urgents et réels. À cette étape de l'examen de la proportionnalité, il importe tout particulièrement de ne pas perdre de vue les facteurs contextuels dont j'ai fait état précédemment.

Le juge de première instance affirme que, même s'il était d'avis qu'aucune donnée empirique n'appuyait l'existence d'un lien rationnel, cela n'était pas déterminant, puisqu'il était convaincu de l'existence d'un fondement rationnel ou logique permettant de présumer que le retrait du droit de vote aux prisonniers visait à promouvoir le sens civique. Il a donc conclu que l'existence d'un lien rationnel avait logiquement été établie. Je suis d'accord. Cette conclusion s'appuie essentiellement sur le caractère symbolique des objectifs considérés en l'espèce : la société désapprouve fortement certains types de comportement. Il trouve convaincant aussi l'argument de l'éducation morale pour conclure à l'existence d'un lien rationnel. Le fait que de nombreux contrevenants échappent à la justice alors que ceux qui se retrouvent derrière les barreaux écotent ne compromet pas non plus l'existence d'un lien rationnel.

Le raisonnement du juge de première instance au sujet du premier objectif repose essentiellement sur le fait qu'il a retenu

la preuve émanant de MM. Thomas Pangle et Christopher Manfredi, dont le témoignage portait qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif législatif consistant à rehausser le sens du devoir civique et à promouvoir le respect de la primauté du droit et des mesures législatives qui réprouvent le manque de respect pour la voie légale et le contrat social, et restreignent l'habilité à voter comme moyen de démontrer un lien avec le régime politique canadien.

(Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, par. 105)

With regard to the second objective, the trial judge found at p. 892 of his reasons that:

... a rational connection exists between the impugned provision and the stated objective of enhancing the criminal sanction. As an aid to punishment, the provision clearly imposes a sanction, and denounces bad conduct. In the present case, the sanction takes the form of a disenfranchisement, in addition to the loss of liberty. A fundamental democratic right has been removed for crimes committed, and its removal is clearly felt as a deprivation by Mr. Sauvé and Mr. Spence. It is also reasonable to conclude that a morally educative message is sent to offenders, and possibly to the general population, by the imposition of a sanction.

The majority of the Federal Court of Appeal agreed with the trial judge that the promotion of civic responsibility is rationally connected to the impugned provision. The majority noted specifically that, while it was also possible to argue that all laws strive to promote civic responsibility, the common sense connection was adequately established in this case. Linden J.A. also agreed with the trial judge that the objective of promoting the criminal sanction was also made out.

Linden J.A. was satisfied that the two-year cutoff did catch serious and repeat offenders, based on the statistical data which showed that, as of April 1995, of a sample of 14,179 inmates in federal penitentiaries who had been sentenced to two or more years, each had committed, on average, 29.5 offences. I think that this is highly relevant, particularly given the Chief Justice's view that the disenfranchising provision is insufficiently tailored. Wetston J., at pp. 878-79, looked to the criminal records of the appellants as illustrative of this point:

Mr. Sauvé, for example, was convicted of murder as an aider and abettor. While he committed only one significant offence, he was sentenced to a period of twenty-five years in prison. In contrast, Mr. Spence's criminal record

En ce qui a trait au deuxième objectif, le juge de première instance a conclu à la p. 892 de ses motifs :

... il existe un lien rationnel entre la disposition attaquée et l'objectif avoué de mettre en relief la sanction pénale. Comme auxiliaire à la peine imposée, il est bien certain que la disposition impose une sanction et dénonce la mauvaise conduite. Dans la présente affaire, la sanction prend la forme de la perte du droit de vote en plus de la perte de la liberté. Un droit démocratique fondamental a été retiré par suite des crimes qui ont été commis et MM. Sauvé et Spence considèrent indéniablement la suppression de ce droit comme une privation. Il est également raisonnable de conclure que l'imposition d'une sanction transmet un message moralisateur aux contrevenants et peut-être même à l'ensemble de la population.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont convenu avec le juge de première instance qu'il y avait un lien rationnel entre la promotion de la responsabilité civique et la disposition contestée. Ils ont précisé que même s'il était par ailleurs possible de soutenir que toute disposition législative vise à promouvoir le sens civique, l'existence d'un lien logique était adéquatement établie en l'espèce. Pour sa part, le juge Linden a également convenu avec le juge de première instance que l'objectif de promouvoir la sanction pénale a aussi été établi.

Sur la foi de données statistiques selon lesquelles, en avril 1995, les 14 179 contrevenants détenus dans des établissements fédéraux et purgeant une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon avaient commis en moyenne 29,5 infractions chacun, le juge Linden s'est dit convaincu que la limite de deux ans permettait d'exclure de l'électorat les grands criminels et les récidivistes. Cela me paraît très pertinent, surtout compte tenu de l'opinion du Juge en chef selon laquelle la disposition sur la privation du droit de vote n'est pas suffisamment circonscrite. De son examen des casiers judiciaires des appelants, le juge Wetston (aux p. 878-879) en tire l'illustration suivante :

Par exemple, M. Sauvé a été reconnu coupable de complicité de meurtre. Même s'il n'a commis qu'une seule infraction grave, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de vingt-cinq ans. En revanche, le dossier de

154

155

reveals a history of repeated crimes which eventually led to a four-year term of imprisonment for armed robbery and related offences. Clearly, both individuals engaged in serious criminal conduct, which the courts punished by way of prison sentences of more than two years. Thus, the records of Mr. Sauvé and Mr. Spence also lend support to the defendants' assertion that prison sentences of two years or more target serious criminals and repeat offenders.

156 I note that in *Harvey, supra*, La Forest J. was convinced that the five-year disqualification from voting, holding office, or being elected to the Legislative Assembly for persons found guilty of illegal electoral practices found in the New Brunswick *Elections Act* was rationally connected to the legislative objective of enhancing the integrity of the electoral process. He noted at para. 41:

A mandatory disqualification acts as a strong deterrent and helps to promote confidence in the electoral system [T]he . . . contention that the disqualification displays paternalism on the part of the legislature misses the point. The provision is meant to protect the public not only from a particular offender, but from offenders in general. In other words the legislature is aiming at both general and specific deterrence.

He concluded at para. 43 by noting:

. . . s. 119(c) is rationally connected to the objective of preserving the integrity of the electoral process and is not arbitrary in that it applies only to a specified group of individuals who are charged with and convicted of specified offences.

In my view, a similar analysis applies in the case at bar.

157 I support the analysis of the courts below: reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. The rational connection between the disenfranchisement and the first objective is explained above, in my discussion of dignity and the fact that removing the right to vote

M. Spence est celui d'un récidiviste qui a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans pour avoir commis un vol à main armée et différentes infractions connexes. De toute évidence, l'un comme l'autre ont commis des crimes graves que les tribunaux ont punis par des peines d'emprisonnement de plus de deux ans. Les casiers judiciaires de MM. Sauvé et Spence appuient donc la thèse des défendeurs selon laquelle les peines d'emprisonnement d'au moins deux ans visent les personnes coupables de crimes graves et les récidivistes.

Dans *Harvey*, précité, le juge La Forest s'est dit convaincu de l'existence d'un lien rationnel entre l'interdiction de cinq ans prévue par la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, selon laquelle les personnes déclarées coupables de pratiques électorales illicites ne peuvent voter, remplir une charge ou être élues à l'Assemblée législative et l'objectif législatif de préserver l'intégrité du processus électoral. Voici ce qu'il dit au par. 41 :

En effet, une période d'inéligibilité obligatoire constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. [. . .] [L]'appelant rate la cible lorsqu'il prétend que l'inéligibilité est une manifestation de paternalisme de la part du législateur. La disposition vise à protéger le public non seulement contre un contrevenant en particulier, mais encore contre les contrevenants en général. Autrement dit, le législateur vise un objectif de dissuasion à la fois générale et spécifique.

Puis il conclut au par. 43 :

. . . l'al. 119c) a un lien rationnel avec l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral et [. . .] il n'est pas arbitraire du fait qu'il s'applique seulement à un groupe précis de personnes qui sont accusées et déclarées coupables d'infractions précises.

J'estime que la même analyse vaut en l'espèce.

Je souscris à l'analyse des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d'abondants témoignages d'experts, permettent de conclure qu'il y a un lien rationnel entre l'inhabilité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. J'ai déjà expliqué le lien qui existe entre la privation du droit de vote et le premier objectif

from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes their dignity (see paras. 68-76). It is also explained above in the section entitled “A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown’s Justification for the Limitation of the Section 3 Right” (see especially paras. 114-121), and below in my discussion of the salutary effects of the measure (see especially paras. 180-183). In the latter section, I discuss the legislation’s expression of societal values and its signalling effect. The Chief Justice prefers a different line of reasoning. Citing Mill as her authority, she states that “denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values” (para. 41). However, apart from one philosopher, she provides no support for this contention; she simply replaces one reasonable position with another, dismissing the government’s position as “unhelpful” (para. 37 of the Chief Justice’s reasons).

The rational connection between the legislation and the enhancement of the criminal sanction is also elaborated on elsewhere. Below, at paras. 160 to 174 on minimal impairment, I explain at length that the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes. I therefore disagree with the Chief Justice’s statement that denial of the right to vote is insufficiently tailored and therefore not rationally connected to legitimate punishment. I also explain below, at para. 183 of my discussion of salutary effects, that denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves (the evidence of the appellant Aaron Spence supports this) and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners.

The arguments raised by the appellants are not destructive of the rational connection between Parliament’s objectives and legislative action, and do not support disregarding the findings of both lower courts. As *per* Wilson J. in *Lavigne*, *supra*, Parliament’s goals are obviously “logically

lorsque j’ai parlé de la dignité et mentionné que le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît (voir par. 68-76). Je l’explique aussi dans la partie intitulée « Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l’art. 3 » (voir particulièrement par. 114-121) et dans mon analyse des effets bénéfiques de la mesure (voir particulièrement par. 180-183). Dans la deuxième partie, j’ai parlé des valeurs sociales que celle-ci exprime et du message qu’elle transmet. Le Juge en chef préfère un autre raisonnement. Citant Mill à l’appui, elle écrit : « priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs » (par. 41). Toutefois, à part ce philosophe, elle n’assortit sa déclaration d’aucune justification; elle remplace simplement un point de vue raisonnable par un autre, rejetant celui du gouvernement au motif qu’il « n’a aucune utilité » (par. 37 des motifs du Juge en chef).

J’ai aussi analysé ailleurs le lien rationnel entre la disposition législative et l’accroissement de la sanction pénale. Plus loin, aux par. 160-174 sur l’atteinte minimale, j’ai longuement expliqué que la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave. Je ne souscris donc pas à la déclaration du Juge en chef que le retrait du droit de vote n’est pas suffisamment adapté et qu’il n’a donc aucun lien rationnel avec la punition légitime. Je vais aussi expliquer plus loin, au par. 183 de mon analyse des effets bénéfiques, que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes (le témoignage de l’appelant Aaron Spence appuie cette thèse) et peut donc contribuer à leur réadaptation.

Les arguments des appelants ne réfutent pas l’existence d’un lien rationnel entre les objectifs du législateur et la mesure législative ni la pertinence des conclusions tirées des deux tribunaux d’instance inférieure. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Lavigne*, précité, de toute évidence, les moyens

furthered by the means government has chosen to adopt” (p. 291 (emphasis added)). In particular, I share the view of the courts below that given that, the objectives are largely symbolic, common sense dictates that social condemnation of criminal activity and a desire to promote civic responsibility are reflected in disenfranchisement of those who have committed serious crimes. This justification is rooted in a reasonable and rational social and political philosophy which has been adopted by Parliament. Further, it can hardly be seen as “novel”, as stated in the Chief Justice’s reasons, at para. 41. The view of the courts below is that generally supported by democratic countries. Countries including the United States, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and many European countries such as France and Germany, have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

(b) *Minimal Impairment*

160

The Crown must demonstrate that the impairment of rights is minimal, i.e. that the law was carefully tailored so that *Charter* rights are impaired no more than is necessary to meet the legislative provision’s objectives. Minimal impairment is about analysing the line that has been drawn. This analysis does not, notably, require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . .

retenus par le législateur « favorisent logiquement » la réalisation de ses objectifs (p. 291 (je souligne)). Plus particulièrement, je conviens avec les tribunaux d’instance inférieure que, dans la mesure où les objectifs sont essentiellement symboliques, le bon sens veut que la réprobation sociale de l’activité criminelle et la volonté de favoriser la responsabilité civique se traduisent par l’inhabilité à voter de ceux qui ont commis des actes criminels graves. Cette justification prend sa source dans une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle, à laquelle a adhéré le législateur. De plus, on peut difficilement qualifier de « nouvelle » cette théorie, comme le Juge en chef le fait dans ses motifs (par. 41). La thèse des tribunaux d’instance inférieure est celle que retiennent généralement les pays démocratiques. Certains pays, dont les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Australie, la Nouvelle-Zélande, ainsi que bon nombre d’États européens, dont la France et l’Allemagne, en optant pour une forme ou une autre d’inhabilité des prisonniers à voter, ont également conclu à l’existence d’un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l’espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l’électorat.

b) *L’atteinte minimale*

Le ministère public doit prouver que l’atteinte est minimale, c’est-à-dire que la disposition a été soigneusement adaptée de façon à ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs du législateur. Il faut alors examiner la limite qui a été tracée. L’État n’est évidemment pas tenu d’établir qu’il a adopté le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, le moyen sensiblement moins attentatoire doit avoir été privilégié. Dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 160, le juge McLachlin dit :

Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation . . .

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782, Dickson C.J. stated: “The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.” See also *Ross*, *supra*, at para. 108. In the case at bar, these passages are of the utmost relevance, insofar as they encompass a recognition of the need for deference in the context of a case such as the one at bar.

I emphasize that it was “particularly” on the ground of minimal impairment that this Court, in the first *Sauvé* case, established that the previous s. 51(e) of the Act, which disenfranchised all prisoners regardless of the duration of their incarceration, was contrary to the *Charter* and incapable of being justified under s. 1. Our decision was, at pp. 439-40:

We are all of the view that these appeals should be dismissed.

The Attorney General of Canada has properly conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, contravenes s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but submits that s. 51(e) is saved under s. 1 of the *Charter*. We do not agree. In our view, s. 51(e) is drawn too broadly and fails to meet the proportionality test, particularly the minimal impairment component of the test, as expressed in the s. 1 jurisprudence of the Court.

The language of Iacobucci J.’s reasons seem to imply that, while Parliament’s complete ban of prisoner voting in the old provision was unconstitutional, Parliament was free to investigate where an appropriate line could be drawn. This is exactly what it was in the process of doing at the time the first *Sauvé* case was heard. It has drawn a line in the form of s. 51(e) of the Act.

The appellants and their experts have argued that there are less intrusive means for the Crown to pursue its objectives: disenfranchisement could be left to the discretion of the sentencing judge; as *per* the Lortie Commission, only those convicted of the most serious offences (those punishable by

Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 782, le juge en chef Dickson a dit que « [l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation. » Voir également *Ross*, précité, par. 108. Ces extraits revêtent la plus grande importance en l’espèce dans la mesure où la Cour y reconnaît la nécessité de faire preuve de retenue dans des circonstances apparentées à celles de la présente affaire.

Je souligne que, dans la première affaire *Sauvé*, c’est en se fondant « particulièrement » sur le critère de l’atteinte minimale que la Cour a statué que l’ancien al. 51e) de la Loi, qui privait du droit de vote tous les détenus indépendamment de la durée de leur incarcération, était contraire à la *Charte* et ne pouvait être justifié en vertu de l’article premier. Nous avons donc rendu la décision suivante (aux p. 439-440) :

Nous sommes tous d’avis qu’il y a lieu de rejeter ces pourvois.

Le procureur général du Canada a concédé à bon droit que l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, enfreint l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il prétend qu’il est sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. Nous ne sommes pas d’accord. À notre avis, l’al. 51e) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l’élément de l’atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l’article premier.

Dans ses motifs, le juge Iacobucci donne à penser que malgré l’inconstitutionnalité de la disposition rendant tous les prisonniers inhabiles à voter, il était loisible au législateur de rechercher l’endroit où il conviendrait de tracer une ligne de démarcation. C’est précisément ce que le Parlement faisait à l’époque de l’audition de la première affaire *Sauvé*, et la limite retenue correspond à l’actuel al. 51e) de la Loi.

Les appellants et leurs experts font valoir que des moyens moins attentatoires pourraient permettre à l’État de réaliser ses objectifs : confier au tribunal qui détermine la peine le soin de décider de l’habilité ou de l’inhabilité à voter; comme l’a recommandé la Commission Lortie, ne priver du

a maximum of life) and the most serious sentences (those punishable by 10 years in jail or more) could lose the vote; an offence-oriented approach could define specific types of crimes which could be seen as bearing a rational connection to the franchise; or the measure could allow for the vote to be restored if the offender demonstrated good behaviour while incarcerated. To these I add that it is obvious that any higher cutoff line, i.e. 5, 10, or 25 years of incarceration, would also, technically, be less intrusive.

droit de vote que les auteurs des infractions les plus graves (punissables de l'emprisonnement à vie) et les personnes condamnées aux peines les plus lourdes (10 ans d'emprisonnement ou plus); privilégier une démarche axée sur la nature de l'infraction et déterminer quels types de crimes ont un lien rationnel avec le droit de vote; prévoir le rétablissement du droit de vote lorsque le détenu fait preuve de bonne conduite pendant son incarcération. Je me permets d'ajouter que, techniquement, une limite supérieure (par ex. 5, 10 ou 25 ans d'emprisonnement) serait aussi formellement moins attentatoire.

163

I am of the view that no less intrusive measure would be equally effective. Since Parliament has drawn a line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what amounts to "serious" crime.

J'estime qu'aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Comme le législateur a fixé une limite qui permet de déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L'égalité sur le plan de l'efficacité est une dimension de l'analyse qui ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ».

164

The trial judge below stressed that the legislative process did undertake a rigorous evaluation of the line chosen regarding "serious" crime. He noted that the legislative history of s. 51(e) of the Act involved a report from the Lortie Commission. Notably, the Lortie Commission, despite the conclusion of a Research Study commissioned under it which recommended that all prisoners get the right to vote, concluded that prisoners who had been convicted of an offence punishable by a maximum of life imprisonment and who had been sentenced to a prison term of 10 years or more should be disqualified from voting for the duration of their incarceration. A Special Committee on Electoral Reform, which reviewed the Lortie Commission's Report, recommended, however, that a two-year cutoff was appropriate since this would catch "serious offenders". Wetston J. stated, at p. 877:

Le juge de première instance a souligné que le législateur avait procédé à une évaluation rigoureuse de la ligne de démarcation retenue pour ce qui est de l'acte criminel « grave ». Il a fait observer que le contexte de l'adoption de l'al. 51e) de la Loi englobait le rapport de la Commission Lortie. Plus particulièrement, même si une étude commandée par elle avait préconisé le maintien du droit de vote pour tous les détenus, la Commission Lortie a décidé que les détenus déclarés coupables d'une infraction punissable de l'emprisonnement à vie ou condamnés à une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus devaient être privés du droit de vote pour la durée de leur incarcération. Le Comité spécial sur la réforme électorale, qui a examiné le rapport Lortie, a toutefois recommandé une limite de deux ans, car elle engloberait « les individus ayant commis de graves infractions ». Voici ce que dit le juge Wetston (à la p. 877) :

The Special Committee spent a great deal of time trying to determine whether a two-year limit for the disqualification was appropriate, or whether a cutoff of five years, or seven years, or ten years (as recommended by the Lortie Commission) was more justifiable. Eventually, the Special Committee recommended a two-year cutoff since, in their view, serious offenders may be considered to be those individuals who have been sentenced to a term of two years or more in a correctional institution. Generally, that means a federal penitentiary, but not exclusively.

The debates in the House of Commons regarding the provision in question demonstrate that there was a view that disenfranchisement would have an “educative effect”: see Wetston J. at pp. 877-78 of his reasons and *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, at pp. 18015-21. Further, the debates emphasize the view that the prisoners actually disenfranchised themselves by their engaging in criminal conduct. Most generally, and most importantly, Linden J.A. aptly noted, at para. 96:

... that Parliament, both in general session and in Committee, debated this measure vigorously. The Parliamentary Committee reviewing the matter carefully considered the submissions of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the Lortie Commission), recommending disenfranchisement to all those prisoners serving sentences of 10 years or more. While in session, Parliament debated and ultimately rejected a motion to repeal the disenfranchisement, and an alternative motion to trigger the disenfranchisement only after a sentence of five years or more is handed down.

Linden J.A. noted that Parliament did not consider a finite list of offences which would result in the loss of the vote, but he noted that the cutoff selected achieved the same objective by a different method: serious offences were specifically targeted.

The Crown and its experts submitted that the impugned provision is minimally impairing for three reasons: only prisoners serving sentences for two years or more are disenfranchised, and thus the provision only targets what Parliament has identified as those who have perpetrated “serious”

Le Comité spécial s’est longuement attardé à la question de savoir si la limite de deux ans à l’égard de l’inhabilité à voter était justifiée, ou si une période de cinq ans, sept ans ou même dix ans (selon la recommandation de la Commission Lortie) convenait davantage. Finalement, le Comité spécial a recommandé une période d’exclusion de deux ans étant donné que, à son avis, les individus ayant commis de graves infractions sont probablement des personnes qui ont été condamnées à purger une peine d’au moins deux ans dans un établissement correctionnel. De façon générale, il s’agira d’un pénitencier fédéral, mais ce n’est pas toujours le cas.

L’idée que l’inhabilité à voter pourrait avoir un « effet éducatif » a été avancée pendant les débats de la Chambre des communes au sujet de la disposition en cause : voir les motifs du juge Wetston, p. 877-878, et les *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3^e sess., 34^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021. Par ailleurs, les débats mettent en évidence l’idée que les détenus se rendent eux-mêmes inhabiles à voter en se livrant à des activités criminelles. Mais surtout, de manière plus générale, et le juge Linden de la Cour d’appel fédérale l’a signalé à juste titre (au par. 96) :

... le Parlement, en session générale et en comité, a tenu un débat animé sur cette mesure. Le comité parlementaire qui a examiné la question a étudié avec soin les observations de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la Commission Lortie), qui recommandait l’inhabilité de tous les prisonniers purgeant des peines de dix ans ou plus. La session du Parlement a débattu et rejeté, en bout de ligne, une motion visant à abolir l’inhabilité, ainsi qu’une motion subsidiaire en vertu de laquelle l’inhabilité ne serait survenue que lorsqu’une sentence imposant une peine de cinq ans ou plus a été prononcée.

Le juge Linden a fait remarquer que le législateur n’avait pas envisagé l’établissement d’une liste d’infractions précises dont la perpétration entraînerait la perte du droit de vote, mais que la limite fixée arrivait au même résultat — l’inhabilité des auteurs d’infractions graves —, mais par un autre moyen.

Le ministère public et ses experts prétendent que la disposition contestée porte atteinte de façon minimale et ce, pour trois raisons : seuls les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus sont privés du droit de vote, de sorte que la disposition vise uniquement les personnes ayant perpétré des actes

165

166

offences; the disenfranchisement is temporary, in the sense that the vote returns to the offenders once they leave jail; and the return of the vote once the offender leaves jail is automatic.

167

The trial judge, appropriately, was concerned that Parliament be granted some latitude to select alternative policy options. In his final analysis, however, Wetston J. rejected all but one of the appellants' suggested "less intrusive" options. What he believed would be a less intrusive measure is the selective disenfranchisement of each individual offender as a matter of the sentencing judge's discretion. He preferred this approach since it would not be automatic; it would take into account the particular circumstances of each offender. He noted that this option was not heavily considered by Parliament. Further, he noted that legislative criteria could assist the sentencing judge in his or her determinations. The trial judge was also of the view that there would be a greater degree of public attention if the issue of disqualification were to be decided by the sentencing judge, and thus the morally educative dimension of the disenfranchisement would be enhanced. The trial judge thus found that in light of this available option the provision was not minimally impairing. Desjardins J.A., in dissent at the Federal Court of Appeal, was effectively of the same view.

168

I am not convinced by the trial judge's preference for this approach. First, it seems to designate the actual purpose of the voting ban to be more clearly the enhancement of the punitive sanction than the promotion of civic responsibility. I am of the view that if the offender has committed a crime which falls within the category identified by Parliament as bringing with it disenfranchisement, the sentencing judge's discretion has little place in determining whether civic responsibility will be better or worse promoted by the disenfranchisement of the particular offender. It is therefore clearly not of equal effectiveness. Second, I cannot imagine what factors a sentencing judge would appropriately weigh to decide this issue. The "personal circumstances" which a sentencing judge might employ to reduce a sentence have, in my view, no place in determining whether a particular offender be permitted to vote.

criminels jugés « graves » par le législateur; l'inhabilité est temporaire, le détenu redevenant habile à voter à sa sortie de prison; le droit de vote est rétabli automatiquement à la sortie de prison.

Le juge de première instance a à juste titre estimé que le législateur devait disposer d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des solutions de rechange. Toutefois, le juge Wetston a finalement rejeté toutes les options « moins attentatoires » proposées par les appelants, sauf une. Selon lui, il aurait été moins attentatoire de laisser au tribunal qui détermine la peine le soin de décider dans chaque cas s'il y a lieu de suspendre le droit de vote. Cette solution lui paraissait plus acceptable parce que l'inhabilité ne serait pas automatique et la situation personnelle de chaque contrevenant serait prise en considération. Il a fait remarquer que le Parlement n'avait pas bien soupesé cette possibilité. Il a ajouté que des critères pourraient être prévus dans la loi pour aider le tribunal à rendre sa décision. En outre, si elle était décidée par le tribunal fixant la peine, la privation du droit de vote retiendrait davantage l'attention du public et sa fonction d'éducation morale serait accrue. L'existence de cette autre avenue l'a donc amené à conclure que la disposition ne constituait pas une atteinte minimale. Dissidente, madame le juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale s'est rangée à son avis.

La préférence exprimée par le juge de première instance ne me convainc pas. Premièrement, selon la démarche qu'il privilégie, le véritable objectif de la privation du droit de vote paraît être l'accroissement de la sanction pénale et non la promotion de la responsabilité civile. J'estime que, lorsqu'une personne a commis un acte criminel faisant partie de ceux qui, selon le législateur, justifient la privation du droit de vote, le tribunal appelé à déterminer la peine peut difficilement exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider si, dans un cas en particulier, la privation du droit de vote favorisera ou non la responsabilité civile. Ce moyen n'est donc pas aussi efficace. Deuxièmement, je ne vois pas quels facteurs le tribunal pourrait légitimement prendre en considération pour trancher la question. La « situation personnelle » dont il peut tenir compte pour réduire la peine n'a à mon sens rien à voir

The disenfranchisement comes solely from having committed a crime serious enough to bring with it a term of incarceration of two years or more.

The trial judge also noted that legislative guidelines could be provided to assist the sentencing judge. I fail to see how such guidelines would be any more effective than the line currently drawn since the current line is Parliament's choice of a guideline: it clearly identifies a line which Parliament believes represents what amounts to "serious crime". The suggestion that a sentencing judge be able to exercise a discretion, in my view, trivialises the gravity of all offences which Parliament has said, by virtue of the cutoff line selected in relation to the *Criminal Code*, are serious.

It could be said that there are many other less intrusive methods to promote civic responsibility or the rule of law, methods which do not involve prisoners at all. For example, it could be said that a program of compulsory voting for all citizens, as is in effect in Australia or Belgium, might be such an alternative. With regard to such suggestions, I note the following passage from Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

... s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim. [Emphasis added.]

The approach taken by Linden J.A. for the majority of the Federal Court of Appeal below is sound. He held that the current provision was minimally impairing for a number of reasons: only

avec l'opportunité de maintenir le droit de vote d'un détenu en particulier. L'inhabilité résulte uniquement de la perpétration d'un acte criminel suffisamment grave pour entraîner une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus.

Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que le législateur pourrait établir des lignes directrices à l'intention du tribunal appelé à déterminer la peine. Je ne vois pas en quoi de telles lignes directrices seraient plus efficaces que la limite actuelle, puisque celle-ci correspond au choix d'une ligne directrice par le législateur : ce dernier établit clairement ce qui, pour lui, constitue un « acte criminel grave ». Selon moi, vouloir s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal qui détermine la peine banalise les infractions que le législateur juge graves suivant la limite qu'il a fixée en liaison avec le *Code criminel*.

Certains pourraient affirmer qu'il existe de nombreux autres moyens moins attentatoires de favoriser la responsabilité civique ou le respect de la règle de droit, des moyens qui n'ont rien à voir avec les détenus. L'un de ces autres moyens pourrait être, par exemple, l'exercice obligatoire du droit de vote par tous les citoyens, comme en Australie ou en Belgique. À cet égard, il me paraît opportun de citer l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

... l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier. [Je souligne.]

Au nom de la majorité de la Cour d'appel fédérale, le juge Linden a correctement analysé la question. Il a conclu que la disposition actuelle portait atteinte de façon minimale pour plusieurs raisons :

169

170

171

“serious offenders”, as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement; accused persons and those convicted but out on bail are permitted to vote; those out on parole are permitted to vote; and the provision acts proportionately since it is individualized insofar as those with longer sentences will be disenfranchised longer. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflects the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration.

172 Linden J.A. also, correctly in my view, drew a parallel to the approach to minimal impairment adopted by this Court in *Harvey, supra*. He noted at para. 123:

Here too Parliament has sought to further electoral goals with a period during which the person convicted of the most serious crimes will be prohibited from participating in the law-making process. I can see no reason why this Court should declare invalid the balancing engaged in by Parliament in this case.

173 I agree with the Crown that the impugned provision is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. I also note that the two-year cutoff line also reflects practical considerations: it reflects a distinguishing between offenders incarcerated in federal rather than provincial institutions (s. 743.1 of the *Criminal Code*); persons sentenced to a term of imprisonment of two years or more are not eligible to serve their sentence in open custody (s. 742.1 of the *Criminal Code*); and persons subject to a sentence of imprisonment of two years or more are subject to having a court delay parole until one half of the sentence is served (s. 743.6 of the *Criminal Code*).

174 In my view, it is particularly inappropriate, in the case at bar, to find the justification of the limitation of the right to be unconvincing at this phase of the *Oakes* test. First, as was noted above, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line, especially since this Court gave the impression that

seuls les « auteurs d’actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter; les accusés et les personnes déclarées coupables, mais bénéficiant d’une liberté sous caution, ont le droit de vote; les détenus bénéficiant d’une libération conditionnelle peuvent voter et la disposition a un effet proportionné et adapté à chacun dans la mesure où plus la peine est longue, plus l’inhabilité dure longtemps. La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l’inhabilité reflète la durée de la peine et de l’incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale.

Par ailleurs, le juge Linden établit à juste titre un parallèle avec l’analyse à laquelle la Cour s’est livrée dans *Harvey*, précité, relativement à l’atteinte minimale. Voici ce qu’il dit au par. 123 :

Ici aussi, le Parlement a voulu poursuivre des objectifs électoraux en fixant une période au cours de laquelle il est interdit à une personne déclarée coupable d’une infraction parmi les plus graves de participer au processus législatif. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait déclarer invalide le choix fait par le législateur en l’espèce dans la recherche d’un équilibre.

Je conviens avec le ministère public que la disposition contestée n’est pas arbitraire : elle se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s’appuie en outre sur des considérations d’ordre pratique : elle tient compte de la distinction entre les contrevenants détenus dans des pénitenciers fédéraux et ceux détenus dans des établissements provinciaux (art. 743.1 du *Code criminel*), ainsi que du fait que les personnes condamnées à deux ans d’emprisonnement ou plus ne peuvent purger leur peine au sein de la collectivité (art. 742.1 du *Code criminel*) et, si le tribunal l’ordonne, ne sont admissibles à la libération conditionnelle qu’après avoir purgé la moitié de leur peine (art. 743.6 du *Code criminel*).

J’estime qu’il est particulièrement inopportun, à cette étape de l’application du critère de l’arrêt *Oakes*, de tenir pour non convaincante la justification avancée en l’espèce relativement à la restriction du droit en cause. Premièrement, comme je le dis précédemment, il est nécessaire de respecter la

it was up to Parliament to do exactly that after the first *Sauvé* case was heard in 1993. Second, also as developed above, the analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Developing this point, it is important to note that, given the theoretical nature of the arguments raised by both parties in the case at bar, they do not gain proportionally in strength as the bar is moved higher. Symbolic and theoretical justifications such as employed in this case do not get stronger as the line changes. The fundamental premises underlying the line chosen would be the same if the cutoff was 10 years, or even 25 years. See, for example, *Driskell, supra*, in which similar analytical problems to those in the case at bar arose and resulted in a line of five years being held unconstitutional. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament. This view is compounded by the point developed above that it is plain that any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity. The Federal Court of Appeal was correct to find the provision in question minimally impairing.

(c) *Proportionality of Effects*

The final prong of the *Oakes* test demands that the effects of the limiting measure (the impugned provision) must not so severely trench on *Charter* rights that the legislative objective, albeit important, is outweighed by the infringement of the rights. The basic test for determining proportionality is that the objectives must be balanced with the actual effects of the impugned provision: *Oakes, supra*; *Edwards Books, supra*; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. This basic test, however, was restated and modified by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Therein, it was held that in cases where a measure fully, or nearly fully, meets its legislative objective

limite fixée par le législateur, d'autant plus que la Cour a laissé entendre qu'il lui appartenait précisément d'en établir une à l'issue de l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993. Deuxièmement, et je l'ai déjà expliqué également, l'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. Il importe de signaler à cet égard que, en raison de leur nature théorique, les arguments avancés par les deux parties en l'espèce ne seraient pas plus convaincants si une limite supérieure était fixée. Les justifications symboliques et théoriques, comme celles invoquées en l'espèce, ne gagnent pas en vigueur du fait que la limite est modifiée. Les prémisses fondamentales qui la sous-tendent seraient les mêmes si elle correspondait à 10 ans ou même 25 ans. Voir par exemple *Driskell*, précité, où le tribunal était aux prises avec des difficultés analytiques semblables et où une limite de cinq ans a été finalement jugée inconstitutionnelle. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables. En outre, comme nous l'avons déjà expliqué, toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave. La Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure que la disposition contestée constitue une atteinte minimale.

c) *La proportionnalité des effets*

Selon le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes*, les effets de la mesure restrictive (la disposition contestée) ne doivent pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au point que la violation des droits l'emporte sur l'objectif législatif, même s'il est important. Le critère fondamental permettant de déterminer s'il y a proportionnalité est le suivant : il doit y avoir un équilibre entre les objectifs et les effets réels de la disposition en cause : *Oakes*, précité; *Edwards Books*, précité; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Ce critère fondamental a cependant été reformulé et modifié par le juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*,

or objectives, then the conventional *Oakes* analysis stands: weigh the objectives with the actual effects of the impugned provision. Where a measure only partially achieves its legislative objective or objectives, the proportionality requirement is dual: not only must there be proportionality between the deleterious effects of the measure which are responsible for the limiting of the right in question and the objective, but there must also be proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

[1994] 3 R.C.S. 835. La Cour a alors statué que, lorsque la mesure permet d'atteindre pleinement ou presque l'objectif législatif, l'analyse traditionnelle fondée sur l'arrêt *Oakes* s'applique : on compare les objectifs de la disposition en cause avec ses effets réels. Lorsque la mesure ne permet d'atteindre que partiellement l'objectif législatif, l'exigence de la proportionnalité est double : il doit y avoir proportionnalité non seulement entre l'objectif de la mesure et ses effets préjudiciables sur le droit en cause, mais également entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure.

176 What of this case? The Crown alleges that the objectives have been fully met, and thus the *Dagenais* approach should apply. As submitted by the Crown at para. 64 of their factum, “[t]he enactment of the legislation creates the norm and fulfills the moral aim of the legislation. As in *Harvey* . . . there is no need to balance the salutary and deleterious effects of this legislation”.

Qu'en est-il en l'espèce? Le ministère public au par. 64 de leur mémoire allègue que les objectifs ont été pleinement atteints, de sorte que l'analyse antérieure à l'arrêt *Dagenais* devrait s'appliquer. Pour reprendre les termes qu'il a employés dans son mémoire, [TRADUCTION] « [l']adoption de la loi crée la norme et atteint le but moral de la loi. Tout comme dans *Harvey* [. . .], il n'est pas nécessaire de mettre en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la loi ».

177 In *Harvey*, *supra*, at para. 48, La Forest J. stated that “[t]he final step in the *Oakes* analysis is to determine if the effects of s. 119(c), the removal of the appellant as the member for Carleton North and his five-year disqualification from running as a candidate, are proportional to the section's objective of ensuring the integrity of the electoral process.” Thus, La Forest J. did not go on to balance salutary and deleterious effects *per se*; the emphasis was only on weighing the proportionality of the deleterious effects to the objectives of the provision. While Linden J.A. did not definitively prefer the *Harvey* approach in this case, he noted at para. 133 that it “highlights that the context of the particular case is paramount in the *Oakes* analysis”. Further, he noted at para. 134 that “it is hard to speak of salutary effects in the context of the penal sanction, especially in an age where there is little evidence proving that the penal sanction is effective in reducing or deterring crime, or in reducing recidivism”. I agree and am of the view that regardless of which test is engaged, given the nature of the evidence and the fact that the objectives have clear symbolic effect,

Dans *Harvey*, précité, par. 48, le juge La Forest dit que « [l]a dernière étape de l'analyse proposée dans *Oakes* consiste à déterminer si les effets de l'al. 119c), à savoir la destitution de l'appelant de sa charge de député de Carleton-Nord et la période d'inéligibilité de cinq ans, sont proportionnels à l'objectif de cette disposition, qui est de garantir l'intégrité du processus électoral ». Le juge La Forest n'a donc pas mis en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables comme tels; il n'a mis l'accent que sur la proportionnalité des effets préjudiciables et des objectifs de la disposition. En l'espèce, même s'il n'a pas opté définitivement pour la démarche préconisée dans *Harvey*, le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, a fait observer que cette démarche « met encore davantage en lumière l'importance primordiale du contexte dans l'analyse décrite dans *Oakes* » (par. 133) . Il a ajouté qu'« il est difficile de parler d'effets bénéfiques dans le contexte d'une sanction pénale, plus particulièrement à une époque où il existe peu de preuves établissant que la sanction pénale est efficace pour réduire la criminalité, dissuader les criminels ou empêcher les récidives »

that the proportionality analysis is nonetheless satisfied.

It is my view that the arguments in this dimension of the analysis are basically either persuasive or not. If the objectives are taken to reflect a moral choice by Parliament which has great symbolic importance and effect and which are based on a reasonable social or political philosophy, then their resulting weight is great indeed. Over all, while the temporary disenfranchisement is clear, the salutary effects and objectives are, in my view, of greater countervailing weight. Generally, I agree with the analysis of Linden J.A. at the Federal Court of Appeal below to this effect.

The trial judge considered this dimension of the *Oakes* test despite having found that the impugned provision was not minimally impairing. He discussed the current situation across Canadian provinces with regard to prisoner enfranchisement for the purpose of provincial elections. He noted that four provinces (I note that it is now five) permit all prisoners to vote in provincial elections, others place some limits, while yet others provide for complete disenfranchisement. He then found that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from instances where prisoners had exercised the right to vote, such as provincial elections or referenda. He also noted that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from prisoner voting in other countries. I do not find this reasoning persuasive: the harm which flows from serious offenders voting is obviously not empirically demonstrable. As long as one holds democracy to be an abstract good, to find that empirically measurable harm flows from the result of any fair democratic process is an impossible argument to make.

The salutary effects in the case at bar are particularly difficult to demonstrate by empirical evidence given their largely symbolic nature. On this point, I

(par. 134). Je partage son point de vue et j'estime que, peu importe le critère appliqué, étant donné la nature de la preuve et l'effet clairement symbolique des objectifs, il y a bel et bien proportionnalité.

En fait, les arguments examinés à cette étape de l'analyse sont soit convaincants, soit non convaincants. Si l'on considère que les objectifs reflètent un choix moral du législateur d'une grande importance et d'une grande incidence symboliques et qu'ils se fondent sur une philosophie sociale ou politique raisonnable, leur poids est en effet très grand. Mais surtout, même si l'inhabilité temporaire à voter ne fait pas de doute, les effets bénéfiques et les objectifs la justifient amplement. Dans l'ensemble, je me range donc à l'avis du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale.

Le juge de première instance a abordé ce volet du critère de l'arrêt *Oakes* même s'il a conclu que la disposition contestée ne constituait pas une atteinte minimale. Il a examiné le droit des détenus de voter aux élections provinciales dans les différentes provinces canadiennes. Quatre provinces (je précise qu'elles sont désormais au nombre de cinq) autorisent tous les prisonniers à voter aux élections provinciales, d'autres établissent certaines restrictions et certaines excluent carrément les détenus de l'électorat. Il a ensuite conclu que le ministère public n'avait offert aucune preuve du préjudice découlant de la participation des détenus à certaines élections provinciales ou à certains référendums. Il a par ailleurs signalé que le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve quant au préjudice découlant de l'exercice du droit de vote par les détenus dans d'autres pays. Ce raisonnement ne me paraît pas convaincant : on ne saurait manifestement pas établir de manière empirique le préjudice imputable à l'exercice du droit de vote par des personnes reconnues coupables d'actes criminels graves. Tant que l'on tient la démocratie pour un bien abstrait, on ne peut soutenir qu'un préjudice empiriquement mesurable découle du résultat d'un processus démocratique régulier.

En l'espèce, il est particulièrement difficile de prouver de manière empirique les effets bénéfiques étant donné leur nature essentiellement symbolique.

178

179

180

note that it would be difficult for the Crown to justify all penal sanctions, if scientific proof was the standard which was required. I discussed this above, and would like to reiterate that many core values of the Canadian community might suffer if put to such a test. In such cases, the weighty merit of the objectives themselves must be considered with the social, legislative and factual context in mind. In this case, a central dimension of the context is Parliament's choice of a particular social or political philosophy on which the justification for the limitation of the right is based. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, this third phase of the proportionality prong of the *Oakes* test is unique in that it

provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.

181 Linden J.A. found that the primary salutary effect was that the legislation, intrinsically, expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. He thus concluded, at para. 137, that it has more than symbolic effect:

This legislation sends a message signalling Canadian values, to the effect that those people who are found guilty of the most serious crimes will, while separated from society, lose access to one of the levers of electoral power. This is an extremely important message, one which is not sent by incarceration alone. Incarceration is essentially separation from the community. Incarceration alone signals a denunciation of the offender's anti-societal behaviour and indicates society's hope for rehabilitation through separation from the community. Incarceration by itself, however, leaves those convicted of serious crimes free to exercise all the levers of electoral power open to all law-abiding citizens. This maintains a political parity between those convicted of society's worst crimes and their victims. Disqualification from voting, however, signals a denunciation of the criminal's anti-societal behaviour and sends the message that those people convicted of causing the worst forms of indignity to others will be deprived of one aspect of the political equality of citizens — the right to vote. It can be said that, in this context, "kindness toward the criminal can be an act of

Je signale à cet égard que le ministère public aurait du mal à justifier n'importe quelle sanction pénale s'il devait satisfaire à la norme de la preuve scientifique. Je le répète, l'application d'un tel critère pourrait être préjudiciable à de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. En pareils cas, le bien-fondé des objectifs eux-mêmes doit être soupesé compte tenu du contexte social, législatif et factuel. En l'espèce, l'adhésion du législateur à une philosophie sociale ou politique donnée sur laquelle se fonde la justification avancée à l'appui de la restriction du droit en cause est au cœur du contexte à considérer. Comme le dit le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, ce troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* portant sur la proportionnalité est unique en ce qu'il

donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Selon le juge Linden, le principal effet bénéfique est que la loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Il conclut au par. 137 de ses motifs que la loi n'a pas qu'un effet symbolique :

La loi véhicule un message mettant en relief les valeurs canadiennes, selon lequel les personnes reconnues coupables des infractions les plus graves perdront, pendant leur isolement de la société, leur accès à l'un des leviers du pouvoir électoral. Ce message est extrêmement important et il n'est pas transmis par la seule incarcération. L'incarcération consiste essentiellement à isoler une personne de la collectivité. L'incarcération seule exprime la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et révèle l'espoir de la société de parvenir à sa réadaptation en l'isolant de la collectivité. L'incarcération en soi n'entrave toutefois pas la possibilité pour les personnes coupables des infractions les plus graves d'utiliser tous les leviers du pouvoir électoral auxquels tout citoyen respectueux de la loi a accès. L'égalité politique entre les auteurs des crimes les plus graves et leurs victimes est donc préservée. L'incapacité à voter exprime toutefois la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et fait savoir que les personnes reconnues coupables d'avoir fait subir les pires affronts à autrui seront privées de l'un des aspects de l'égalité politique des citoyens —

cruelty toward his victims, and the larger community”.
[Footnotes omitted; emphasis in original.]

Linden J.A. suggested that value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Therefore, “the enactment of the measure is itself a salutary effect” (para. 138). I agree. As can be drawn out from the overview of the arguments which were placed before this Court, one is forced to either accept the objectives, and consequently grant them weight at this stage of the analysis, or discount them. I am of the view that the salutary effects and objectives must be granted the respect of this Court.

The signalling function of s. 51(e) is highly important. Linden J.A., below, noted at paras. 139 and 141 of his reasons, that:

The signal itself is a double signal, a message about the community’s view of crime and a repudiation of the indignity perpetrated on victims of crime. Where someone, by committing a serious crime, evinces contempt for our basic societal values, their right to vote may be properly suspended. Indeed, not to do so undermines our democratic values.

In context, this legislation puts forward a statement of principles by which Canadians live. That is a valid role which Parliament may play. The formal enactment of these principles itself is as important as any tangible effects that the law may have. [Footnotes omitted.]

This view is supported by the Crown’s experts, Professors Pangle and Manfredi. Professor Pangle emphasized that the provision in question reflects a signal to society and to offenders that the commission of serious criminal acts will result in the loss of a dimension of political participation. Professor Manfredi developed the argument, employed above, that there is something important about the nexus between the exercise of the vote by citizens and the responsibilities and duties inherent in citizenship. Also as reflected upon above, the provision reflects society’s desire to promote the rule of law and civic responsibility, which are inherent in and required

le droit de vote. On peut dire que, dans ce contexte, [TRADUCTION] « la bonté envers le criminel peut constituer de la cruauté envers ses victimes et l’ensemble de la collectivité ». [Notes omises; souligné dans l’original.]

Le juge Linden laisse entendre qu’une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d’une facette de l’égalité politique des citoyens. Il conclut donc que « l’adoption de cette mesure est bénéfique en soi » (par. 138). J’en conviens. Au vu des arguments qui ont été présentés à la Cour, il faut soit accepter les objectifs et, par conséquent, leur accorder de l’importance à cette étape de l’analyse, soit les rejeter. Selon moi, la Cour doit reconnaître l’importance des effets bénéfiques et des objectifs de la disposition contestée.

Comme le juge Linden l’écrit aux par. 139 et 141 de ses motifs, le message que transmet l’al. 51e) est très important :

[Ce signal] est double : il exprime l’opinion que la collectivité a du crime et désavoue l’affront fait aux victimes du crime. Lorsqu’une personne démontre son mépris pour les valeurs de notre société, en perpétrant une infraction grave, son droit de vote peut à bon droit être suspendu. En fait, le défaut d’agir ainsi minerait nos valeurs démocratiques.

En contexte, la loi formule un énoncé des principes qui régissent la vie des Canadiens. C’est un rôle que le Parlement peut jouer valablement. L’adoption officielle de ces principes revêt autant d’importance que les éventuels effets tangibles de la loi. [Notes omises.]

Les experts du ministère public, les professeurs Pangle et Manfredi, partagent ce point de vue. Le professeur Pangle insiste sur le fait que la disposition transmet à la société et aux contrevenants le message que la perpétration d’un acte criminel grave entraînera la perte d’une facette de la participation politique. Le professeur Manfredi a développé l’argument, exposé précédemment, que le lien entre l’exercice du droit de vote par les citoyens et les obligations inhérentes à la citoyenneté recèle quelque chose d’important. La disposition traduit également la volonté de la société de promouvoir la règle de droit et la responsabilité civique, qui

by the rule of law and the notion of the social contract. This provision draws a line which sends a strong and beneficial moral message to society as a whole, the message that crime will not be tolerated. As was said in *Sharpe, supra*, by L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself, at para. 191: "The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values".

sont inhérentes à la primauté du droit et au contrat social. Elle établit une limite qui envoie à la société dans son ensemble un message de nature morale, à la fois ferme et bénéfique, à savoir que le crime ne sera pas toléré. Comme les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même l'avons dit dans *Sharpe*, précité, par. 191, « [n]otre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales ».

183

Another salutary effect of the impugned provision is that it has an effect that is noticed by the disenfranchised offenders themselves. Linden J.A. agreed and substantiated this view by quoting testimony from the appellant Aaron Spence to the effect that Mr. Spence was troubled by the fact that he was denied the vote, at para. 143:

La disposition en cause est par ailleurs bénéfique en ce sens que son effet n'échappe pas aux principaux intéressés. Le juge Linden en convient et cite à l'appui le témoignage de l'appelant Aaron Spence, qui se disait troublé par la perte du droit de vote (au par. 143) :

Q. The fact that you are deprived of the right to vote doesn't bother you?

A. It does, it does bother me.

Q. The answer to my question, then, Mr. Spence, unless I misunderstood your answer, is that you are, in fact, deprived of certain things that you think are valuable?

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.

I am of the view that this evidences the salutary effect that the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves. I am also of the view that based on this, there is reason to believe that the disenfranchisement could have an ongoing positive rehabilitative effect. Since the vote is meaningful to these offenders, then perhaps its temporary loss will be a factor which these offenders will carry with them as they pursue reintegration into the community on their release. The reasons of the Chief Justice deny this and suggest that the denial of the vote to prisoners makes reintegration and rehabilitation more difficult. As just stated, I disagree. I note as well, however, that it is possible to argue that incarceration itself may make rehabilitation and reintegration more difficult, but it is still,

[TRANSDUCTION]

Q. Le fait d'être privé de votre droit de vote ne vous dérange pas?

R. Oui. Oui, ça me dérange.

Q. La réponse à ma question alors, M. Spence, à moins que je ne vous comprenne pas, c'est que vous êtes en fait privé de certaines choses qui ont de la valeur pour vous?

R. Certainement.

Q. Comme le droit de vote?

R. C'est vrai.

Il semble donc que les contrevenants eux-mêmes jugent significative l'incapacité temporaire à voter, ce qui atteste, à mon avis, l'effet bénéfique de la disposition. De ce fait, j'estime aussi qu'il y a lieu de croire que la privation du droit de vote pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. Comme le droit de vote est important pour le détenu, il se peut que sa perte temporaire demeure présente à son esprit lorsqu'il s'engagera dans la voie de la réinsertion sociale après sa mise en liberté. Le Juge en chef exprime l'avis contraire et soutient que le retrait du droit de vote rend la réinsertion sociale et la réadaptation plus difficiles. Je ne suis évidemment pas d'accord. Je remarque aussi, toutefois, que l'on peut soutenir que l'incarcération elle-même rend plus ardues la réinsertion sociale et

in some cases, an important dimension of punishment and indeed a step towards rehabilitation.

The most obvious deleterious effect of s. 51(e) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. Based on statistical data, Linden J.A. concluded that the provision was effective insofar as it affected only the most serious offenders. Linden J.A. presented an overview of the number and percentage of inmates in federal penitentiaries serving time for particular offences in the form of a table reproduced at para. 145 of his reasons. Basically, it reflected the serious nature of the offences committed by those persons incarcerated for two years or more. As noted above, of the sample of 14,179 offenders incarcerated for two years or more, each was found to have, on average, 29.5 convictions. Linden J.A. thus properly concluded that the provision catches serious and repeat offenders. The statistics also indicate that 75 percent of prisoners incarcerated in federal penitentiaries are serving sentences of five years or less. Therefore, most prisoners will only be deprived of participation in one election: see Linden J.A., at para. 145; see also Linden J.A., at para. 122, where fixed periods of disenfranchisement are discussed and a helpful parallel is drawn to this Court's approach in *Harvey, supra*. Lastly, because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, it may in fact be the case that a serious criminal offender who is technically disenfranchised during the period of his or her incarceration may never actually be denied the opportunity to vote, as there may be no election during the time he or she is incarcerated.

The reasons of the Chief Justice suggest that to be temporarily disenfranchised while incarcerated is to be severed from the body politic and silenced as an unworthy outsider. Above, I explained how temporary disenfranchisement does not undermine the "worth" or "dignity" of any offender but is instead focussed at criminal offences. I also have discussed how temporary disenfranchisement is to be seen as

la réadaptation, mais il s'agit encore, dans certains cas, d'un aspect important de la punition et, en fait, d'une étape vers la réadaptation.

L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51e) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. S'appuyant sur des données statistiques, le juge Linden a conclu que la disposition était efficace du fait qu'elle ne visait que les contrevenants coupables des infractions les plus graves. Dans un tableau figurant au par. 145 de ses motifs, le juge Linden donne un aperçu du nombre et du pourcentage de détenus des pénitenciers fédéraux qui purgent des peines pour diverses infractions. Ce tableau fait essentiellement ressortir la gravité des infractions commises par ces personnes incarcérées pour deux ans ou plus. Comme je l'ai signalé, les 14 179 contrevenants condamnés à une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon ont commis en moyenne 29,5 infractions chacun. Le juge Linden a donc conclu à bon droit que la disposition vise les auteurs d'infractions graves et les récidivistes. Les données statistiques révèlent également que 75 pour 100 des détenus sous responsabilité fédérale purgent une peine de cinq ans ou moins. Par conséquent, la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin : voir le juge Linden, par. 145; voir aussi le par. 122, où il examine la possibilité d'une période déterminée d'inhabilité et établit un parallèle utile avec l'analyse de la Cour dans *Harvey*, précité. Enfin, parce que la durée de l'inhabilité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave et étant techniquement inhabile à voter durant son incarcération ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période.

Les motifs du Juge en chef donnent à penser qu'être inhabile à voter pendant l'incarcération équivaut à être exclu de la société et réduit au silence comme un vulgaire étranger. J'ai déjà expliqué en quoi l'inhabilité temporaire à voter ne sape pas la « valeur » ou la « dignité » du contrevenant, mais découle plutôt de la perpétration d'un acte criminel. J'ai également dit que l'inhabilité

a dimension of punishment that is tailored towards rehabilitation and reintegration: it is therefore ultimately focussed upon inclusion rather than exclusion. One other point which I would like to make briefly is to note that, while being temporarily disenfranchised is clearly a significant measure, which is part of the reason why it carries such great symbolic weight, it does not amount to the complete extinguishment of all means of political expression or participation. There are many other avenues by which serious criminals who are incarcerated for two or more years may still exercise political expression: they can write to and lobby elected representatives, publish their ideas or policy proposals, or in other ways make their views known.

temporaire doit être considérée comme un élément de la punition conçu en fonction de la réadaptation et la réinsertion sociale : elle met donc l'accent en fin de compte sur l'inclusion, et non sur l'exclusion. Il est un autre motif que je voudrais exposer brièvement. Même si l'incapacité temporaire constitue clairement une mesure significative, ce qui explique en partie qu'elle ait une telle importance symbolique, elle n'emporte pas la suppression totale de tous les moyens d'expression ou de participation politiques. Les auteurs d'infractions graves purgeant des peines de deux ans ou plus peuvent emprunter de nombreuses autres avenues pour exercer leur liberté d'expression politique : ils peuvent écrire à leurs représentants élus et exercer des pressions sur eux, publier leurs idées et leurs propositions en matière de politique ou recourir à d'autres moyens pour faire connaître leurs opinions.

186

I return to the issue of deference to Parliament, and to the special context of this case, that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense. Linden J.A. noted at the Federal Court of Appeal, at para. 114, that:

While the notion of ensuring a “decent” or “moral” electorate may have little place in today’s society, it is Parliament’s role to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Such considerations are by definition political and therefore warrant deference.

Deference is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy. Linden J.A. stated, at para. 135 that “[t]he courts cannot prevent Parliament from proportionately compromising Charter rights in the name of denouncing crime, even if they disagree with Parliament’s penal philosophy”. On the issue of deference to choices regarding penal philosophy, I refer to this Court’s decision in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, where it upheld a mandatory sentence imposed under the British Columbia *Motor Vehicle Act*, on the basis that it was not an infringement of the guarantee against cruel or unusual punishment

Je reviens à la question de la retenue judiciaire à l’égard du législateur et au contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d’être étayée par une preuve au sens où on l’entend habituellement. Le juge Linden de la Cour d’appel fédérale fait observer ce qui suit au par. 114 de ses motifs :

Même si la notion de constitution d’un électorat « honnête » et « responsable » n’occupe peut-être plus une bien grande place dans la société actuelle, il incombe au Parlement de préserver et de rehausser l’intégrité du processus électoral. De telles considérations sont, par définition, de nature politique et doivent bénéficier d’une certaine retenue.

Il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales. Le juge Linden ajoute ce qui suit au par. 135 : « Les tribunaux ne peuvent pas empêcher le Parlement de porter une atteinte proportionnée aux droits garantis par la Charte afin de réprimer le crime, même s’ils sont en désaccord avec sa philosophie pénale ». En ce qui concerne la question du respect des choix du législateur en matière de philosophie pénale, je renvoie à l’arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, où la Cour a confirmé une peine obligatoire infligée en application de la *Motor Vehicle Act* de la

found in s. 12 of the *Charter*. In *Goltz* at p. 502, speaking for a majority of the Court, I cited from *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), per Borins J., the following passage, approved of by Lamer J. in both *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 725, and *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1070:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest cases. . . .

In his reasons, Linden J.A. made the appropriate comment that the recent evolution of penal policy has been an issue attracting significant political attention. At para. 116 he stated:

This Court can appropriately note that since 1992 Canada has seen two federal elections in which views of crime and punishment were important. Since 1992, Canada's denunciation of crime and criminal behaviour has grown louder. The federal government has strengthened many aspects of the criminal law in an attempt to reflect the growing intolerance of crime in our communities. It is noteworthy that Parliament has also expended resources seeking alternatives to incarceration, and placing emphasis on victim's rights. While it is important to remember that the *Charter* exists to protect vulnerable people from oppressive public moods, it is also important to be sensitive to legitimate changes in Parliamentary attitudes toward what is and is not sound penal policy.

When the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender which mirrors the fact of his or her

Colombie-Britannique, au motif qu'elle ne portait pas atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées que prévoit l'art. 12 de la *Charte*. Dans cet arrêt, au nom de la majorité de la Cour, je cite à la p. 502 l'extrait suivant de *R. c. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), le juge Borins, que le juge Lamer a approuvé dans *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 725, et dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1070 :

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes. . . .

Dans ses motifs, le juge Linden fait remarquer à juste titre que l'évolution récente de la politique pénale a suscité d'importants débats dans l'arène politique. Voici ce qu'il dit au par. 116 :

La Cour peut à bon droit noter que, depuis 1992, le Canada a connu deux élections fédérales dans lesquelles les points de vue sur la criminalité et le châtement ont joué un rôle important. Depuis 1992, la criminalité et les comportements criminels sont réprouvés avec de plus en plus de force au Canada. Le gouvernement fédéral a renforcé de nombreux aspects du droit criminel dans le but de donner écho à l'intolérance croissante face au crime qu'on peut constater dans nos collectivités. Il convient de mentionner que le Parlement a aussi affecté davantage de ressources à la recherche de solutions de rechange à l'incarcération et a mis l'accent sur les droits des victimes. Certes, il importe de se rappeler que la raison d'être de la *Charte* est de protéger les personnes vulnérables des humeurs abusives de la population, mais il faut aussi être sensible aux changements légitimes dans les attitudes du Parlement à l'égard de ce qui constitue ou non une saine politique pénale.

Considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'incapacité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave, laquelle découle de son

incarceration. In my view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

V. Section 15(1) of the Charter

189 I agree with the trial judge and unanimous Court of Appeal below (Desjardins J.A. was in agreement with Linden J.A.'s reasoning regarding s. 15(1)) that it is clear that there has been no infringement of s. 15(1) of the *Charter*.

190 In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. summarized, at para. 88, the proper approach to s. 15(1) as follows:

(3) ... a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

(A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

191 In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 63, Cory and Iacobucci JJ. noted that for distinctions to be discriminatory, they must be made on the basis of an enumerated or analogous ground:

incarcération. Je suis d'avis que le législateur a adopté une disposition raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

V. Le paragraphe 15(1) de la Charte

Je conviens avec le juge de première instance et les juges unanimes de la Cour d'appel fédérale (le juge Desjardins souscrivant au raisonnement du juge Linden sur ce point) qu'il n'y a manifestement pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88, le juge Iacobucci résume la démarche que commande l'application du par. 15(1) :

(3) ... le tribunal ayant à se prononcer sur une allé- gation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

(A) La loi contestée : a) établit-elle une distinc- tion formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discrimi- natoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'in- dividu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société cana- dienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 63, les juges Cory et Iacobucci ont précisé que, pour qu'elle soit discriminatoire, une distinction doit être faite sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue :

Not every legislative distinction is discriminatory. Before it can be found that it gives rise to discrimination, it must be shown that an equality right was denied on the basis of an enumerated or analogous ground, and that this differential treatment discriminates “in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter*”: *Law, supra*, at para. 39. [Emphasis in original.]

Even if I were to presume that a distinction has been based on personal characteristics pursuant to inquiry (A) of the *Law* criteria, I am of the view that the answer to (B) is clearly in the negative. The status of being a prisoner does not constitute an analogous ground.

Several courts have canvassed the issue of whether prisoner status constitutes an analogous ground: *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.); *Belczowski* (at the trial level), *supra*; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002 (T.C.C.); *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (T.C.C.); *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (T.C.C.), followed in *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (T.C.C.); *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168 (T.D.), leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; and *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff’d (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154. All have held that prisoner status does not amount to a ground analogous to those enumerated under s. 15(1) of the *Charter*.

In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, this Court agreed with the reasoning of the Federal Court of Appeal below on the point that permanent residents who had been convicted of criminal offences involving terms of imprisonment of five years or more did not constitute a category of persons analogous to those enumerated in s. 15(1). Pratte J.A. at the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 299, at p. 311, stated:

No analogy can be made between the grounds of discrimination mentioned in section 15 and the fact that certain permanent residents have been convicted of serious offences. Permanent residents who have been convicted of serious criminal offences do not fall into an analogous category to those specifically enumerated in section 15.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. Avant de pouvoir conclure à la discrimination, il faut établir qu'un droit à l'égalité a été nié sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue et que cette différence de traitement est « réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* » : *Law*, précité, au par. 39. [Souligné dans l'original.]

Même si je supposais qu'une distinction a été établie d'après des caractéristiques personnelles selon le volet (A) du critère de l'arrêt *Law*, je crois que la réponse au volet (B) est clairement négative. Le fait d'être prisonnier ne constitue pas un motif analogue.

Plusieurs tribunaux ont examiné minutieusement la question de savoir si la condition de prisonnier constitue un motif analogue : *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1^{re} inst.); *Belczowski* (1^{re} inst.), précité; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002 (C.C.I.); *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (C.C.I.); *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (C.C.I.), décision suivie dans *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (C.C.I.); *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R.1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154. Tous ont conclu que les prisonniers ne constituent pas un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel fédérale que les résidents permanents reconnus coupables d'infractions criminelles entraînant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus n'appartenaient pas à une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 299, dit à la p. 311 :

Aucune analogie ne peut être établie entre les motifs de discrimination définis à l'article 15 et le fait que certains résidents permanents ont été déclarés coupables d'infractions graves. Les résidents permanents qui ont été reconnus coupables d'actes criminels graves ne tombent pas dans une catégorie analogue à celles qui sont énumérées à l'article 15.

192

193

194

I am of the view that a similar analysis applies in the case at bar, although here the distinction drawn is between citizens who have committed serious criminal offences for which they have been incarcerated as punishment and other citizens, rather than the distinction in *Chiarelli* drawn between permanent residents who have committed serious offences warranting terms of imprisonment of five years or more and other permanent residents.

195 Prisoners do not constitute a group analogous to those enumerated in s. 15(1) because the fact of being incarcerated cannot be said to have arisen because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. This was the view of the trial judge in *Jackson*, *supra*, noted by the trial judge in the case at bar: the differential treatment arises “not from their personal characteristics, but from past courses of conduct” (p. 920). This was also the view of Strayer J. in *Belczowski* at the trial level, *supra*, at p. 162: “I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1)”.

196 Linden J.A., below, correctly stated at para. 166 of his reasons:

... I cannot describe one's status as a prisoner as “a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity”. Imprisonment is neither immutable nor unchangeable; for all but a few prisoners it is a status that is meant to change over time. Further, it cannot be said that “the government has no legitimate interest in expecting” prisoners to change in order “to receive equal treatment under the law”. In fact, the contrary is true — the government has every reason to expect convicted criminals to change their behaviour in order to achieve equal

Selon moi, le même raisonnement vaut en l'espèce, bien que la distinction soit établie entre les citoyens ayant commis des actes criminels graves pour lesquels ils sont incarcérés en guise de punition et les autres citoyens, alors que dans *Chiarelli* la distinction est entre les résidents permanents ayant commis des infractions graves justifiant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus et les autres résidents permanents.

Les prisonniers ne forment pas un groupe analogue à ceux énumérés au par. 15(1), parce que l'on ne peut considérer que l'incarcération résulte de l'application stéréotypée d'une présumée caractéristique de groupe. Le fait d'être détenu est imputable à la perpétration d'un acte criminel grave, acte que l'intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l'activité criminelle antérieure. Tel était l'avis du juge de première instance dans *Jackson*, précité, comme l'a fait remarquer le juge de première instance en l'espèce : la différence de traitement découle « non pas de leurs caractéristiques personnelles, mais de leur conduite antérieure » (p. 920). C'était également le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, p. 162 : « Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1) ».

C'est à juste titre que le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dit ce qui suit au par. 166 de ses motifs :

... je ne puis décrire l'état de prisonnier comme « une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle ». L'emprisonnement n'est ni immuable ni impossible à modifier; pour la presque totalité des prisonniers, c'est un état qui peut changer avec le temps. De plus, on ne peut affirmer que « le gouvernement ne peut légitimement s'attendre » que les prisonniers changent « pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi ». En fait, l'inverse est vrai — le gouvernement a toutes les raisons de s'attendre

treatment under the law. That is the very reason for imprisonment.

With regard to the argument that being imprisoned could be said to be immutable or constructively immutable, insofar as incarceration is, obviously, once it has begun, beyond a prisoner's control, the immutability or constructive immutability is nonetheless an inherent and necessary dimension of being incarcerated, which obviously and validly relates to the state's legitimate role of punishing serious criminals for their criminal activity. If one could change the fact of being incarcerated at one's own whim, then it would be a useless concept. Most importantly, while being incarcerated is beyond the immediate control of a prisoner, it is the result of their criminal activity, the commission of which was within their control. As Professor Hogg has aptly suggested, at p. 52-29 of *Constitutional Law of Canada, supra*:

Another way of looking at immutability as the common element of the listed personal characteristics is to notice that the characteristics are inherent, rather than acquired. They do not reflect a voluntary choice by anyone, but rather an involuntary inheritance. . . . Section 15 prohibits laws that distinguish between people on the basis of their inherent attributes as opposed to their behaviour. Section 15 therefore does not prohibit laws that make special provision for those who have committed a crime, become insolvent, manufactured food or drugs, joined the legal profession, made a will, purchased a taxable good or service, etc. It is true that individuals may claim to be treated unfairly by the law for conditions that are their own responsibility, but this kind of claim even if fully justified does not warrant a constitutional remedy.

When discussing punishment and incarceration, it is important to also address s. 12 of the *Charter*. Section 12, which protects “[e]veryone” from “cruel and unusual treatment or punishment”, addresses the condition of incarcerated persons and persons undergoing other forms of punishment or treatment. It, however, inherently recognizes the fact that incarcerated persons are clearly subject to a kind of

que les personnes déclarées coupables d’une infraction criminelle modifient leur comportement pour avoir droit à l’égalité de traitement garantie par la loi. C’est la raison d’être de l’emprisonnement.

En ce qui concerne l’argument selon lequel l’incarcération peut être immuable ou présumée immuable puisque de toute évidence, une fois qu’elle a commencé, elle est indépendante de la volonté du détenu, l’immuabilité ou l’immuabilité présumée constitue néanmoins une dimension nécessaire inhérente à l’incarcération, et cette dimension se rattache manifestement et à juste titre au pouvoir légitime de l’État de punir les auteurs d’actes criminels graves. Si l’on pouvait à son gré changer quelque chose au fait d’être incarcéré, la mesure n’aurait aucun sens. Surtout, bien qu’elle soit indépendante de la volonté immédiate du détenu, l’incarcération résulte d’un acte criminel que le détenu a délibérément perpétré. Comme le professeur Hogg l’a judicieusement laissé entendre à la p. 52-29 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada, op. cit.* :

[TRADUCTION] Il est une autre façon d’envisager l’immuabilité en tant qu’élément commun des caractéristiques personnelles énumérées; on peut constater en effet qu’il s’agit de traits inhérents qu’on n’acquiert pas par soi-même. Ils ne résultent pas d’un choix volontaire, mais constituent un héritage reçu involontairement. [. . .] L’article 15 proscriit toute mesure législative qui fait des distinctions entre les gens sur le fondement de leurs attributs, par opposition à leur comportement. Il n’interdit donc pas l’adoption de lois qui renferment des dispositions particulières visant les personnes qui commettent un crime, qui deviennent insolvables, se livrent à la fabrication d’aliments ou de drogues, qui se font avocats, qui dressent un testament, qui achètent un produit ou un service taxables, etc. On peut bien sûr se prétendre injustement traité en vertu d’une loi par suite d’une situation dont on est soi-même l’auteur, mais ce genre d’allégation, même à la supposer tout à fait justifiée, ne donne pas lieu à une réparation fondée sur la Constitution.

En matière de punition et d’incarcération, il importe d’examiner également l’art. 12 de la *Charte*, qui protège « [c]hacon » contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ». Cette disposition vise les personnes emprisonnées et les personnes qui font l’objet d’autres types de peine ou de traitement. Cependant, elle reconnaît implicitement que le détenu fait clairement l’objet d’un traitement

unequal treatment, but a form of treatment that is nonetheless constitutional as long as it is not “cruel and unusual”.

inégal, mais que ce traitement est constitutionnel s’il n’est pas « cruel et inusité ».

199 I spent much time above addressing how being incarcerated for having committed a serious crime does not go to the “dignity” or “worth” of the perpetrator: it relates to the crime committed. Crime is appropriately disapproved of: disapproval is inherent in its definition, which relates to committing offences which are punishable by law. Prisoner status relates to the valid fact of punishment for this criminal activity.

J’ai déjà longuement expliqué pourquoi l’incarcération consécutive à la perpétration d’un acte criminel grave ne compromet ni la « dignité » ni la « valeur » du contrevenant : il se rattache à l’acte perpétré. Le crime est à juste titre désapprouvé : cet opprobre est inhérent à sa définition, soit la perpétration d’une infraction punissable par la loi. La condition de prisonnier est liée à la peine infligée à juste titre pour la perpétration d’un acte criminel.

200 Further, from the perspective of the general community and of victims or potential victims, I note that serious criminal conduct is often directly inimical to one of the two purposes of s. 15(1), that of ensuring the equal worth and dignity of all human persons: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 54.

Par ailleurs, du point de vue de la collectivité en général et des victimes ou des victimes éventuelles, je souligne que, souvent, les actes criminels graves vont directement à l’encontre de l’un des deux objets du par. 15(1), celui d’assurer l’égalité et la dignité de tous les êtres humains : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 54.

201 It is clear that the case law of this Court indicates that equality does not necessarily connote identical treatment. In my view, to find prisoner status to be an analogous ground would be a distortion of the purpose of s. 15(1) and would come close to making a mockery of the *Criminal Code* and the values on which it is based and which it enshrines. This is because it makes little sense to suggest that the distinction being drawn between incarcerated persons and other citizens is based on a stereotypical or irrelevant ground. The relevant and valid ground of differentiation which results in becoming a prisoner is the conviction for a serious criminal offence.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu’égalité ne signifie pas nécessairement identité de traitement. À mon sens, conclure que la condition de prisonnier confère un motif analogue équivaldrait à déformer l’objet du par. 15(1) et reviendrait presque à ridiculiser le *Code criminel* et les valeurs qui le sous-tendent et qu’il consacre. La raison en est qu’il n’est guère logique de laisser entendre que la distinction établie entre les détenus et les autres citoyens se fonde sur un stéréotype ou un motif non pertinent. La distinction qui donne lieu à l’emprisonnement se fonde sur le fait que l’intéressé a été déclaré coupable d’un acte criminel grave, ce qui constitue un motif pertinent et valable.

202 An alternative argument was made before this Court that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a “disproportionate” percentage of prisoners. I am not convinced by this argument. On this point, I adopt the following analysis of Linden J.A., from para. 169 of his reasons:

À titre subsidiaire, on a fait valoir devant la Cour que l’emprisonnement devait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » de la population carcérale. Je ne suis pas convaincu par cet argument. Je me range plutôt à l’avis du juge Linden, de la Cour d’appel fédérale, exprimé au par. 169 de ses motifs :

First, since, according to the data offered, 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in the prison system adversely affects the political expression of Aboriginal peoples generally, as there are over six hundred thousand registered Aboriginal people in Canada. If Aboriginal people generally, or a particular group of Aboriginal people, could show that disenfranchisement effectively and adversely compromised their political expression, a constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might conceivably be justified. This has not been done. Second, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in prison is so overwhelming as to justify a conclusion that a law aimed at prisoners is *de facto* a law aimed at Aboriginal peoples. If the over-representation of Aboriginal peoples in prisons reaches a level where it could be said that a law aimed at prisoners was, *de facto*, a law aimed at Aboriginal peoples, then constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might be considered. That is not the case here. [Footnotes omitted.]

Beyond this, I find any analysis of adverse impact or effect discrimination seems parasitic on finding that prisoner status constitutes an analogous ground, since the adverse effect or impact is allegedly upon Aboriginal prisoners; it is the prisoner status which is alleged to result in the disadvantage, something which is not furthered within the category of Aboriginal prisoner status. It is clear that if the treatment was targeted against Aboriginal people in a direct way, they would have a valid objection based on an enumerated ground of s. 15(1). As Linden J.A. noted, the numbers do not warrant the conclusion that the disenfranchisement provision is being used to target Aboriginal persons *per se* or has this effect.

The key is that the fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It necessarily relates to having committed crimes. If Aboriginal inmates had their votes taken away for life, while non-Aboriginal inmates only suffered a temporary suspension, or if Aboriginal inmates were disenfranchised but not non-Aboriginal inmates, then such differential

Premièrement, selon les données produites, la loi prive 1 837 Autochtones de leur droit de vote; on ne peut donc pas affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans le système pénitentiaire a une incidence négative sur l'expression politique des peuples autochtones en général, car le Canada compte plus de six cent mille Autochtones inscrits. Si l'ensemble des Autochtones ou un groupe particulier d'Autochtones pouvaient démontrer que l'incapacité à voter a une incidence négative réelle sur leur expression politique, il serait concevable qu'une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC soit justifiée. Une telle incidence n'a pas été démontrée. Deuxièmement, on ne peut affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale est à ce point considérable qu'elle justifierait une conclusion portant que toute loi privant les prisonniers vise de fait les Autochtones. Si la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale atteint un niveau qui permette de dire qu'une loi visant les prisonniers vise de fait les Autochtones, il sera possible d'envisager une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. [Notes omises.]

Par ailleurs, il me semble que l'examen de l'effet préjudiciable ou de la discrimination indirecte est lié à l'idée que la condition de prisonnier constitue un motif analogue, puisque l'effet préjudiciable ou la discrimination indirecte toucherait les détenus autochtones. Or c'est la condition de prisonnier qui — allègue-t-on — occasionnerait le désavantage, ce qui ne saurait être démontré en fonction de la catégorie des prisonniers autochtones. Il est clair que si le traitement visait directement les peuples autochtones, ceux-ci pourraient le contester à juste titre sur le fondement d'un motif énuméré au par. 15(1). Comme l'a fait remarquer le juge Linden, les données ne permettent pas de conclure que la disposition établissant l'incapacité à voter vise à désavantager les Autochtones ou a cet effet.

La considération principale est que l'incarcération n'est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l'origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Il découle nécessairement de la perpétration d'un crime. Si les détenus autochtones perdaient à vie le droit de vote alors que les autres détenus ne le perdraient que temporairement, ou si les détenus autochtones étaient privés du droit de

treatment would clearly warrant different analysis. But this is not the case here.

204

The reasons of the Chief Justice, at para. 60, refer to the fact that this Court, in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, noted that the overrepresentation of Aboriginal persons in the criminal justice system and the prison population reflects a “crisis in the Canadian criminal justice system”. I agree that a sad and pressing social problem exists, but suggest that it is quite a leap to then say that Parliament is incapable of enacting a provision which disenfranchises serious criminal offenders who have been sentenced to two or more years of incarceration. As noted above, it is not plausible to say that the temporary disenfranchisement is in some way targeted at Aboriginal people: it hinges only upon the commission of serious criminal offences. If there is a problem with the overrepresentation of Aboriginal people in our criminal justice system and prisons, then that issue must continue to be addressed, by not only continuing to pay attention to the sentencing considerations pursuant to s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which are specifically aimed at such a reduction, but also by addressing some of the root causes of the overrepresentation identified by this Court in *Gladue*, *supra*, including poverty, substance abuse, lack of education, lack of employment opportunities, and bias against Aboriginal people. The continuing need to address these factors does not, however, preclude the ability of Parliament to address other pressing social problems, including denouncing serious crime, enhancing the meaning of the criminal sanction and promoting civic responsibility and the rule of law, which s. 51(e) of the Act is directed to. Also in *Gladue*, at para. 78, this Court stated that it is unreasonable to assume that Aboriginal people do not believe in goals of punishment such as denunciation, deterrence and separation, to which I add, obviously, the principle of rehabilitation. These goals of punishment, as discussed above, are related to the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders and are ultimately aimed at the reintegration of

vote, contrairement aux autres détenus, une telle différence de traitement appellerait clairement une autre conclusion. Mais ce n’est pas le cas en l’espèce.

Au paragraphe 60 de ses motifs, le Juge en chef signale que dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, la Cour a dit que la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale et la population carcérale reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale ». Je reconnais l’existence d’un problème social à la fois attristant et urgent, mais je ne crois pas que l’on puisse en conclure que le législateur ne peut adopter une disposition qui rend inhabiles à voter les auteurs d’actes criminels graves condamnés à une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus. Je le répète, il n’est pas vraisemblable que l’inhabilité temporaire vise de quelque manière les Autochtones étant donné qu’elle découle strictement de la perpétration d’une infraction criminelle grave. Si la surreprésentation des Autochtones au sein du système de justice pénale et de la population carcérale constitue un problème, il faut tenter d’y remédier non seulement en continuant d’appliquer le principe de détermination de la peine énoncé à l’al. 718.2e) du *Code criminel*, dont l’objectif est précisément de diminuer le nombre des détenus autochtones, mais également en s’attaquant aux causes profondes de cette surreprésentation dont la Cour a fait état dans *Gladue*, précité, y compris la pauvreté, la toxicomanie, le manque d’instruction, l’absence de possibilités d’emploi et les préjugés contre les Autochtones. La nécessité de lutter sans relâche contre ces facteurs n’empêche cependant pas le législateur de s’attaquer à d’autres problèmes sociaux urgents, notamment en dénonçant les actes criminels graves, en rehaussant la signification de la sanction pénale ainsi qu’en favorisant la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, ce qui est la raison d’être de l’al. 51e) de la Loi. Dans *Gladue*, par. 78, la Cour a également dit qu’il était déraisonnable de présumer que les Autochtones ne croient pas dans les objectifs de la sanction pénale, comme la dénonciation, la dissuasion et l’isolement, auxquels j’ajouterais évidemment la réadaptation. Comme j’en ai déjà discuté, ces objectifs sont liés au retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves et visent en fin de compte

offenders, Aboriginal or otherwise, back into the community.

I also note that this Court stated in *Gladue*, at para. 79, that the more serious the offence, the more likely it will be that the terms of imprisonment for Aboriginal and non-Aboriginal persons will be similar or the same, even if the different considerations for sentencing are taken into account. Since the temporary disenfranchisement provision hinges on serious criminal activity, this point is directly relevant.

Having found that there is no infringement of s. 15(1) of the *Charter*, it is unnecessary to consider s. 1.

VI. Conclusion

Section 51(e) of the Act does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. While it has been conceded that it does infringe s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore dismiss the appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes; the infringement was conceded by the Crown.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

la réinsertion sociale du contrevenant, autochtone ou non.

En outre, dans *Gladue*, par. 79, la Cour écrit que plus l'infraction est grave, plus il est probable que la durée des peines d'emprisonnement des Autochtones et la durée de celles des non-Autochtones seront identiques ou semblables, même si des facteurs différents sont pris en considération pour la détermination de la peine. Il s'agit d'une considération pertinente puisque la disposition en cause vise les auteurs d'actes criminels graves.

Comme j'ai conclu qu'il n'y a pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, il est inutile de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

VI. Conclusion

L'alinéa 51e) de la Loi ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même s'il a été admis qu'il porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, le ministère public l'a reconnu.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

205

206

207

208

4. If the answer to Question 3 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant Richard Sauvé: Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Solicitor for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Allan Manson, Queen's University, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Conroy & Co., Abbotsford, B.C.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appellant Richard Sauvé : Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Procureur des appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw : Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureur des intimés : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Allan Manson, Université Queen's, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Conroy & Co., Abbotsford, C.-B.

Procureur de l'intervenante l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

William Christopher Wilson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. WILSON****Neutral citation: 2002 SCC 69.**

File No.: 28703.

2002: October 31.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Charge to jury — Intoxication — Presumption of intent.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 156 C.C.C. (3d) 74, 154 B.C.A.C. 126, 252 W.A.C. 126, [2001] B.C.J. No. 1190 (QL), 2001 BCCA 391, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed.

Bradley L. Hickford and Beatrice Curry, for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — We are all of the view that this appeal as of right should be dismissed. We endorse the reasons of the majority of the B.C. Court of Appeal ((2001), 156 C.C.C. (3d) 74, 2001 BCCA 391) and in particular the reasons of Low J.A. at para. 55 where he states:

It might have been better if the trial judge had flagged the issue of intoxication and its effect on both intent and the presumption of intent when he first mentioned the presumption. But the charge, in my opinion, does not suffer the defects found in the other cases including *Seymour* and *R. v. Frechette* (1999) 132 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.), referred to by my colleague. The trial judge early on related the presumption to “a sane and sober

William Christopher Wilson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. WILSON****Référence neutre : 2002 CSC 69.**N^o du greffe : 28703.

2002 : 31 octobre.

Présents: Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE*Droit criminel — Exposé au jury — Intoxication — Présomption d'intention.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 156 C.C.C. (3d) 74, 154 B.C.A.C. 126, 252 W.A.C. 126, [2001] B.C.J. No. 1190 (QL), 2001 BCCA 391, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Bradley L. Hickford et Beatrice Curry, pour l'appelant.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MAJOR — Nous sommes tous d'avis que le présent appel de plein droit doit être rejeté. Nous approuvons les motifs de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2002), 156 C.C.C. (3d) 74, 2001 BCCA 391) et en particulier les motifs exprimés par le juge Low au par. 55 :

[TRADUCTION] Il aurait peut-être été préférable que le juge du procès souligne la question de l'intoxication et de son effet à la fois sur l'intention et sur la présomption d'intention dès la première fois où il a parlé de cette présomption. Je suis toutefois d'avis que l'exposé au jury ne comporte pas les lacunes constatées dans d'autres causes, dont les affaires *Seymour* et *R. c. Frechette* (1999) 132 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.), mentionnées par mon

person”. Very soon after that he launched into a clear instruction about the possible effect of intoxication on the application of the presumption. He said: “Before you rely upon this common sense inference, you must consider all of the circumstances, including any evidence of intoxication . . .”. Then he reviewed the evidence on the issue of intoxication.

collègue. Le juge du procès a relié plus tôt la présomption à une « personne saine et sobre ». Très peu de temps après, il a donné des directives claires concernant l’effet possible de l’intoxication sur l’application de la présomption. Voici ce qu’il a dit : « Avant de vous appuyer sur cette déduction conforme au bon sens, vous devez tenir compte de toutes les circonstances, y compris toute preuve d’intoxication . . . ». Il a ensuite passé en revue les éléments de preuve concernant l’intoxication.

2

We are not persuaded that the jury might have missed the link between the evidence of intoxication and the possible application of the presumption of intent.

Nous ne sommes pas convaincus qu’il est possible que le jury ait ignoré le lien entre la preuve d’intoxication et l’application possible de la présomption d’intention.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Purves Hickford Horne & Curry, Victoria.

Procureurs de l’appelant : Purves Hickford Horne & Curry, Victoria.

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

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

David Lloyd Neil *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NEIL

Neutral citation: 2002 SCC 70.

File No.: 28282.

2002: January 25; 2002: November 1.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Remedies — Stay of proceedings — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Whether stay of jury’s guilty verdict warranted.

Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Proper limits of a lawyer’s “duty of loyalty” to a current client in a case where the lawyer did not receive any confidential information relevant to the matter in which he proposes to act against the current client’s interest.

Following complaints that the accused paralegal was providing legal advice contrary to the Alberta *Legal Profession Act*, a police investigation led to a 92-count indictment. The trial judge severed the counts into five separate indictments. One charged that the accused had fabricated court documents in a divorce action. Another contained charges regarding an alleged scheme to defraud Canada Trust. The accused argued that the V law firm, with which he had a solicitor-client relationship, was in a conflict of interest. Specifically, L, a member of the V firm, had brought a court application to regularize a divorce which had been obtained on the basis of documents allegedly forged by the accused. At the suggestion of the trial judge in the divorce, L suggested to the husband that he report the forgery to the police. L in fact steered him to the same police officer who was responsible for the Canada Trust file and other cases pending against the accused.

David Lloyd Neil *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. NEIL

Référence neutre : 2002 CSC 70.

N^o du greffe : 28282.

2002 : 25 janvier; 2002 : 1^{er} novembre.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Recours — Arrêt des procédures — Accusé demandant l’arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d’intérêts — L’arrêt des procédures relativement au verdict de culpabilité rendu par le jury est-il justifié?

Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d’intérêts — Accusé demandant l’arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d’intérêts — Limites du « devoir de loyauté » envers un client actuel lorsque l’avocat n’a reçu aucun renseignement confidentiel pertinent quant à l’affaire dans laquelle il entend agir à l’encontre des intérêts de son client actuel.

À la suite de plaintes selon lesquelles l’accusé, un parajuriste, donnait des avis d’ordre juridique contrairement à la *Legal Profession Act* de l’Alberta, la police a mené une enquête qui a abouti au dépôt d’un acte d’accusation comportant 92 chefs. Le juge du procès a séparé les chefs en cinq actes d’accusation distincts. L’un d’eux accusait le parajuriste d’avoir fabriqué des documents judiciaires dans une action en divorce. Un autre contenait des accusations concernant un présumé stratagème visant à frauder le Canada Trust. L’accusé a soutenu que le cabinet d’avocats V, avec lequel il avait une relation avocat-client, était en conflit d’intérêts. Plus précisément, M^e L, un membre du cabinet V, avait présenté une demande en justice visant à régulariser un divorce obtenu auparavant sur la foi de documents qu’on disait contrefaits par l’accusé. À la suggestion du juge du tribunal de divorce, M^e L a recommandé à l’époux de signaler la contrefaçon à la police. Maître L l’a en fait orienté vers le policier qui était responsable du dossier Canada Trust et d’autres causes pendantes contre l’accusé.

With respect to the Canada Trust indictment which was factually unrelated to the divorce proceedings, the accused consulted the V firm (including L) at a time when L, unbeknownst to him, was acting for his business associate whom L knew, or ought to have known, would also be charged in the same proceedings. The trial judge found that L had met with the accused on the Canada Trust matters while in fact looking to run a “cut-throat” defence against the accused for the benefit of his former associate.

Both indictments proceeded to trial by jury. On the indictment arising out of the divorce file, the accused was convicted. In the subsequent trial on the Canada Trust charges, the conflict of interest involving the V firm was brought to the attention of the trial judge, who declared a mistrial. He also stayed further action on the jury’s verdict in the divorce matter. The stay was vacated and the verdict restored by the Court of Appeal, which sent the divorce matter back to the trial judge for sentencing. The Court of Appeal also rejected the accused’s argument for a stay of further proceedings in the Canada Trust indictment on the basis that he was denied his right to effective representation contrary to s. 7 and s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that further proceedings would be an abuse of process.

Held: The appeal should be dismissed.

While the Court is most often preoccupied with uses and abuses of confidential information in cases where it is sought to disqualify a lawyer from further acting in a matter, or other related relief, the duty of loyalty to a current client includes the much broader principle of avoidance of conflicts of interest, in which confidential information may or may not play a role. The aspects of the duty of loyalty relevant to this appeal do include issues of confidentiality in the Canada Trust matter, but engage more particularly three other dimensions: the duty to avoid conflicting interests, a duty of commitment to the client’s cause, and a duty of candour with the client on matters relevant to the retainer. The general rule is that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — even if the two mandates are unrelated — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other.

Quant à l’acte d’accusation concernant le Canada Trust, qui n’avait aucun lien factuel avec l’instance concernant le divorce, l’accusé a consulté le cabinet V (y compris M^e L) à une époque où M^e L, à l’insu de l’accusé, agissait pour sa collaboratrice et savait, ou aurait dû savoir, qu’elle aussi serait accusée dans la même procédure criminelle. Le juge du procès a conclu que M^e L avait rencontré l’accusé dans le cadre des affaires Canada Trust, alors qu’il avait en fait l’intention de présenter une « défense traîtresse » contre l’accusé, en faveur de son ancienne collaboratrice.

Les deux actes d’accusation ont été instruits devant un jury. L’accusé a été déclaré coupable des accusations concernant l’affaire du divorce. Dans le procès qui a suivi relativement aux accusations concernant le Canada Trust, le conflit d’intérêt impliquant le cabinet V a été porté à l’attention du juge du procès, qui a annulé le procès. Il a aussi suspendu toute nouvelle mesure faisant suite au verdict du jury dans l’affaire du divorce. La Cour d’appel a annulé l’arrêt des procédures, rétabli le verdict du jury et renvoyé l’affaire du divorce au juge du procès pour qu’il détermine la peine. La Cour d’appel a en outre rejeté l’argument de l’accusé à l’appui de l’arrêt de toute procédure à venir dans les affaires Canada Trust, portant qu’il n’avait pas eu droit à l’assistance effective de son avocat, en contravention de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la poursuite des procédures constituerait un abus de procédure.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Certes, la plupart du temps, lorsqu’une partie lui demande de déclarer un avocat inhabile à continuer d’agir dans une affaire, ou une autre réparation connexe, la cour se préoccupe de l’utilisation, à bon ou à mauvais escient, de renseignements confidentiels; néanmoins, le devoir de loyauté envers un client actuel englobe un principe de portée beaucoup plus large de prévention des conflits d’intérêts, qui peut mettre en cause, ou non, l’utilisation de renseignements confidentiels. Les aspects du devoir de loyauté pertinents quant au pourvoi incluaient effectivement des questions de confidentialité relativement aux affaires Canada Trust, mais les trois aspects suivants étaient plus particulièrement en cause : le devoir d’éviter les conflits d’intérêts, un devoir de dévouement à la cause du client et un devoir de franchise envers le client pour les questions pertinentes quant au mandat. La règle générale interdit à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d’un autre client actuel — même si les deux mandats n’ont aucun rapport entre eux — à moins que les deux clients n’y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l’avocat ou l’avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l’autre.

Here, the V law firm, and L in particular, put themselves in a position where the duties they undertook to other clients conflicted with the duty of loyalty which they already owed to the accused. Loyalty required the V law firm to focus on the interest of the accused without being distracted by other interests including personal interests. The V firm breached their duty to the accused in accepting a retainer that required them to put before the divorce court judge evidence of the illegal conduct of their client, the accused, at a time when they knew he was facing other criminal charges related to his paralegal practice, in which their firm had had a longstanding involvement. The divorce matter was adverse to the accused's interest, and advantageous to the "cut-throat" defence planned by his former business associate. Further, the V firm ought not to have met with the accused on the Canada Trust matters when it was conflicted by its *de facto* representation of his former business associate.

The law firm, as fiduciary, could not serve two masters at the same time. Having said that, the accused falls short on the issue of remedy. He may (and perhaps did) choose to take his complaint to the Law Society of Alberta, or seek other relief, but he is not entitled to a stay of proceedings. The law firm's conduct did not affect the fairness of the divorce action trial and there was no issue of confidential information. L's involvement in the divorce matter was in violation of his and the firm's professional obligations, but it contributed little to the accused's predicament. The falsification of the court documents came to light without the involvement of the V firm and the independent investigation by the police militates against a finding of abuse of process. This is manifestly not one of those clearest of cases where a stay of the jury's verdict is warranted. The Court of Appeal was correct to remit the divorce matter to the trial judge for sentencing.

Similarly, while the V law firm was in a conflict of interest when they attempted to act simultaneously for both the accused and his eventual co-accused in the Canada Trust matter, in the end, the V firm did not act for the accused. Their conflict did not result in the charges being so vitiated as to render it an abuse of process for the state to seek a conviction at a new trial. It is certainly not one of the clearest of cases in which a stay would be justified. There may be other or different evidence before the judge presiding at the new trial and the disposition of the stay application in the Canada Trust indictment, if renewed, will be for that trial judge to decide.

En l'espèce, le cabinet d'avocats V et M^e L, en particulier, se sont placés dans une situation où les engagements qu'ils ont pris envers d'autres clients entraînent en conflit avec le devoir de loyauté qu'ils avaient déjà envers l'accusé. La loyauté exigeait du cabinet V qu'il se concentre sur l'intérêt de l'accusé sans être distrait par d'autres intérêts, y compris des intérêts personnels. Le cabinet V a manqué à son devoir envers l'appelant en acceptant un mandat qui l'obligeait à présenter au juge du tribunal de divorce une preuve de la conduite illégale de son client, l'accusé, à une époque où des membres du cabinet savaient que celui-ci devait faire face à d'autres accusations criminelles concernant ses activités de parajuriste auxquelles le cabinet était associé depuis longtemps. L'affaire du divorce était contraire aux intérêts de l'accusé et favorable à la « défense traîtresse » projetée de son ancienne collaboratrice. De plus, le cabinet V n'aurait pas dû rencontrer l'accusé relativement aux affaires Canada Trust, alors qu'il était en conflit parce qu'il représentait de fait son ancienne collaboratrice.

En sa qualité de fiduciaire, le cabinet ne pouvait servir deux maîtres à la fois. Cela dit, l'accusé ne peut obtenir réparation. Il pourrait choisir (et il a peut-être choisi) de se plaindre à la Law Society of Alberta ou d'exercer un autre recours, mais il n'a pas droit à un arrêt des procédures. La conduite du cabinet n'a pas porté atteinte à l'équité du procès concernant le divorce et la confidentialité de renseignements n'était pas en cause. La participation de M^e L à l'affaire du divorce contrevenait à ses obligations professionnelles et à celles du cabinet d'avocats, mais elle a très peu contribué au triste sort de l'accusé. La falsification de documents judiciaires a été révélée sans l'intervention du cabinet V et l'enquête indépendante menée par la police milite contre une conclusion d'abus de procédure. Il ne s'agit manifestement pas d'un des cas les plus clairs dans lesquels un arrêt des procédures serait justifié relativement au verdict de culpabilité rendu par le jury. La Cour d'appel a eu raison de renvoyer l'affaire du divorce au juge du procès pour qu'il prononce la sentence.

De même, bien que le cabinet ait été en conflit d'intérêts en tentant d'agir simultanément pour l'accusé et pour sa coaccusée éventuelle dans les affaires Canada Trust, l'accusé n'a finalement pas été représenté par le cabinet V. Les accusations n'ont pas été viciées par le conflit d'intérêts du cabinet à tel point que l'État commettrait un abus de procédure en tentant d'obtenir une condamnation lors d'un nouveau procès. Il ne s'agit certainement pas de l'un des « cas les plus clairs » dans lequel un arrêt des procédures serait justifié. Le juge qui présidera le nouveau procès pourra être saisi d'éléments de preuve nouveaux ou différents; il lui reviendra alors de se prononcer sur la demande d'arrêt des procédures relatives à l'acte d'accusation concernant le Canada Trust si celle-ci est renouvelée.

Cases Cited

Referred to: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *Tanny v. Gurman*, [1994] R.D.J. 10; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56; *Re Regina and Speid* (1983), 8 C.C.C. (3d) 18; *Teoli v. Fagnoli* (1989), 30 Q.A.C. 136; *R. v. Parsons* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 260; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Montreal Trust Co. of Canada v. Basinview Village Ltd.* (1995), 142 N.S.R. (2d) 337; *Enerchem Ship Management Inc. v. Coastal Canada (The)*, [1988] 3 F.C. 421; *Jans v. Coulter (G.H.) Co.* (1992), 105 Sask. R. 7; *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Gaylor v. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162; *Drabinsky v. KPMG* (1998), 41 O.R. (3d) 565; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée v. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 2393; *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663, aff'd (1988), 66 O.R. (2d) 350; *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *R. v. Silvini* (1991), 5 O.R. (3d) 545; *R. v. Widdifield* (1995), 25 O.R. (3d) 161; *R. v. Graham*, [1994] O.J. No. 145 (QL); *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455, [1990] R.J.Q. 2455; *Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Re Regina and Robillard* (1986), 28 C.C.C. (3d) 22; *R. v. Chen* (2001), 53 O.R. (3d) 264; *R. v. Graff* (1993), 80 C.C.C. (3d) 84; *R. v. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69; *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942); *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980); *Mickens v. Taylor*, 122 S. Ct. 1237 (2002); *R. v. Finn*, [1997] 1 S.C.R. 10; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).
Legal Profession Act, S.A. 1991, c. L-9.1.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement Third, The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.
 Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Tanny c. Gurman*, [1994] R.D.J. 10; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56; *Re Regina and Speid* (1983), 8 C.C.C. (3d) 18; *Teoli c. Fagnoli* (1989), 30 Q.A.C. 136; *R. c. Parsons* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 260; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Montreal Trust Co. of Canada c. Basinview Village Ltd.* (1995), 142 N.S.R. (2d) 337; *Enerchem Ship Management Inc. c. Coastal Canada (Le)*, [1988] 3 C.F. 421; *Jans c. Coulter (G.H.) Co.* (1992), 105 Sask. R. 7; *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Gaylor c. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162; *Drabinsky c. KPMG* (1998), 41 O.R. (3d) 565; *Davey c. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 2393; *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663, conf. par (1988), 66 O.R. (2d) 350; *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *R. c. Silvini* (1991), 5 O.R. (3d) 545; *R. c. Widdifield* (1995), 25 O.R. (3d) 161; *R. c. Graham*, [1994] O.J. No. 145 (QL); *Henry c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2455; *Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Re Regina and Robillard* (1986), 28 C.C.C. (3d) 22; *R. c. Chen* (2001), 53 O.R. (3d) 264; *R. c. Graff* (1993), 80 C.C.C. (3d) 84; *R. c. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69; *Glasser c. United States*, 315 U.S. 60 (1942); *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Cuyler c. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980); *Mickens c. Taylor*, 122 S. Ct. 1237 (2002); *R. c. Finn*, [1997] 1 R.C.S. 10; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4)(b)(ii).
Legal Profession Act, S.A. 1991, ch. L-9.1.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement Third, The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 2000.
 Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988.

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf updated May 2001, release 9).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II, Part I. London: J. Robins, 1821.

Waters, Donovan W. M. "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal History Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 266 A.R. 363, 228 W.A.C. 363, [2000] A.J. No. 1164 (QL), 2000 ABCA 266, allowing an appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1998), 235 A.R. 152, [1998] A.J. No. 1135 (QL), 1998 ABQB 859. Appeal dismissed.

Nathan J. Whitling and Matthew Milne-Smith, for the appellant.

James A. Bowron, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — What are the proper limits of a lawyer's "duty of loyalty" to a current client in a case where the lawyer did not receive any confidential information that was (or is) relevant to the matter in which he proposes to act against the current client's interest? The issue arises here in the context of a series of criminal prosecutions against the appellant. He complains that a member of a law firm, with which he had an ongoing solicitor-client relationship in respect of certain transactions that were the subject of criminal proceedings pending against him, provided to the police information about an unrelated matter which led directly to the laying of additional charges. He was eventually convicted on those unrelated charges. The appellant's position is that his lawyers violated their duty of loyalty, and on that account the conviction that grew out of their conflict of interest should be stayed.

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf updated May 2001, release 9).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II, Part I. London: J. Robins, 1821.

Waters, Donovan W. M. « The Development of Fiduciary Obligations », in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal History Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 266 A.R. 363, 228 W.A.C. 363, [2000] A.J. No. 1164 (QL), 2000 ABCA 266, qui a accueilli l'appel contre une décision de la Cour du Banc de la Reine (1998), 235 A.R. 152, [1998] A.J. No. 1135 (QL), 1998 ABQB 859. Pourvoi rejeté.

Nathan J. Whitling et Matthew Milne-Smith, pour l'appelant.

James A. Bowron, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Quelles sont les limites du « devoir de loyauté » d'un avocat envers son client actuel, lorsque l'avocat n'a reçu aucun renseignement confidentiel qui était (ou qui est) pertinent quant à l'affaire dans laquelle il entend agir à l'encontre de l'intérêt de son client actuel? Cette question se pose en l'espèce dans le contexte d'une série de poursuites criminelles engagées contre l'appelant. L'appelant soutient qu'il existait une relation avocat-client entre lui et un cabinet d'avocats relativement à certaines opérations à l'origine de procédures criminelles en instance contre lui et il reproche à un membre de ce cabinet d'avoir fourni à la police des renseignements sur une tout autre affaire. Ces renseignements ont mené directement au dépôt d'accusations additionnelles distinctes dont l'appelant a finalement été déclaré coupable. L'appelant prétend que ses avocats ont manqué à leur devoir de loyauté et réclame en conséquence l'arrêt des procédures relativement à la déclaration de culpabilité résultant de leur conflit d'intérêts.

2 The Alberta Court of Appeal, in brief reasons, considered the key point to be that the lawyers did not disclose to the new client “any confidential information attributable to a solicitor-and-client relationship” with an existing client ((2000), 266 A.R. 363, 2000 ABCA 266, at para. 4). In its view, the stay was unwarranted.

3 In my view, the law firm did owe a duty of loyalty to the appellant at the material time, and the law firm ought not to have taken up the cause of one of the appellant’s alleged victims (Darren Doblanko) in proceedings before a civil court at the same time as it maintained a solicitor-client relationship with the appellant in respect of other matters simultaneously pending before the criminal court (the “*Canada Trust*” matters). The *Doblanko* mandate, though factually and legally unrelated to the *Canada Trust* matters, was adverse to the appellant’s interest. The law firm, as fiduciary, could not serve two masters at the same time. Having said that, the appellant falls short on the issue of remedy. He may (and perhaps did) choose to take his complaint to the Law Society of Alberta, but he is not entitled to a stay of proceedings. The law firm’s conduct did not affect the fairness of the *Doblanko* trial. Its involvement predated the laying of charges by the police. There was no issue of confidential information. The *Doblanko* charges were serious and would almost certainly have been laid in any event. In my view, the prosecution of the *Doblanko* charge was not an abuse of process. More specifically, I agree with the conclusion of the Alberta Court of Appeal that this is manifestly not one of those clearest of cases where a stay of the jury’s verdict of guilt is warranted. I would therefore dismiss the appeal.

I. The Facts

4 The appellant carried on a business in Edmonton as a paralegal for many years. He was assisted by Helen Lambert. He regularly consulted “Pops” Venkatraman, a solicitor, about issues arising in his files, and when advised by “Pops” that matters exceeded his competence he would refer his clients

Dans de brefs motifs, la Cour d’appel de l’Alberta a jugé déterminant le fait que les avocats n’avaient divulgué au nouveau client [TRADUCTION] « aucun renseignement confidentiel découlant d’une relation avocat-client » avec un client existant ((2000), 266 A.R. 363, 2000 ABCA 266, par. 4). À son avis, l’arrêt des procédures n’était pas justifié.

J’estime que le cabinet avait un devoir de loyauté envers l’appelant à l’époque pertinente et qu’il n’aurait pas dû accepter la cause d’une des présumées victimes de l’appelant (Darren Doblanko) en instance devant un tribunal civil, tout en maintenant avec l’appelant une relation avocat-client relativement à d’autres affaires simultanément en instance devant un tribunal criminel (les affaires *Canada Trust*). Même s’il n’avait aucun lien factuel ni juridique avec les affaires *Canada Trust*, le mandat *Doblanko* allait à l’encontre de l’intérêt de l’appelant. En sa qualité de fiduciaire, le cabinet ne pouvait servir deux maîtres à la fois. Cela dit, l’appelant ne peut obtenir réparation. Il pourrait choisir (et il a peut-être choisi) de se plaindre à la Law Society of Alberta, mais il n’a pas droit à un arrêt des procédures. La conduite du cabinet n’a pas porté atteinte à l’équité du procès *Doblanko*. Le cabinet y a été mêlé avant le dépôt des accusations par la police. La confidentialité de renseignements n’était pas en cause. Les accusations reliées à l’affaire *Doblanko* étaient graves et auraient presque assurément été portées de toute manière. À mon avis, la poursuite de l’accusation reliée à l’affaire *Doblanko* ne constituait pas un abus de procédure. Je suis plus particulièrement d’accord avec la Cour d’appel de l’Alberta lorsqu’elle conclut qu’il ne s’agit manifestement pas en l’espèce d’un des cas les plus clairs dans lesquels un arrêt des procédures serait justifié relativement au verdict de culpabilité rendu par le jury. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Pendant de nombreuses années, l’appelant a exploité une entreprise de services parajuridiques à Edmonton, avec l’aide de Helen Lambert, sa collaboratrice. Il consultait régulièrement un avocat, M^e « Pops » Venkatraman, au sujet de questions que soulevaient ses dossiers; lorsque « Pops »

to the Venkatraman law firm. The Law Society of Alberta took the view that these referrals did not take place frequently enough, and in October 1994 supplied the Prosecutors' Office in Edmonton with complaints that the appellant was providing legal advice contrary to the Alberta *Legal Profession Act*, S.A. 1991, c. L-9.1. The police investigation eventually led to a 92-count indictment against the appellant for a variety of different transactions related to different complainants.

The conflict of interest largely concerns the activities of one of the Venkatraman firm's associates, Gregory Lazin. Lazin shared office space and some facilities with the law firm in the fall of 1994. The trial judge found that as of January 1, 1995 he should be considered a member of the Venkatraman firm for the purpose of conflict of interest and confidentiality by virtue of the extended definition of "firm" adopted by the Law Society of Alberta in its *Code of Professional Conduct* (loose-leaf), effective January 1, 1995, at p. ix. I say "extended meaning" because the evidence established that Lazin was essentially carrying on an independent practice despite the shared facilities. Effective May 1, 1995, however, Lazin's practice was rolled into the Venkatraman firm, and Lazin himself became an employee. He has since left.

The trial judge concluded that the lack of legal and factual connections among some of the 92 counts required its severance into five separate indictments. It was agreed that all five indictments would proceed before him and he would, after all the indictments had been dealt with, impose a sentence if convictions were obtained.

We are concerned here with two of the five indictments. The first trial involved charges that the appellant had fabricated court documents in the *Doblanko* divorce action. A second group of charges related to an alleged scheme to defraud Canada Trust. The appellant and his business associate, Ms. Helen

l'avisait que des questions outrepassaient sa compétence, il dirigeait alors ses clients vers le cabinet Venkatraman. En octobre 1994, estimant qu'il ne dirigeait pas assez fréquemment ses clients vers des avocats, la Law Society of Alberta a transmis au bureau du procureur à Edmonton des plaintes selon lesquelles l'appelant donnait des avis d'ordre juridique contrairement à la *Legal Profession Act* de l'Alberta, S.A. 1991, ch. L-9.1. L'enquête policière a finalement abouti au dépôt, contre l'appelant, d'un acte d'accusation comportant 92 chefs reliés à de multiples opérations touchant différents plaignants.

Le conflit d'intérêts découle en grande partie des activités de Gregory Lazin, un des avocats du cabinet Venkatraman. À l'automne 1994, M^e Lazin partageait des locaux et certaines installations avec ce cabinet. Le juge du procès a conclu qu'à partir du 1^{er} janvier 1995, il fallait considérer M^e Lazin comme membre du cabinet Venkatraman en ce qui a trait aux conflits d'intérêts et à la confidentialité, compte tenu de la définition élargie du terme [TRADUCTION] « cabinet » établie par la Law Society of Alberta dans son *Code of Professional Conduct* (feuilles mobiles), applicable à compter du 1^{er} janvier 1995, p. ix. Je parle de « définition élargie » parce que la preuve a démontré que M^e Lazin exerçait essentiellement sa profession de façon indépendante, malgré le partage de ces installations. Toutefois, le 1^{er} mai 1995, le cabinet de M^e Lazin a été intégré au cabinet Venkatraman dont il est lui-même devenu un employé. Il a quitté ce cabinet depuis.

Le juge du procès a conclu que l'absence de lien factuel et juridique entre certains des 92 chefs commandait que ceux-ci soient séparés en cinq actes d'accusation distincts. Il a été convenu qu'il instruirait chacun des cinq actes d'accusation et qu'il ne prononcerait la sentence, advenant une déclaration de culpabilité, qu'après avoir décidé du sort de tous les actes d'accusation.

En l'espèce, deux des cinq actes d'accusation nous intéressent. Dans le premier procès, l'appelant était accusé d'avoir fabriqué des documents judiciaires dans l'action en divorce *Doblanko*. Un deuxième groupe d'accusations concernait un présumé stratagème visant à frauder le Canada Trust. L'appelant et

5

6

7

Lambert, were said to have combined their efforts to obtain from Canada Trust mortgages on behalf of people whose credit worthiness would have been rejected if their identity had been disclosed. In one such transaction, for example, a couple called Rambaran wished to buy a property but could not obtain financing by reason of their recent bankruptcy. The allegation was that the appellant went to Canada Trust ostensibly to obtain a mortgage on behalf of Helen Lambert, but in fact on behalf of the bankrupt Rambaran family, with the intention of having the Rambarans assume the mortgage once the monies had been advanced by Canada Trust. Other indictments related in part to allegations of the misappropriation of funds from an estate.

8

The conflicts of interest involving the Venkatraman firm came from two sources:

(i) With respect to the *Canada Trust* indictment, the firm acted simultaneously for the appellant in the criminal proceedings and his business associate Helen Lambert in divorce proceedings at a time when they knew, or ought to have known, that she would also be charged in the *Canada Trust* criminal proceedings, with an interest adverse to his. Two members of the firm visited the appellant at the Remand Centre on April 18, 1995, including Lazin who arrived late and was there for about 12 minutes during a two-hour interview. At the time he was acting for Helen Lambert. The trial judge concluded that Lazin attended for no purpose except to collect information from the appellant that would be useful to him in his defence of Helen Lambert in the anticipated criminal proceedings. Lazin's plan was to run a "cut-throat defence", seeking to paint the appellant as the manipulative criminal and Helen Lambert as an innocent dupe. He was subsequently retained formally as her defence counsel and eventually offered the Crown Attorney's Office a deal under which Lambert would testify against the appellant if the charges against her were dropped. As it was put in cross-examination, "in return for Lambert sinking [the appellant],

sa collaboratrice, M^{me} Helen Lambert, auraient uni leurs efforts afin d'obtenir des prêts hypothécaires du Canada Trust au nom de personnes qui auraient été jugées inadmissibles au crédit si leur identité avait été dévoilée. Dans l'une de ces opérations, par exemple, un couple nommé Rambaran voulait acheter une propriété mais était incapable d'obtenir du financement en raison d'une faillite récente. Selon l'allégation, l'appelant s'était présenté au Canada Trust soi-disant afin d'obtenir un prêt hypothécaire au nom de Helen Lambert, mais en réalité pour le compte de la famille Rambaran en faillite, dans l'intention que les Rambaran prennent en charge l'hypothèque une fois les sommes avancées par le Canada Trust. D'autres actes d'accusation portaient en partie sur des allégations de détournement des fonds d'une succession.

Les conflits d'intérêts auxquels est mêlé le cabinet Venkatraman découlent de deux sources :

(i) Quant à l'acte d'accusation concernant le *Canada Trust*, le cabinet a agi simultanément pour l'appelant dans l'instance criminelle et pour sa collaboratrice Helen Lambert dans une instance de divorce à une époque où des membres du cabinet savaient, ou auraient dû savoir, qu'elle aussi serait accusée dans le cadre de la procédure criminelle concernant le *Canada Trust* et que son intérêt serait opposé à celui de l'appelant. Le 18 avril 1995, deux membres du cabinet ont rendu visite à l'appelant à l'établissement de détention provisoire, dont M^e Lazin qui est arrivé en retard et qui n'a assisté qu'à une douzaine de minutes de l'entretien d'une durée de deux heures. Il représentait alors Helen Lambert. Le juge du procès a estimé que M^e Lazin avait assisté à la rencontre dans le seul but de recueillir de l'appelant des renseignements qui lui seraient utiles pour la défense de Helen Lambert dans l'instance criminelle en vue. L'intention de M^e Lazin était de présenter une [TRADUCTION] « défense traîtresse » en cherchant à dépeindre l'appelant comme un criminel manipulateur et Helen Lambert comme une personne innocente qui avait été dupée. Ses services ont par la suite été officiellement retenus à titre d'avocat de la défense pour Helen Lambert et il a ultérieurement offert au bureau du

Lambert would walk". None of this, obviously, was in the appellant's interest. The appellant was belatedly advised that the Venkatraman law firm would not act for him in the *Canada Trust* criminal case because of its involvement with Helen Lambert.

(ii) In July 1995, Lazin, still a member of the Venkatraman firm, was approached by Darren Doblanko whose wife had obtained a divorce with the assistance of the appellant some years previously. Quite innocently, she had relied on an affidavit of service on Darren Doblanko (who had earlier deserted her). The affidavit was false. The jury found that the false affidavit of service had been prepared by the appellant. Moreover, the wife had innocently relied on a Certificate of No Appeal containing the forged signature of Doblanko. At the suggestion of the trial judge in the *Doblanko* divorce, Lazin suggested to Doblanko that he report the forgery to the police. In fact, Lazin steered Doblanko to the same police officer who was responsible for the *Canada Trust* file and other cases pending against the appellant. It was suggested by the appellant's counsel that Lazin's strategy was to multiply the allegations of dishonesty against his client to strengthen the credibility of the "cut-throat" defence he planned to run on behalf of Helen Lambert in the *Canada Trust* case.

II. Analysis

I make three preliminary observations. The first is that while misuse of confidential information is not an issue in the *Doblanko* case, in which the stay was entered, it is an issue in the *Canada Trust* matter where Lazin, acting against the appellant's interest, sat in on part of the solicitor-client interview on April 18, 1995, described above. Secondly these

procureur général de conclure une entente en vertu de laquelle M^{me} Lambert témoignerait contre l'appelant en échange de l'abandon des accusations portées contre elle. Comme il a été dit en contre-interrogatoire, [TRADUCTION] « si Lambert le coulait [l'appelant], en retour, Lambert s'en tirerait ». Évidemment, rien de tout cela n'était dans l'intérêt de l'appelant. Ce dernier a été avisé tardivement que le cabinet Venkatraman ne le représenterait pas dans l'instance criminelle *Canada Trust*, parce que Helen Lambert avait retenu ses services.

(ii) En juillet 1995, Darren Doblanko, dont l'épouse avait obtenu le divorce avec l'aide de l'appelant quelques années auparavant, a pris contact avec M^e Lazin qui était alors toujours membre du cabinet Venkatraman. Celle-ci s'était fiée bien innocemment à un affidavit de signification à Darren Doblanko (qui l'avait quittée plus tôt). Cet affidavit était faux. Le jury a conclu que le faux affidavit de signification avait été préparé par l'appelant. De plus, l'épouse s'en était remise en toute innocence à un certificat de non-appel portant la signature contrefaite de M. Doblanko. À la suggestion du juge qui a instruit l'instance de divorce *Doblanko*, M^e Lazin a recommandé à M. Doblanko de signaler la contrefaçon à la police. En fait, M^e Lazin a orienté M. Doblanko vers le policier qui était responsable du dossier *Canada Trust* et d'autres causes pendantes contre l'appelant. L'avocat de l'appelant a laissé entendre que la stratégie de M^e Lazin consistait à multiplier les allégations de malhonnêteté contre son client de manière à renforcer la crédibilité de la « défense traîtresse » qu'il avait l'intention de présenter au nom de M^{me} Lambert dans le dossier *Canada Trust*.

II. Analyse

Je ferai trois observations préliminaires. En premier lieu, même si l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels n'est pas en litige dans l'affaire *Doblanko*, dans laquelle l'arrêt des procédures a été inscrit, elle l'est dans l'affaire *Canada Trust* dans le cadre de laquelle M^e Lazin, agissant contre l'intérêt de l'appelant, a assisté en partie à

cases do not require the imputation of confidential knowledge from one partner of the firm to another. Here the same member of the firm (Lazin) had a finger in each of the conflict situations. Thirdly, we are not being asked to intervene based merely on an “appearance” of conflict. The conflicts were actual.

l’entretien avocat-client du 18 avril 1995 décrit ci-dessus. En deuxième lieu, dans ces affaires, il n’est pas nécessaire d’attribuer la connaissance de renseignements confidentiels par un associé du cabinet à un autre associé. En l’espèce, un seul membre du cabinet (M^e Lazin) se trouvait mêlé aux deux situations conflictuelles. En troisième lieu, l’intervention de la Cour n’est pas réclamée pour une simple « apparence » de conflit d’intérêts. Les conflits étaient réels.

10 The *Doblancko* indictment was the first to go to trial. The appellant was convicted by the jury. The verdict was entered, but as stated, sentencing was delayed by prior arrangement until the outcome on the other four indictments was known. During the trial of the second indictment (on the *Canada Trust* matters), members of the Venkatraman law firm sought to avoid testifying on the basis that the firm was acting for the appellant “in circumstances that could create a conflict”. With the Crown’s consent, the judge declared a mistrial. The trial judge then entertained the appellant’s application for a stay of all proceedings. At the conclusion of the stay hearing, at which time all the relevant conflicts of interest emerged in the testimony, the trial judge stayed further action on the jury’s verdict in the *Doblancko* matter. He also expressed the view that while he would not, having presided over the stay application, proceed to hear the *Canada Trust* case, it was his opinion that those proceedings ought to be stayed as well: (1998), 235 A.R. 152, 1998 ABQB 859.

Le premier procès instruit était celui portant sur l’acte d’accusation relatif à l’affaire *Doblancko* et le jury a déclaré l’appelant coupable. Le verdict a été inscrit, mais rappelons que, suivant ce qui avait été convenu, le prononcé de la sentence a été remis jusqu’à ce que le sort des quatre autres actes d’accusation soit connu. Pendant le procès concernant le deuxième acte d’accusation (au sujet des affaires *Canada Trust*), des membres du cabinet Venkatraman ont cherché à être exemptés de témoigner au motif que le cabinet représentait l’appelant [TRADUCTION] « dans des circonstances susceptibles de donner naissance à un conflit ». Avec le consentement du ministère public, le juge a annulé le procès. Le juge du procès a alors examiné la demande d’arrêt de toutes les procédures présentée par l’appelant. À la fin de l’audition de cette demande, une fois tous les conflits d’intérêts pertinents révélés par les témoignages, le juge du procès a suspendu toute nouvelle mesure faisant suite au verdict du jury dans l’affaire *Doblancko*. Il a aussi expliqué que, même s’il n’instruirait pas la cause *Canada Trust* parce qu’il avait tranché la demande d’arrêt des procédures, il estimait qu’il fallait aussi prononcer l’arrêt de ces procédures : (1998), 235 A.R. 152, 1998 ABQB 859.

11 As stated, the stay was vacated and the verdict restored by the Alberta Court of Appeal, which sent the matter back to the trial judge for sentencing.

La Cour d’appel de l’Alberta a annulé l’arrêt des procédures, rétabli le verdict du jury et renvoyé l’affaire au juge du procès pour qu’il détermine la peine.

A. *The Lawyer’s Duty of Loyalty*

A. *Le devoir de loyauté de l’avocat*

12 Appellant’s counsel reminds us of the declaration of an advocate’s duty of loyalty made by Henry Brougham, later Lord Chancellor, in his defence of Queen Caroline against the charge of adultery

L’avocat de l’appelant nous rappelle la déclaration du devoir de loyauté de l’avocat faite par Henry Brougham, devenu par la suite lord chancelier, dans sa défense de la reine Caroline accusée d’adultère

brought against her by her husband, King George IV. He thus addressed the House of Lords:

[A]n advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, and, among them, to himself, is his first and only duty; and in performing this duty he must not regard the alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others. Separating the duty of a patriot from that of an advocate, he must go on reckless of consequences, though it should be his unhappy fate to involve his country in confusion.

(*Trial of Queen Caroline* (1821), by J. Nightingale, vol. II, *The Defence*, Part 1, at p. 8)

These words are far removed in time and place from the legal world in which the Venkatraman law firm carried on its practice, but the defining principle — the duty of loyalty — is with us still. It endures because it is essential to the integrity of the administration of justice and it is of high public importance that public confidence in that integrity be maintained: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at pp. 1243 and 1265, and *Tanny v. Gurman*, [1994] R.D.J. 10 (Que. C.A.). Unless a litigant is assured of the undivided loyalty of the lawyer, neither the public nor the litigant will have confidence that the legal system, which may appear to them to be a hostile and hideously complicated environment, is a reliable and trustworthy means of resolving their disputes and controversies: *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at para. 2; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455. As O'Connor J.A. (now A.C.J.O.) observed in *R. v. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56 (C.A.), at p. 67:

. . . the relationship of counsel and client requires clients, typically untrained in the law and lacking the skills of advocates, to entrust the management and conduct of their cases to the counsel who act on their behalf. There should be no room for doubt about counsel's loyalty and dedication to the client's case.

The value of an independent bar is diminished unless the lawyer is free from conflicting interests. Loyalty, in that sense, promotes effective representation, on which the problem-solving capability of an adversarial system rests. Other objectives, I

par son époux, le roi George IV. Il s'adressa à la Chambre des lords en ces termes :

[TRADUCTION] [L]'avocat, dans l'accomplissement de son devoir, ne connaît qu'une personne au monde et cette personne est son client. Le sauver par tous les moyens, aux dépens et aux risques de tous les autres et, parmi les autres, de lui-même, est son premier et son unique devoir et il doit s'en acquitter sans se préoccuper de l'inquiétude, des tourments ou de la destruction qu'il peut causer à autrui. Il doit faire la distinction entre ses devoirs de patriote et ses devoirs d'avocat et agir sans se soucier des conséquences, jusqu'à entraîner son pays dans la confusion si malheureusement tel doit être son destin.

(*Trial of Queen Caroline* (1821), par J. Nightingale, vol. II, *The Defence*, Part 1, p. 8)

Voilà des mots fort éloignés, dans le temps et dans l'espace, du monde juridique dans lequel évoluait le cabinet Venkatraman, mais le principe de base — le devoir de loyauté — demeure le même. Il subsiste parce qu'il est essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice et il est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1243 et 1265, et *Tanny c. Gurman*, [1994] R.D.J. 10 (C.A. Qué.). Si une partie à un litige n'est pas assurée de la loyauté sans partage de son avocat, ni cette partie ni le public ne croiront que le système juridique, qui leur paraît peut-être hostile et affreusement complexe, peut s'avérer un moyen sûr et fiable de résoudre leurs conflits et différends: *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 2; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455. Comme le faisait remarquer le juge O'Connor (maintenant juge en chef adjoint de l'Ontario) dans *R. c. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56 (C.A.), p. 67 :

[TRADUCTION] . . . la relation entre client et avocat exige que les clients, qui n'ont généralement pas de formation en droit et ne possèdent pas le savoir-faire propre aux avocats, confient l'administration et la conduite de leur cause à l'avocat qui agit en leur nom. Il ne devrait y avoir aucun doute possible quant à la loyauté de l'avocat et à son dévouement à la cause de son client.

La valeur d'un barreau indépendant se trouvera réduite si l'avocat n'est pas libre de tout conflit d'intérêts. En ce sens, la loyauté favorise la représentation efficace, sur laquelle repose la capacité d'un système contradictoire de résoudre les

think, can be related to the first. For example, in *MacDonald Estate, supra*, Sopinka J. speaks of the “countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause” (p. 1243). Dubin J.A. remarked in *Re Regina and Speid* (1983), 8 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.), at p. 21:

We would have thought it axiomatic that no client has a right to retain counsel if that counsel, by accepting the brief, puts himself in a position of having a conflict of interest between his new client and a former one.

See also: *Teoli v. Fagnoli* (1989), 30 Q.A.C. 136.

14

These competing interests are really aspects of protecting the integrity of the legal system. If a litigant could achieve an undeserved tactical advantage over the opposing party by bringing a disqualification motion or seeking other “ethical” relief using “the integrity of the administration of justice” merely as a flag of convenience, fairness of the process would be undermined. This, I think, is what worried the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Parsons* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 260, where the accused was charged with the first degree murder of his mother. The Crown sought to remove defence counsel on the basis that he had previously acted for the father of the accused in an unrelated matrimonial matter, and might in future have to cross-examine the father at the son’s trial for murder. The accused and his father both obtained independent legal advice, after full disclosure of the relevant facts, and waived any conflict. The father also waived solicitor-client privilege. The court was satisfied there was no issue of confidential information. On these facts, the court concluded that “public confidence in the criminal justice system might well be undermined by interfering with the accused’s selection of the counsel of his choice” (para. 30).

problèmes. Il est possible, à mon avis, de rattacher d’autres objectifs au premier. Ainsi, dans l’arrêt *Succession MacDonald*, précité, le juge Sopinka dit qu’en « contrepoids, [il y a] le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l’avocat de son choix » (p. 1243). Le juge Dubin a fait remarquer dans l’arrêt *Re Regina and Speid* (1983), 8 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), p. 21 :

[TRADUCTION] Il nous serait paru évident qu’un client ne jouit pas du droit de retenir les services d’un avocat si ce dernier, en acceptant le dossier, se place dans une situation de conflit entre les intérêts de son nouveau client et ceux d’un ancien client.

Voir aussi : *Teoli c. Fagnoli* (1989), 30 Q.A.C. 136.

Ces intérêts opposés constituent en fait différents aspects de la protection de l’intégrité du système judiciaire. Si une partie à un litige pouvait, au détriment de son adversaire, tirer un avantage stratégique immérité de la présentation d’une requête en inhabilité ou d’une demande de réparation « éthique » quelconque en se servant du principe de « l’intégrité de l’administration de la justice » comme d’un simple pavillon de complaisance, le caractère équitable du processus serait compromis. C’était, je crois, ce dont s’inquiétait la Cour d’appel de Terre-Neuve dans l’affaire *R. c. Parsons* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 260, où l’accusé était inculpé du meurtre au premier degré de sa mère. Le ministère public a tenté de faire déclarer l’avocat de la défense inhabile parce qu’il avait déjà représenté le père de l’accusé dans une affaire de droit matrimonial sans rapport avec l’accusation et qu’il risquait d’avoir à contre-interroger le père dans le cadre du procès du fils accusé de meurtre. L’accusé et son père ont tous les deux obtenu un avis juridique indépendant, après divulgation complète des faits pertinents, et ils ont renoncé à invoquer l’existence d’un conflit. Le père a également renoncé au secret de ses communications avec son avocat. Le tribunal était convaincu que la confidentialité de renseignements n’était pas en cause. Compte tenu de ces faits, le tribunal a conclu qu’on [TRADUCTION] « pourrait bien miner la confiance du public dans le système de justice criminelle si on ne laissait pas l’accusé retenir les services de l’avocat de son choix » (par. 30).

Sopinka J. in *MacDonald Estate, supra*, also mentioned as an objective the “reasonable mobility in the legal profession” (p. 1243). In an era of national firms and a rising turnover of lawyers, especially at the less senior levels, the imposition of exaggerated and unnecessary client loyalty demands, spread across many offices and lawyers who in fact have no knowledge whatsoever of the client or its particular affairs, may promote form at the expense of substance, and tactical advantage instead of legitimate protection. Lawyers are the servants of the system, however, and to the extent their mobility is inhibited by sensible and necessary rules imposed for client protection, it is a price paid for professionalism. Business development strategies have to adapt to legal principles rather than the other way around. Yet it is important to link the duty of loyalty to the policies it is intended to further. An unnecessary expansion of the duty may be as inimical to the proper functioning of the legal system as would its attenuation. The issue always is to determine what rules are sensible and necessary and how best to achieve an appropriate balance among the competing interests.

The duty of loyalty is intertwined with the fiduciary nature of the lawyer-client relationship. One of the roots of the word fiduciary is *fides*, or loyalty, and loyalty is often cited as one of the defining characteristics of a fiduciary: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 405. The lawyer fulfills squarely Professor Donovan Waters’ definition of a fiduciary:

In putting together words to describe a “fiduciary” there is of course no immediate obstacle. Almost everybody would say that it is a person in whom trust and confidence is placed by another on whose behalf the fiduciary is to act. The other (the beneficiary) is entitled to expect that the fiduciary will be concerned solely for the beneficiary’s interests, never the fiduciary’s own. The “relationship” must be the dependence or reliance of the beneficiary upon the fiduciary.

(D. W. M. Waters, “The Development of Fiduciary Obligations”, in R. Johnson et al., eds., *Gérard V.*

Dans l’arrêt *Succession MacDonald*, précité, le juge Sopinka a aussi identifié comme objectif « la mobilité raisonnable [. . .] au sein de la profession » (p. 1243). En cette ère de cabinets d’envergure nationale et de roulement élevé des avocats, surtout aux niveaux inférieurs, il se peut que l’imposition d’exigences exagérées et inutiles quant à la loyauté envers le client, réparties entre un grand nombre de cabinets et d’avocats qui ne connaissent, en fait, aucunement le client ni ses affaires particulières, privilégie la forme au détriment du contenu et l’avantage tactique plutôt que la protection légitime. Les avocats sont toutefois au service du système et, dans la mesure où leur mobilité se trouve gênée par des règles raisonnables et nécessaires visant à protéger les clients, c’est le prix à payer pour le professionnalisme. Les stratégies d’expansion commerciale doivent s’adapter aux principes juridiques plutôt que l’inverse. Il est toutefois important de relier le devoir de loyauté aux politiques qu’il est censé promouvoir. Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d’atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents.

Le devoir de loyauté est étroitement lié à la nature fiduciaire de la relation avocat-client. L’une des racines du mot « fiduciaire » est *fides* ou loyauté, et la loyauté est souvent considérée comme l’une des caractéristiques fondamentales du fiduciaire : *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 405. L’avocat répond tout à fait à la définition du fiduciaire énoncée par le professeur Donovan Waters :

[TRADUCTION] Le choix des mots pour décrire un « fiduciaire » ne comporte bien sûr aucune difficulté immédiate. Presque tous diront qu’il s’agit d’une personne en qui une autre personne place sa confiance et qui doit agir en son nom. Cette autre personne (la bénéficiaire) a le droit de s’attendre à ce que le fiduciaire ne se préoccupe que de ses intérêts à elle, jamais de ses intérêts à lui. La « relation » doit être une relation de dépendance ou de confiance du bénéficiaire à l’égard du fiduciaire.

(D. W. M. Waters, « The Development of Fiduciary Obligations », dans R. Johnson et autres, dir.,

La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997 (2000), 81, at p. 83)

Fiduciary duties are often called into existence to protect relationships of importance to the public including, as here, solicitor and client. Disloyalty is destructive of that relationship.

B. *More Than Just Confidential Information*

17 While the Court is most often preoccupied with uses and abuses of confidential information in cases where it is sought to disqualify a lawyer from further acting in a matter, as in *MacDonald Estate, supra*, the duty of loyalty to current clients includes a much broader principle of avoidance of conflicts of interest, in which confidential information may or may not play a role: *Montreal Trust Co. of Canada v. Basinview Village Ltd.* (1995), 142 N.S.R. (2d) 337 (C.A.); *Enerchem Ship Management Inc. v. Coastal Canada (The)*, [1988] 3 F.C. 421 (C.A.); *Jans v. Coulter (G.H.) Co.* (1992), 105 Sask. R. 7 (C.A.); *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Gaylor v. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162 (B.C.S.C.).

18 In *Drabinsky v. KPMG* (1998), 41 O.R. (3d) 565 (Gen. Div.), where the plaintiff sought an injunction restraining the accounting firm KPMG (of which the plaintiff was a client) from further investigating the financial records of a company of which the plaintiff was a senior officer, Ground J., grouping together lawyers and accountants, said, at p. 567:

I am of the view that the fiduciary relationship between the client and the professional advisor, either a lawyer or an accountant, imposes duties on the fiduciary beyond the duty not to disclose confidential information. It includes a duty of loyalty and good faith and a duty not to act against the interests of the client. [Emphasis added.]

Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997 (2000), 81, p. 83)

Les devoirs fiduciaires sont souvent créés pour protéger des relations que le public juge importantes, par exemple, comme en l'espèce, la relation avocat-client. Le manque de loyauté détruit cette relation.

B. *Plus que des renseignements confidentiels*

Certes, la plupart du temps, lorsqu'une partie lui demande de déclarer un avocat inhabile à continuer d'agir dans une affaire donnée, la cour se préoccupe de l'utilisation, à bon ou à mauvais escient, de renseignements confidentiels, comme dans l'affaire *Succession MacDonald*, précitée. Néanmoins, le devoir de loyauté envers les clients actuels englobe un principe de portée beaucoup plus large de prévention des conflits d'intérêts, qui peut mettre en cause, ou non, l'utilisation de renseignements confidentiels : *Montreal Trust Co. of Canada c. Basinview Village Ltd.* (1995), 142 N.S.R. (2d) 337 (C.A.); *Enerchem Ship Management Inc. c. Coastal Canada (Le)*, [1988] 3 C.F. 421 (C.A.); *Jans c. Coulter (G.H.) Co.* (1992), 105 Sask. R. 7 (C.A.); *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (C. Ont. (Div. gén.)); *Gaylor c. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162 (C.S.C.-B.).

Dans la décision *Drabinsky c. KPMG* (1998), 41 O.R. (3d) 565 (Div. gén.), portant sur une demande d'injonction visant à empêcher le cabinet d'expertise comptable KPMG (duquel le demandeur était client) de poursuivre son examen des dossiers financiers d'une société dont le demandeur était cadre supérieur, le juge Ground a dit, à la p. 567, en parlant à la fois des avocats et des experts-comptables :

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la relation fiduciaire entre un client et son conseiller professionnel, qu'il s'agisse d'un avocat ou d'un expert-comptable, impose au fiduciaire des obligations qui vont au-delà du devoir de ne pas divulguer de renseignements confidentiels. Elle suppose un devoir de loyauté et de bonne foi ainsi que l'obligation de ne pas agir à l'encontre des intérêts du client. [Je souligne.]

Some members of the accounting profession assert the efficacy of “Chinese walls” in accounting practices even with respect to the affairs of *current* clients. Whether this belief is justified in the absence of informed consent from the clients concerned is an issue for another day. Insofar as the *legal* profession is concerned, Ground J.’s view of the duty of loyalty to current clients is unassailable.

The aspects of the duty of loyalty relevant to this appeal do include issues of confidentiality in the *Canada Trust* matters, but engage more particularly three other dimensions:

(i) the duty to avoid conflicting interests: *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.), and *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée v. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 2393 (C.A.), including the lawyer’s personal interest: *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C.), aff’d (1988), 66 O.R. (2d) 350 (C.A.); *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Gen. Div.); *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*.

(ii) a duty of commitment to the client’s cause (sometimes referred to as “zealous representation”) from the time counsel is retained, not just at trial, i.e. ensuring that a divided loyalty does not cause the lawyer to “soft peddle” his or her defence of a client out of concern for another client, as in *R. v. Silvini* (1991), 5 O.R. (3d) 545 (C.A.); *R. v. Widdifield* (1995), 25 O.R. (3d) 161 (C.A.); *R. v. Graham*, [1994] O.J. No. 145 (QL) (Prov. Div.); and,

(iii) a duty of candour with the client on matters relevant to the retainer: *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), at p. 465 C.C.C., *per* Gendreau J.A.; *Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), at p. 430; the Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (1988), c. 5, Commentary

Certains comptables affirment l’efficacité des cloisonnements étanches ou « *Chinese walls* » dans les cabinets comptables, même en ce qui concerne les affaires des clients *actuels*. Il n’y a pas lieu de déterminer aujourd’hui si cette croyance est justifiée en l’absence du consentement éclairé des clients en cause. En ce qui concerne la profession *juridique*, la conception du devoir de loyauté exposée par le juge Ground est inattaquable.

Les aspects du devoir de loyauté pertinents quant au présent pourvoi incluent effectivement des questions de confidentialité relativement aux affaires *Canada Trust*, mais les trois aspects suivants sont plus particulièrement en cause :

(i) le devoir d’éviter les conflits d’intérêts : *Davey c. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.), et *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 2393 (C.A.); notamment en ce qui concerne l’intérêt personnel de l’avocat : *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C.), conf. par (1988), 66 O.R. (2d) 350 (C.A.); *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Div. gén.); *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.*, précité;

(ii) le devoir de dévouement à la cause de son client (qu’on appelle parfois la « représentation zélée »), qui existe dès le moment où les services de l’avocat sont retenus et pas seulement pendant le procès, c’est-à-dire veiller à ce qu’une situation de loyauté partagée n’incite par l’avocat à « mettre une sourdine » à la défense de son client par souci d’en ménager un autre, comme dans les affaires *R. c. Silvini* (1991), 5 O.R. (3d) 545 (C.A.); *R. c. Widdifield* (1995), 25 O.R. (3d) 161 (C.A.); *R. c. Graham*, [1994] O.J. No. 145 (QL) (Div. prov.);

(iii) un devoir de franchise envers son client pour les questions pertinentes quant au mandat : *Henry c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), p. 2461, le juge Gendreau; *Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), p. 430; le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien (1988), ch. 5, Commentaires 4 à 6. S’il

4-6. If a conflict emerges, the client should be among the first to hear about it.

C. *The Venkatraman Law Firm's Breach of Professional Obligations*

20 The present appeal involves criminal proceedings and it is in that context that I propose to review the applicable legal principles.

(1) Did a Solicitor-Client Relationship Exist at the Relevant Time?

21 The Crown argues that the *Canada Trust* retainer ended before the *Doblanco* retainer began, and the relevant principles are therefore those that govern acting against a *former* client rather than the stricter and more comprehensive rules about acting against a *current* client.

22 The *Code of Professional Conduct* of the Law Society of Alberta defines "client" as follows, at p. viii:

"client" generally means a person on whose behalf the lawyer renders professional services and with whom the lawyer has a current or ongoing lawyer/client relationship, but may also include a person who reasonably believes that a lawyer/client relationship exists although one or more of the customary indicia of such a relationship are absent.

23 The trial judge made the finding that "Venkatraman and Associates had a solicitor client relationship with Neil [the appellant] relating to the giving of advice generally but including specifically advice relating to matters for which Neil [the appellant] was charged" (para. 66). This relationship, which seems to have been in the nature of a general retainer, predated the events in question, and continued through the events in question. Not only did the appellant claim a continuing solicitor-client relationship but the Venkatraman law firm took the position at the time of the *Canada Trust* trial in 1997 that there was a *continuing* solicitor-client relationship (see Exhibit 6, letter dated January 14, 1997). In these circumstances, the trial judge's finding that a solicitor-client relationship existed between the appellant and the

survient un conflit, le client devrait être parmi les premiers à en entendre parler.

C. *Le manquement à ses obligations professionnelles par le cabinet d'avocats Venkatraman*

Le présent pourvoi concerne des procédures criminelles et c'est dans ce contexte que je me propose d'examiner les principes juridiques applicables.

(1) Existait-il une relation avocat-client à l'époque pertinente?

Le ministère public fait valoir que le mandat du cabinet dans le dossier *Canada Trust* avait pris fin avant que le mandat dans l'affaire *Doblanco* lui soit confié, et que les principes pertinents sont donc ceux qui régissent la représentation contre un *ancien* client plutôt que les règles plus rigoureuses et de portée plus étendue qui encadrent la représentation contre un client *actuel*.

Dans le *Code of Professional Conduct* de la Law Society of Alberta, le mot « client » est défini comme suit, à la p. viii :

[TRADUCTION] « client » Généralement, une personne au nom de laquelle un avocat rend des services professionnels et avec laquelle il a une relation avocat-client existante ou continue, mais ce terme peut s'entendre en outre d'une personne qui croit raisonnablement qu'une relation avocat-client existe même en l'absence d'un ou de plusieurs des indices habituels d'une telle relation.

Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « le cabinet Venkatraman and Associates avait une relation avocat-client avec M. Neil [l'appelant] relativement à la fourniture d'avis en général, mais notamment des avis concernant spécifiquement les accusations portées contre lui » (par. 66). Cette relation, qui semble avoir été de la nature d'un mandat général de représentation, a débuté avant les événements en cause et elle s'est poursuivie pendant lesdits événements. Non seulement l'appelant a soutenu qu'il existait une relation avocat-client continue, mais le cabinet d'avocats Venkatraman soutenait lui-même, au moment du procès dans le dossier *Canada Trust* en 1997, qu'il existait une relation avocat-client *continue* (voir pièce 6, lettre en date du 14 janvier 1997). Dans ces circonstances, la conclusion du juge du procès qu'une relation

Venkatraman law firm at all relevant times should not be disturbed.

(2) The Duty of Loyalty to an Existing Client

The Law Society of Alberta's *Code of Professional Conduct* provides that "[i]n each matter, a lawyer's judgment and fidelity to the client's interests must be free from compromising influences" (c. 6, Statement of Principle, p. 50). The facts of this case illustrate a number of important objectives served by this principle. Loyalty required the Venkatraman law firm to focus on the interest of the appellant without being distracted by other interests including personal interests. Part of the problem here seems to have been Lazin's determination to hang onto a piece of litigation. When Lazin was asked about "the ethical issue" in acting for Lambert, he said maybe "it was a question of not wanting to give up the file". Loyalty includes putting the client's business ahead of the lawyer's business. The appellant was entitled to a level of commitment from his lawyer that whatever could properly be done on his behalf would be done as surely as it would have been done if the appellant had had the skills and training to do the job personally. On learning that his own lawyer had put before the divorce court evidence of his further wrongdoing, the appellant understandably felt betrayed. Equally, the public in Edmonton, where the prosecution of the appellant had attracted considerable notoriety, required assurance that the truth had been ascertained by an adversarial system that functioned clearly and without hidden agendas.

The general duty of loyalty has frequently been stated. In *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), Harradence J.A., concurring, observed, at para. 73:

A solicitor is in a fiduciary relationship to his client and must avoid situations where he has, or potentially may, develop a conflict of interests . . . The logic behind

avocat-client existait entre l'appelant et le cabinet d'avocats Venkatraman à toutes les époques pertinentes ne devrait pas être modifiée.

(2) Le devoir de loyauté envers un client existant

Le *Code of Professional Conduct* de la Law Society of Alberta prévoit que [TRADUCTION] « [d]ans chaque affaire, le jugement d'un avocat et sa fidélité aux intérêts de son client doivent être à l'abri de toute influence compromettante » (ch. 6, Statement of Principle, p. 50). Les faits en l'espèce illustrent plusieurs objectifs importants servis par ce principe. La loyauté exigeait du cabinet Venkatraman qu'il se concentre sur l'intérêt de l'appelant sans être distrait par d'autres intérêts, y compris des intérêts personnels. Une partie du problème semble avoir été en l'espèce la détermination de M^e Lazin à ne pas perdre un dossier. Lorsqu'on l'a interrogé au sujet de [TRADUCTION] « la question éthique » soulevée par le fait qu'il représentait M^{me} Lambert, M^e Lazin a dit que peut-être [TRADUCTION] « il n'avait pas voulu renoncer au dossier ». La loyauté signifie notamment que l'avocat place les affaires de son client au premier rang, en priorité sur ses propres affaires. L'appelant avait droit, de la part de son avocat, à un degré d'engagement l'assurant que tout ce qui pouvait être convenablement fait en son nom le serait, aussi sûrement que si l'appelant avait eu les habiletés et la formation pour accomplir lui-même le travail. On peut comprendre que l'appelant se soit senti trahi en apprenant que son propre avocat avait mis en preuve, devant le tribunal de divorce, un autre acte fautif commis par lui. Également, à Edmonton, où la poursuite de l'appelant avait acquis une grande notoriété, le public exigeait l'assurance que la vérité avait été établie grâce à un système contradictoire qui fonctionnait ouvertement et sans motifs cachés.

Le devoir général de loyauté a été expliqué fréquemment. Dans la décision *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), le juge Harradence a tenu les propos suivants dans ses motifs concourants, au par. 73 :

[TRADUCTION] L'avocat a avec son client une relation de fiduciaire et il doit éviter les situations où il se trouve en conflit d'intérêts ou celles qui pourraient donner

this is cogent in that a solicitor must be able to provide his client with complete and undivided loyalty, dedication, full disclosure, and good faith, all of which may be jeopardized if more than one interest is represented.

naissance à un conflit d'intérêts [. . .] Le fondement logique de ce principe est très solide, car l'avocat doit pouvoir faire preuve à l'égard de son client d'une loyauté entière et sans partage, de dévouement, d'une transparence totale et de bonne foi, autant d'attitudes susceptibles d'être menacées s'il représente plus d'un intérêt.

26

The duty of loyalty was similarly expressed by Wilson J.A. (as she then was) in *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall*, *supra*, at p. 602:

Le devoir de loyauté a été décrit de façon similaire par le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour) dans l'arrêt *Davey c. Woolley, Hames, Dale & Dingwall*, précité, p. 602 :

The underlying premise . . . is that, human nature being what it is, the solicitor cannot give his exclusive, undivided attention to the interests of his client if he is torn between his client's interests and his own or his client's interests and those of another client to whom he owes the self-same duty of loyalty, dedication and good faith.

[TRADUCTION] Le principe sous-jacent [. . .] est que, la nature humaine étant ce qu'elle est, l'avocat ne peut consacrer aux intérêts de son client son attention pleine, entière et exclusive s'il est déchiré entre les intérêts de son client et ses propres intérêts ou entre les intérêts de son client et ceux d'un autre client envers qui il a ce même devoir de loyauté, de dévouement et de bonne foi.

27

More recently in England, in a case dealing with the duties of accountants, the House of Lords observed that "[t]he duties of an accountant cannot be greater than those of a solicitor, and may be less" (p. 234) and went on to compare the duty owed by accountants to *former* clients (where the concern is largely with confidential information) and the duty owed to *current* clients (where the duty of loyalty prevails irrespective of whether or not there is a risk of disclosure of confidential information). Lord Millett stated, at pp. 234-35:

Plus récemment, en Angleterre, dans une affaire concernant les devoirs des experts-comptables, la Chambre des lords a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]es devoirs d'un expert-comptable ne peuvent pas être plus étendus que ceux d'un avocat, mais ils peuvent l'être moins » (p. 234), avant de comparer le devoir de l'expert-comptable envers ses *anciens* clients (où c'est surtout la confidentialité des renseignements qui est en cause) avec son devoir envers ses clients *actuels* (où le devoir de loyauté l'emporte sans égard à l'existence ou à l'absence d'un risque de divulgation de renseignements confidentiels). Lord Millett a dit ceci, aux p. 234-235 :

My Lords, I would affirm [possession of confidential information] as the basis of the court's jurisdiction to intervene on behalf of a former client. It is otherwise where the court's intervention is sought by an existing client, for a fiduciary cannot act at the same time both for and against the same client, and his firm is in no better position. A man cannot without the consent of both clients act for one client while his partner is acting for another in the opposite interest. His disqualification has nothing to do with the confidentiality of client information. It is based on the inescapable conflict of interest which is inherent in the situation. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, j'affirmerais que [la possession de renseignements confidentiels] constitue le fondement de la compétence du tribunal pour intervenir au nom d'un ancien client. Il en est autrement lorsque c'est un client actuel qui demande au tribunal d'intervenir parce qu'un fiduciaire ne peut agir en même temps à la fois pour et contre un même client, et son cabinet n'est pas en meilleure position. Une personne ne peut agir au nom d'un client alors que son associé agit au nom d'un autre client dont les intérêts sont opposés, à moins que les deux clients n'y aient consenti. L'inhabilité de cette personne n'a rien à voir avec la confidentialité de renseignements appartenant au client. Elle repose sur l'inévitable conflit d'intérêts inhérent à la situation. [Je souligne.]

(*Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.))

(*Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.))

In exceptional cases, consent of the client may be inferred. For example, governments generally accept that private practitioners who do their civil or criminal work will act against them in unrelated matters, and a contrary position in a particular case may, depending on the circumstances, be seen as tactical rather than principled. Chartered banks and entities that could be described as professional litigants may have a similarly broad-minded attitude where the matters are sufficiently unrelated that there is no danger of confidential information being abused. These exceptional cases are explained by the notion of informed consent, express or implied.

The general prohibition is undoubtedly a major inconvenience to large law partnerships and especially to national firms with their proliferating offices in major centres across Canada. Conflict searches in the firm's records may belatedly turn up files in another office a lawyer may not have been aware of. Indeed, he or she may not even be acquainted with the partner on the other side of the country who is in charge of the file. Conflict search procedures are often inefficient. Nevertheless it is the firm not just the individual lawyer, that owes a fiduciary duty to its clients, and a bright line is required. The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — *even if the two mandates are unrelated* — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other.

The Venkatraman law firm was bound by this general prohibition to avoid acting contrary to the interest of the appellant, a current client, who was a

Dans des cas exceptionnels, il est possible de déduire qu'il y a eu consentement du client. Ainsi, les gouvernements reconnaissent généralement que les avocats en cabinet privé qui les représentent au civil ou au criminel agiront contre eux dans le cadre d'affaires qui n'ont aucun rapport avec ces mandats; une position contraire adoptée dans un cas particulier pourra, selon les circonstances, être considérée comme liée à des considérations de tactique plutôt que de principe. Les banques à charte, tout comme les entités qu'on pourrait qualifier de plaideurs d'habitude, peuvent faire preuve d'une ouverture d'esprit semblable dans des affaires qui sont si peu reliées entre elles que le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels est inexistant. Ces cas exceptionnels s'expliquent par la notion de consentement éclairé, exprès ou implicite.

L'interdiction générale constitue sans contredit un inconvénient majeur pour les grandes sociétés d'avocats, et particulièrement pour les cabinets qui œuvrent à l'échelle nationale et dont les bureaux se multiplient dans les grands centres partout au Canada. En vérifiant les documents du cabinet pour déceler un conflit, on peut découvrir tardivement, dans un autre bureau, des dossiers dont l'avocat ignorait peut-être l'existence. En fait, l'avocat ou l'avocate peut fort bien ne pas connaître l'associé responsable du dossier à l'autre bout du pays. Les procédures de recherche visant à déceler les conflits sont souvent inefficaces. Néanmoins, c'est le cabinet, et pas seulement l'avocat, individuellement, qui a un devoir de fiduciaire envers ses clients, et une ligne de démarcation très nette est requise. Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel — *même si les deux mandats n'ont aucun rapport entre eux* — à moins que les deux clients n'y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l'avocat ou l'avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l'autre.

Cette interdiction générale obligeait le cabinet d'avocats Venkatraman à éviter d'agir à l'encontre de l'intérêt de l'appelant, un client actuel très

28

29

30

highly vulnerable litigant in need of all the help and reassurance he could legitimately get.

(3) Breaches of the Duty of Loyalty

31

In my view the Venkatraman law firm, and Lazin in particular, put themselves in a position where the duties they undertook to other clients conflicted with the duty of loyalty which they owed to the appellant. I adopt, in this respect, the notion of a “conflict” in § 121 of the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, at pp. 244-45, as a “substantial risk that the lawyer’s representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer’s own interests or by the lawyer’s duties to another current client, a former client, or a third person”.

32

The initial conflict was to attempt to act simultaneously for both the appellant and his eventual co-accused in the *Canada Trust* charges, Helen Lambert. They were clearly adverse in interest. It is true that at the time Lazin and his colleague from the firm met the appellant in the Remand Centre on April 18, 1995 Lazin had not been retained by Lambert on the criminal charges. He was acting only with respect to her divorce. It is also true that in the end the appellant was eventually represented by other counsel. Nevertheless the trial judge found that on April 18, 1995, Lazin was *in fact* (if not yet officially) acting on Lambert’s behalf in the criminal proceedings. Her indictment was reasonably anticipated (given her involvement in the subject matter of the *Canada Trust* charge) and, most importantly, the trial judge held that the purpose of Lazin’s attendance at the Remand Centre was to get evidence to run a “cut-throat” defence against the appellant who, he found, was an ongoing client of the Venkatraman law firm. The fact that the appellant eventually looked elsewhere for a lawyer in the *Canada Trust* case, whether as a result of his choice or theirs, did not diminish their duty of loyalty. Nor does it make a difference that no professional fee was charged for that particular consultation. The Venkatraman firm (Lazin) appreciated that the appellant having been arrested, the long arm of the law would soon

vulnérable qui était partie à un litige et qui avait besoin de toute l’aide et de tout le réconfort qu’il pouvait légitimement obtenir.

(3) Manquements au devoir de loyauté

À mon avis, le cabinet d’avocats Venkatraman, et en particulier M^e Lazin, se sont placés dans une situation où les engagements qu’ils ont pris envers d’autres clients entraient en conflit avec le devoir de loyauté qu’ils avaient envers l’appellant. Je fais mienne à cet égard la notion de « conflit » décrite dans le *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, p. 244-245, § 121, comme [TRADUCTION] « un risque sérieux que les intérêts personnels de l’avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l’avocat ».

Le premier conflit a consisté à tenter d’agir simultanément pour l’appellant et pour sa coaccusée éventuelle, Helen Lambert, dans le cadre des accusations portées dans le dossier *Canada Trust*. Leurs intérêts s’opposaient clairement. Il est vrai qu’au moment où M^e Lazin et son collègue du cabinet ont rencontré l’appellant à l’établissement de détention provisoire le 18 avril 1995, les services de M^e Lazin n’avaient pas été retenus par M^{me} Lambert pour les accusations criminelles. Il ne la représentait que pour son divorce. Il est également vrai que l’appellant a finalement été représenté par un autre avocat. Le juge du procès a néanmoins conclu que, le 18 avril 1995, M^e Lazin agissait *en fait* (s’il n’agissait pas encore officiellement) pour le compte de M^{me} Lambert dans le dossier criminel. Sa mise en accusation était raisonnablement prévisible (compte tenu de sa participation aux opérations à l’origine des accusations dans le dossier *Canada Trust*) et, surtout, le juge du procès a statué que la présence de M^e Lazin à l’établissement de détention provisoire visait à recueillir des éléments de preuve afin de présenter pour sa cliente une [TRADUCTION] « défense traîtresse » contre l’appellant qui, a-t-il constaté, était alors un client du cabinet Venkatraman. Le fait que, de son propre choix ou du choix du cabinet, l’appellant ait finalement fait appel à un autre avocat pour les affaires *Canada Trust* n’a pas atténué le

be laid on Helen Lambert. In fact, Helen Lambert was arrested less than two months later, on June 6, 1995.

The second conflict relates to the *Doblanko* charges. As mentioned, both Doblanko and his former wife (who had by now remarried and produced children of her second “marriage”) needed their earlier divorce to be regularized. The Venkatraman firm breached their duty to the appellant in accepting a retainer that required them to put before the divorce court judge evidence of the illegal conduct of their client, the appellant, at a time when they knew he was facing other criminal charges related to his paralegal practice, in which their firm had had a long-standing involvement. It was contended that the *Doblanko* and *Canada Trust* cases were wholly unrelated in the sense that Lazin could not have obtained in the *Doblanko* mandate confidential information that would be relevant in the *Canada Trust* mandate. This, as stated, is not the test of loyalty to an *existing* client, and it is not entirely true either. While the two cases were wholly independent of each other in terms of their facts, the Lambert’s cut-throat defence was helped by piling up the allegations of dishonest conduct in different matters by different complainants in a way that would make it easier for the jury to consider her a victim rather than a perpetrator. The linkage was thus strategic. The *Doblanko* application was initiated in July 1995. The Crown advised us that the *Canada Trust* criminal charges against Helen Lambert were not resolved until the spring of 1996.

In the course of the *Doblanko* application, the divorce court judge expressed the view (according

devoir de loyauté du cabinet. De même, le fait qu’on ne lui ait pas réclamé d’honoraires professionnels pour cette consultation particulière ne change rien. Le cabinet Venkatraman (M^e Lazin) devait savoir que l’appelant ayant été arrêté, le long bras de la justice se poserait bientôt sur Helen Lambert. En fait, celle-ci a été arrêtée moins de deux mois plus tard, le 6 juin 1995.

Le second conflit concerne les accusations reliées à l’affaire *Doblanko*. Comme il a été mentionné, à la fois M. Doblanko et sa première épouse (qui s’était alors remariée et avait eu des enfants de son deuxième « mariage ») voulaient régulariser leur divorce prononcé antérieurement. Le cabinet Venkatraman a manqué à son devoir envers l’appelant en acceptant un mandat qui l’obligeait à présenter au juge du tribunal de divorce une preuve de la conduite illégale de son client, l’appelant, à une époque où des membres du cabinet savaient que celui-ci devait faire face à d’autres accusations criminelles concernant ses activités de parajuriste auxquelles le cabinet était associé depuis longtemps. On a soutenu que les affaires *Doblanko* et *Canada Trust* n’avaient aucun rapport entre elles, en ce sens que M^e Lazin n’aurait pas pu obtenir, dans le cadre du mandat *Doblanko*, des renseignements confidentiels qui auraient été pertinents dans le dossier *Canada Trust*. Cette affirmation ne correspond pas au critère qu’il faut appliquer pour apprécier la loyauté envers un client *actuel* et elle n’est pas tout à fait exacte. Bien que les deux affaires aient été entièrement indépendantes l’une de l’autre quant aux faits, la défense traîtresse de M^{me} Lambert a été renforcée par le cumul des allégations de conduite malhonnête formulées par divers plaignants dans différentes affaires, de telle sorte qu’il était plus facile pour un jury de la voir comme une victime plutôt que comme l’auteur des actes reprochés. Le lien entre ces deux affaires se situait donc sur le plan stratégique. La demande *Doblanko* a été introduite en juillet 1995. Le ministère public nous a avisés que les décisions sur les accusations criminelles portées contre Helen Lambert dans le dossier *Canada Trust* n’ont pas été rendues avant le printemps 1996.

Dans le cadre de la demande *Doblanko*, le juge du tribunal de divorce a exprimé l’avis (selon

to Lazin) that Lazin should report the appellant's apparent falsification of documents to the police. I think at that point that Lazin, as an officer of the court, was obliged to do so. Lazin then called the Law Society (without disclosing that the appellant was a client of his firm) who advised that Lazin *could* advise his divorce court client to report the matter to the police but he was not bound to. Lazin advised neither the trial judge nor the Law Society that the suspected forger (the appellant) was a client of his firm. Further, Lazin made a point of having the matter reported to the police officer who was responsible for investigating the appellant in connection with the *Canada Trust* and other matters.

35

It was the Venkatraman firm that put the cat among the pigeons by bringing the *Doblanko* application before the divorce court. Mr. Doblanko would likely have found another lawyer to make the application, and the facts might equally have eventually made their way to the police, but it was in violation of the firm's duty of loyalty to the appellant to contribute in this way to the appellant's downfall.

(4) Remedies for Breach of the Duty of Loyalty

36

It is one thing to demonstrate a breach of loyalty. It is quite another to arrive at an appropriate remedy.

37

A client whose lawyer is in breach of his or her fiduciary duty has various avenues of redress. A complaint to the relevant governing body, in this case the Law Society of Alberta, may result in disciplinary action. A conflict of interest may also be the subject matter of an action against the lawyer for compensation, as in *Szarfer v. Chodos, supra*. Breach of the ethical rules that could raise concerns at the Law Society does not necessarily give grounds in a malpractice action or justify a constitutional remedy.

38

More specifically, in the criminal law context, if the material facts surface while court proceedings are ongoing, an application to disqualify the

M^e Lazin) que M^e Lazin devrait signaler à la police l'apparente falsification de documents par l'appellant. Je pense qu'à ce moment-là M^e Lazin, en tant qu'officier de justice, y était obligé. M^e Lazin a alors appelé la Law Society (sans dévoiler que l'appellant était un client de son cabinet) qui l'a avisé qu'il *pouvait* conseiller à son client dans l'affaire de divorce de signaler l'affaire à la police, mais qu'il n'y était pas tenu. M^e Lazin n'a informé ni le juge du procès ni la Law Society que le présumé faussaire (l'appellant) était un client de son cabinet. M^e Lazin s'est de plus assuré que l'incident soit signalé au policier responsable de l'enquête sur l'appellant dans le dossier *Canada Trust* et d'autres affaires.

C'est le cabinet Venkatraman qui a jeté un pavé dans la mare en saisissant le tribunal de divorce de la demande *Doblanko*. Monsieur Doblanko aurait probablement trouvé un autre avocat pour présenter cette demande et les faits auraient tout autant pu venir un jour à la connaissance de la police, mais le cabinet a manqué à son devoir de loyauté envers l'appellant en contribuant ainsi à sa perte.

(4) Les recours en cas de manquement au devoir de loyauté

Démontrer l'existence d'un manquement au devoir de loyauté est une chose, mais c'en est une autre que de déterminer quel est le recours approprié.

Différentes voies de recours s'offrent au client dont l'avocat a contrevenu à son devoir de fiduciaire. Une plainte auprès de l'organisme de réglementation concerné, en l'espèce la Law Society of Alberta, peut déboucher sur une mesure disciplinaire. Un conflit d'intérêts peut aussi donner ouverture à une poursuite en dommages-intérêts contre l'avocat, comme dans l'affaire *Szarfer c. Chodos, précitée*. Un manquement aux règles de déontologie susceptible de préoccuper la Law Society ne donne pas nécessairement ouverture à une action pour faute professionnelle ou à un recours constitutionnel.

Plus particulièrement, dans un contexte de droit criminel, si les faits pertinents sont mis au jour pendant le déroulement de l'instance, il est possible

lawyer from acting further may be brought, as in *Re Regina and Robillard* (1986), 28 C.C.C. (3d) 22 (Ont. C.A.); *Re Regina and Speid*, *supra*, at pp. 20-21; *Widdifield*, *supra*, at p. 177, *per* Doherty J.A.; *R. v. Chen* (2001), 53 O.R. (3d) 264 (S.C.J.). The conflict should, of course, be raised at the earliest practicable stage. If the trial is concluded, the conflict of interest may still be raised at the appellate level as a ground to set aside the trial judgment, but the test is more onerous because it is no longer a matter of taking protective steps but of asking for the reversal of a court judgment.

In *R. v. Graff* (1993), 80 C.C.C. (3d) 84, the Alberta Court of Appeal held that in a post-conviction situation, if an accused is to challenge a conviction or sentence on appeal, he or she must show more than a possibility of conflict of interest; while actual prejudice need not be shown, the appellant must demonstrate the conflict of interest and that the conflict adversely affected the lawyer's performance on behalf of the appellant. See also *Silvini*, *supra*, at p. 551, *per* Lacourcière J.A.; *Widdifield*, *supra*, at p. 173; *R. v. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69 (Que. C.A.), at p. 81, *per* Rothman J.A. It is not necessary for the accused to demonstrate actual prejudice because "[t]he right to have the assistance of counsel is too fundamental and absolute to allow courts to indulge in nice calculations as to the amount of prejudice arising from its denial": *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942), at p. 76.

If the two-part conflict/impairment test is satisfied, the court may order a new trial. The appellant is unable to meet this test because, of course, he was not represented in any court proceedings (trial or pre-trial) by the Venkatraman law firm in either the *Doblanco* or the *Canada Trust* matters. Moreover he seeks more than a new trial. The appellant seeks a stay of the *Doblanco* verdict and a stay of further proceedings in the *Canada Trust* matters on the basis he was denied his right to effective representation contrary to s. 7 and s. 11(d) of the *Canadian*

de présenter une demande visant à faire déclarer l'avocat inhabile à continuer d'occuper pour son client. Ce fut le cas dans les affaires *Re Regina and Robillard* (1986), 28 C.C.C. (3d) 22 (C.A. Ont.); *Re Regina and Speid*, précitée, p. 20-21; *Widdifield*, précitée, p. 177, le juge Doherty; *R. c. Chen* (2001), 53 O.R. (3d) 264 (C.S.J.). Le conflit devrait évidemment être soulevé à la première occasion où il est possible de le faire. Si le procès est terminé, le conflit d'intérêts peut encore être invoqué en appel comme motif d'annulation du jugement de première instance, mais le critère applicable est alors plus exigeant, car il ne s'agit plus de prendre des mesures préventives, mais de demander l'annulation d'une décision judiciaire.

Dans *R. c. Graff* (1993), 80 C.C.C. (3d) 84, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que si un accusé, une fois reconnu coupable, veut interjeter appel de la déclaration de culpabilité ou de la sentence, il doit démontrer plus qu'une possibilité de conflit d'intérêts; même s'il n'a pas à établir l'existence d'un préjudice réel, l'appelant doit faire la preuve du conflit d'intérêts et de son incidence négative sur la façon dont l'avocat qui le représentait s'est acquitté de sa tâche. Voir aussi *Silvini*, précité, p. 551, le juge Lacourcière; *Widdifield*, précité, p. 173; *R. c. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69 (C.A. Qué.), p. 81, le juge Rothman. Il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse l'existence d'un préjudice réel parce que [TRADUCTION] « [l]e droit à l'assistance d'un avocat est trop fondamental et trop absolu pour qu'on permette aux tribunaux de se livrer à de fins calculs quant à l'ampleur du préjudice découlant de l'atteinte à ce droit » : *Glasser c. United States*, 315 U.S. 60 (1942), p. 76.

Si le double critère du conflit et de l'incidence négative est rempli, la cour peut ordonner la tenue d'un nouveau procès. Or, l'appelant ne peut évidemment pas satisfaire à ce critère parce que le cabinet Venkatraman ne l'a représenté dans aucune procédure judiciaire (avant ou pendant le procès), dans les affaires *Doblanco* ou *Canada Trust*. En outre, il demande plus qu'un nouveau procès. L'appelant demande l'arrêt des procédures quant au verdict dans l'affaire *Doblanco* et l'arrêt de toute procédure à venir dans les affaires *Canada Trust*, au motif

Charter of Rights and Freedoms, and that further proceedings on these matters would be an abuse of process. So abusive, he says, that this sorry affair amounts to one of the “clearest of cases” where a stay is justified: *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21.

41 Here again his pathway is impeded by the fact that the Venkatraman law firm did not act as his counsel, ineffective or otherwise, at any stage of the criminal proceedings. He consulted them and took them into his confidence, but he was not represented by them. He is therefore thrown back on the “residual category” of stay applications, described in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, as follows, at para. 73:

This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, the Court added that the residual category is a small one. “In the vast majority of cases, the concern will be about the fairness of the trial” (para. 89).

42 The appellant’s argument that the purity of the waters of the fountain of justice was irredeemably polluted in these cases by the action of the Venkatraman law firm (to borrow a metaphor from Lord Brougham’s era) is very difficult to sustain on the facts.

43 The Alberta Court of Appeal noted that the actions of the Venkatraman law firm are not state actions, and therefore do not as such attract *Charter* scrutiny. The appellant says that a lawyer is an

qu’il n’a pas eu droit à l’assistance effective de son avocat, en contravention de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la poursuite des procédures dans ces affaires constituerait un abus de procédure. Un abus tel, dit-il, que cette triste affaire équivaut à l’un des « cas les plus clairs » justifiant l’arrêt des procédures : *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *États-Unis d’Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21.

Cette prétention de l’appelant se heurte elle aussi au fait que le cabinet Venkatraman ne l’a représenté, efficacement ou non, à aucune étape des procédures criminelles. L’appelant l’a consulté et s’est confié à lui, mais ce cabinet ne l’a pas représenté. L’appelant se trouve ainsi ramené à la « catégorie résiduelle » des demandes d’arrêt des procédures, décrite comme suit dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, para. 73 :

Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l’équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d’autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l’ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d’une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l’intégrité du processus judiciaire.

Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, la Cour a ajouté que la catégorie résiduelle est une petite catégorie. « Dans la grande majorité des cas, l’accent sera mis sur le caractère équitable du procès » (par. 89).

Devant les faits, il est très difficile de reconnaître la validité de l’argument de l’appelant voulant que, dans ces affaires, les eaux pures de la fontaine de la justice aient été irrémédiablement contaminées par la conduite du cabinet Venkatraman (pour emprunter une métaphore datant de l’époque de lord Brougham).

La Cour d’appel de l’Alberta a fait observer que les actions du cabinet Venkatraman ne sont pas des actions étatiques et, en conséquence, qu’elles ne sont pas soumises à un examen au regard de la

“officer of the court” but this, I think, is an inadequate basis on which to base state responsibility. However, I would not want to shut the door entirely on the basis of lack of state action. At common law, the doctrine of abuse of process was rooted in objectionable conduct by private litigants, for example using the courts for an improper purpose. Although s. 7 of the *Charter* incorporates the abuse of process doctrine, it does not extinguish the common law doctrine under which the courts have an inherent and residual discretion to control their own processes and prevent their abuse: *Cobb, supra*, at para. 37. Even in *Charter* terms, there is much to be said for the view of Powell J. of the United States Supreme Court who observed in *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980), that, if defence counsel is incompetent or otherwise violates his or her duties in such a way as to adversely affect the representation of an accused, “a serious risk of injustice infects the trial itself. . . . When a State obtains a criminal conviction through such a trial, it is the State that unconstitutionally deprives the defendant of his liberty” (p. 343). See also *Mickens v. Taylor*, 122 S. Ct. 1237 (2002), at p. 1245. We do not need to consider this argument in this case. It is difficult to see how the conduct of a law firm that is not actually engaged as defence counsel, as here, could have such a drastic impact on the constitutionality of the trial. Here there was no wrongful state action. Nor did the conduct of the Venkatraman law firm “infect” the appellant’s trial with “a serious risk of injustice”. Further, with respect to the tertiary ground, there is nothing in the *Doblanko* verdict to contravene our fundamental notions of justice.

D. The Stay Sought by the Appellant With Respect to the Doblanko Verdict

In my view, the stay entered by the trial judge against the *Doblanko* verdict was properly vacated by the Court of Appeal for the following reasons:

Charte. L’appelant dit qu’un avocat est un « officier de justice », mais cela ne suffit pas à mon avis pour engager la responsabilité de l’État. Je ne voudrais toutefois pas écarter toute possibilité en retenant l’argument de l’absence d’action étatique. En common law, la doctrine de l’abus de procédure tirait son origine de la conduite répréhensible de parties privées à un litige, comme l’utilisation des tribunaux à des fins inacceptables. Bien que l’art. 7 de la *Charte* englobe la notion d’abus de procédure, il n’écarte pas l’application de la doctrine de common law selon laquelle les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel de contrôler leur propre procédure et d’empêcher qu’on en abuse : *Cobb*, précité, par. 37. Dans l’arrêt *Cuyler c. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980), le juge Powell de la Cour suprême des États-Unis a formulé une remarque fort pertinente, même au regard de la *Charte*, lorsqu’il a dit que si l’avocat ou l’avocate de la défense est incompétent ou déroge autrement à ses devoirs au point de nuire à la représentation d’un accusé, [TRADUCTION] « un risque sérieux d’injustice contamine le procès lui-même. [. . .] Lorsqu’un État obtient une condamnation criminelle au terme d’un tel procès, c’est l’État lui-même qui prive anticonstitutionnellement le défendeur de sa liberté » (p. 343). Voir aussi *Mickens c. Taylor*, 122 S. Ct. 1237 (2002), p. 1245. Il n’est pas nécessaire d’examiner cette question en l’espèce. Il est difficile de voir comment la conduite d’un cabinet d’avocats dont les services ne sont pas effectivement retenus pour la défense, comme en l’espèce, pourrait avoir une incidence aussi radicale sur la constitutionnalité du procès. En l’espèce, aucune action fautive ne peut être imputée à l’État. La conduite du cabinet Venkatraman n’a pas non plus « contaminé » le procès de l’appelant en créant « un risque sérieux d’injustice ». De plus, quant au troisième moyen invoqué, le verdict rendu dans l’affaire *Doblanko* n’est en rien contraire à nos notions fondamentales de justice.

D. La demande d’arrêt des procédures de l’appelant concernant le verdict rendu dans l’affaire Doblanko

À mon avis, l’arrêt des procédures ordonné par le juge du procès à l’égard du verdict dans l’affaire *Doblanko* a été annulé à bon droit par la Cour d’appel pour les motifs suivants :

(i) The falsification of court documents came to light without the involvement of the Venkatraman firm. Mr. Doblanko had already obtained from the divorce court the documents incriminating the appellant before he came to see Lazin. Doblanko wished to remarry and both he and the wife he had deserted years previously required that their status be regularized. A court action was inevitable and any judge confronted with court documents possibly falsified by someone holding themselves out as a paralegal could be expected to have the matter reported to the police. Lazin's involvement in the process was in violation of his and the firm's professional obligations, but it in truth contributed little to the appellant's predicament.

(ii) The Venkatraman firm's involvement ended with the report to the police. At that point, the police conducted their own investigation and laid charges. The "independent investigation and decision by the authorities" to prosecute militates against a finding of abuse of process here: *R. v. Finn*, [1997] 1 S.C.R. 10, at para. 1.

(iii) The appellant acknowledged that any confidential information obtained with respect to the *Canada Trust* matters or his other files with the Venkatraman law firm had no relevance whatsoever to the *Doblanko* divorce.

(iv) In light of the tenuous connection between the Venkatraman law firm and the *Doblanko* prosecution, it simply cannot be said that the lawyers' violation of their duty of loyalty was an "affront to fair play and decency . . . disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases [and] the administration of justice": *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667.

(v) The charges are extremely serious. Falsification of court documents strikes at the

(i) La falsification de documents judiciaires a été révélée sans l'intervention du cabinet Venkatraman. Monsieur Doblanko avait déjà obtenu du tribunal de divorce les documents qui incriminaient l'appelant avant de consulter M^e Lazin. Monsieur Doblanko désirait se remarier; lui et son épouse, qu'il avait quittée des années auparavant, voulaient régulariser leur situation. Un recours judiciaire était inévitable et on pourrait s'attendre à ce que tout juge saisi de documents judiciaires pouvant avoir été falsifiés par une personne qui les présente à titre de parajuriste voie à ce que la police en soit avisée. La participation de M^e Lazin au processus contrevenait à ses obligations professionnelles et à celles du cabinet d'avocats mais, en vérité, elle a très peu contribué au triste sort de l'appelant.

(ii) La participation du cabinet Venkatraman a pris fin au moment du signalement à la police. À partir de ce moment, la police a mené sa propre enquête et déposé des accusations. L'« enquête et [la] décision indépendantes des autorités » d'engager une poursuite militent contre une conclusion d'abus de procédure en l'espèce : *R. c. Finn*, [1997] 1 R.C.S. 10, par. 1.

(iii) L'appelant a reconnu que tous les renseignements confidentiels obtenus au sujet de l'affaire *Canada Trust* ou de ses autres dossiers auquel le cabinet Venkatraman a participé n'avaient absolument aucun rapport avec l'affaire du divorce *Doblanko*.

(iv) Vu le lien ténu entre le cabinet Venkatraman et la poursuite *Doblanko*, on ne peut tout simplement pas affirmer que les manquements des avocats à leur devoir de loyauté étaient une « atteinte au franc-jeu et à la décence [. . .] disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies [et que] l'administration de la justice [soit bien] servie » : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667.

(v) Les accusations sont extrêmement graves. La falsification de documents judiciaires porte

root of the integrity of the court's process. It would be irrational to deprive the state of the jury's verdict because of a law firm's private conduct of which the state had no knowledge and over which it had no influence.

The appellant's alternative submission is that the Alberta Court of Appeal was wrong to send this case back for sentencing. He says he is entitled to a new trial in the *Doblanco* matter as well as the *Canada Trust* matters. He treats the trial judge's stays as an acquittal, and argues that where an appeal court overturns an acquittal by a judge sitting with a jury it has no power to enter a verdict of guilty; it must order a new trial: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii). However, the jury in this case did not acquit. It found the appellant guilty. The effect of its guilty verdict was stayed by the trial judge. As we pointed out in *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, at para. 15, stay procedures may "lead to a two-stage trial, in which the two stages are autonomous". The stay was lifted by the Court of Appeal. The jury's verdict was thereby not reversed but activated. For purposes of the right of an appeal to this Court, the reversal of the stay was treated as equivalent to setting aside an acquittal, but only for that limited purpose. Dickson C.J. pointed out in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at p. 148:

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issue that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated.

Accordingly the Court of Appeal was correct to remit the *Doblanco* matter to the trial judge for sentencing.

une atteinte fondamentale à l'intégrité du processus judiciaire. Il serait illogique de priver l'État du verdict du jury à cause du comportement privé adopté par un cabinet d'avocats à l'insu de l'État et sur lequel ce dernier n'avait aucune influence.

L'appelant soutient, subsidiairement, que la Cour d'appel de l'Alberta a commis une erreur en renvoyant l'affaire pour le prononcé de la sentence. Il dit avoir droit à un nouveau procès tant dans l'affaire *Doblanco* que dans les affaires *Canada Trust*. Il considère les arrêts de procédures ordonnés par le juge du procès comme un acquittement et soutient qu'une cour d'appel, lorsqu'elle écarte un acquittement prononcé par un juge siégeant avec un jury, n'a pas le pouvoir de prononcer un verdict de culpabilité; elle doit ordonner la tenue d'un nouveau procès : *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous-al. 686(4)(b)(ii). Toutefois, en l'espèce, le jury n'a pas acquitté l'appelant. Il l'a déclaré coupable. Le juge du procès a suspendu l'effet du verdict de culpabilité. Comme nous l'avons souligné dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, par. 15, les demandes d'arrêt des procédures « mènent à un procès en deux étapes, dont chacune est autonome ». L'arrêt des procédures a été annulé par la Cour d'appel. Le verdict du jury n'a pas été ainsi infirmé, mais réactivé. L'annulation de l'arrêt des procédures a été assimilée à l'annulation d'un acquittement pour l'exercice du droit d'appel à la présente Cour, mais uniquement à cette fin limitée. Le juge en chef Dickson a souligné dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 148 :

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'*autrefois acquit*, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables.

En conséquence, la Cour d'appel a eu raison de renvoyer l'affaire *Doblanco* au juge du procès pour qu'il prononce la sentence.

E. *The Stay Sought by the Appellant With Respect to the Pending Canada Trust Charges*

46

As mentioned, the trial judge declared a mistrial with respect to the *Canada Trust* charges and directed that they proceed to a new trial before a different judge. He did, however, express in his reasons the view that eventually those charges as well should be stayed because of the conflict of interest engaged in by the Venkatraman law firm. It is appropriate that we comment on his expression of opinion.

47

The conflict of interest in *Canada Trust* relates to a brief period of consultation that ended soon after it began. The Venkatraman law firm was in breach of its duty of loyalty to the appellant, but shortly thereafter they recognized the conflict and acted no further on the *Canada Trust* file. Other counsel were retained, who were not privy to whatever confidential information the Venkatraman firm possessed. The Helen Lambert charges have been resolved. There is no danger that the Venkatraman law firm's conflict would affect the fairness of a new trial. On the basis of the record we have before us, I would not regard the *Canada Trust* charges as so vitiated by the law firm's conduct as to render it an abuse of process for the state (which had no role in the conflict of interest) to seek a conviction at a new trial. In any event it is certainly not one of the "clearest of cases" in which a stay would be justified. There may of course be other or different evidence before the judge presiding at the new trial and the disposition of the stay application, if renewed, will be for that trial judge to decide.

III. Disposition

48

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Parlee McLaws, Edmonton.

E. *La demande d'arrêt des procédures de l'appellant concernant les accusations pendantes dans les affaires Canada Trust*

Comme il a été dit, le juge du procès a annulé le procès sur les accusations portées dans l'affaire *Canada Trust* et a ordonné la tenue d'un nouveau procès devant un autre juge. Dans ses motifs, il s'est toutefois dit d'avis qu'il fallait ordonner l'arrêt des procédures relativement à ces accusations aussi en raison du conflit d'intérêts impliquant le cabinet Venkatraman. Il convient de commenter cette dernière opinion.

Le conflit d'intérêts dans le dossier *Canada Trust* se rapporte à une courte période de consultation qui s'est terminée peu après avoir commencé. Le cabinet Venkatraman a manqué à son devoir de loyauté envers l'appellant, mais s'étant rapidement rendu compte du conflit, il a cessé d'agir dans le dossier *Canada Trust*. D'autres avocats ont été retenus, qui n'ont eu accès à aucun renseignement confidentiel détenu par le cabinet Venkatraman. Le sort des accusations portées contre Helen Lambert a été décidé. Il n'y a aucun risque que l'équité d'un nouveau procès soit compromise par le conflit d'intérêts du cabinet Venkatraman. Sur la foi du dossier qui nous a été présenté, il ne semble pas que la conduite du cabinet d'avocats ait vicié les accusations dans les affaires *Canada Trust* à tel point que l'État (qui n'a eu aucun rôle à jouer dans le conflit d'intérêts) commettrait un abus de procédure en tentant d'obtenir une condamnation lors d'un nouveau procès. De toute manière, il ne s'agit certainement pas de l'un des « cas les plus clairs » dans lequel un arrêt des procédures serait justifié. Le juge qui présidera le nouveau procès pourra évidemment être saisi d'éléments de preuve nouveaux ou différents; il lui reviendra alors de se prononcer sur la demande d'arrêt des procédures si celle-ci est renouvelée.

III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Parlee McLaws, Edmonton.

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Le procureur général de
l'Alberta, Edmonton.*

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2002 Vol. 3

and Tables

Cited as [2002] 3 S.C.R. { i-xli
661-839

4^e cahier, 2002 Vol. 3

et Tables

Renvoi [2002] 3 R.C.S. { i-xli
661-839

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET GINETTE MIGNEAULT PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xxxii
Authors Cited	xxxv
Index	829

Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Commission d'accès à l'information — Standard of review applicable to Commission's decisions under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1.

Access to information — Documents held by public bodies — Restrictions on right to access — Protection of personal information — Journalist requesting disclosure of document concerning expenses of Members of National Assembly prepared by Assembly's services — Commission d'accès à l'information refusing disclosure under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information — Whether Commission's decision unreasonable — Whether document requested is a document produced "for" a member of the National Assembly within the meaning of s. 34 — Whether a Member of the National Assembly may be considered to constitute a public body within the meaning of s. 57 — Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, ss. 34, 57.

Quebec (Attorney General) v. Laroche

Criminal law — Proceeds of crime — Restraint order — Special warrant of seizure — Application for review — Burden of proof — Exercise of power of review — Whether power of review may be exercised only within limits defined by courts in wiretap authorization reviews — Whether review judge may consider validity of search warrants underlying seizure and restraint proceedings — Whether review judge erred in quashing restraint order and special

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xvii
Lois et règlements cités	xxxiii
Doctrine citée	xxxv
Index	835

Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission d'accès à l'information — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission rendues en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1.

Accès à l'information — Documents des organismes publics — Restrictions au droit d'accès — Protection des renseignements personnels — Journaliste demandant la divulgation d'un document relatif aux dépenses des membres de l'Assemblée nationale préparé par les services de l'Assemblée — Divulgation refusée par la Commission d'accès à l'information en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels — La décision de la Commission est-elle déraisonnable? — Le document demandé est-il un document produit « pour le compte » d'un membre de l'Assemblée nationale au sens de l'art. 34? — Un membre de l'Assemblée nationale peut-il être assimilé à un organisme public pour l'application de l'art. 57? — Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 34, 57.

Québec (Procureur général) c. Laroche

Droit criminel — Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Mandat spécial de saisie — Demande de révision — Fardeau de la preuve — Exercice du pouvoir de révision — Le pouvoir de révision s'exerce-t-il seulement dans les limites définies par la jurisprudence en matière de révision d'autorisations d'écoute électronique? — Le juge en révision peut-il considérer la validité des mandats de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

warrants of seizure — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

Criminal law — Proceeds of crime — Restraint order — Nature and scope of restraint orders — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Restraint order on certain property under Criminal Code — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

R. v. Jarvis757

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Sections 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act available "for any purpose related to administration or enforcement" of Income Tax Act — Whether "enforcement" of Income Tax Act includes investigation and prosecution of offences under s. 239 of Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Principle against self-incrimination — Extent to which taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act benefits from principle against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act — Whether documents obtained under ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act after penal investigation has commenced violate taxpayer's right against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Revenue Canada receiving

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

perquisition sous-jacents aux procédures de saisies et de blocage? — Le juge en révision a-t-il commis une erreur en annulant l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

Droit criminel — Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Nature et portée des ordonnances de blocage — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Ordonnance de blocage sur certains biens en vertu du Code criminel — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

R. c. Jarvis757

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Les articles 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le terme « exécution » figurant dans la Loi de l'impôt sur le revenu inclut-il les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions prévues par l'art. 239 de la Loi? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Principe interdisant l'auto-incrimination — Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Contribuable soumis à une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les documents

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

information alleging that taxpayer had committed tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditor pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks and search warrant — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Ling.....814

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditors pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

SOMMAIRE (Fin)

obtenus au moyen des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu après le début d'une enquête pénale portent-ils atteinte au droit du contribuable d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Réception par Revenu Canada de renseignements selon lesquels le contribuable avait commis une fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par un vérificateur fiscal conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques et d'un mandat de perquisition — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Ling.....814

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par les vérificateurs fiscaux conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).



2002 Volume 3

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

On the 1st day of July 2002, the Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

On the 7th day of August 2002, the Honourable MARIE DESCHAMPS, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

Le 1^{er} juillet 2002, l'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ, juge puînée à la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

Le 7 août 2002, l'honorable MARIE DESCHAMPS, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommée juge puînée à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1999] 1 S.C.R., p. 432, para. 18, line 22 of the French version. Read “Les obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyaient accorder” instead of “Les obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyait accorder”.
- [1985] 2 S.C.R., p. 498, line *h-1* of the French version. Read “que le législateur ne peut avoir voulu” instead of “que le législateur peut avoir voulu”.
- [2001] 1 S.C.R., p. 814, para. 36, line 2 of the French version. Read “nous sommes saisis” instead of “nous sommes saisi”.
- [2001] 3 S.C.R., p. 1047, para. 24, line 10 of the English version. Read “let alone to everyone”, and further” instead of “let alone to everyone” (emphasis in original), and further”.
- [1999] 1 R.C.S., p. 432, par. 18, ligne 22 de la version française. Lire « Les obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyaient accorder » au lieu de « Les obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyait accorder ».
- [1985] 2 R.C.S., p. 498, ligne *h-1* de la version française. Lire « que le législateur ne peut avoir voulu » au lieu de « que le législateur peut avoir voulu ».
- [2001] 1 R.C.S., p. 814, par. 36, ligne 2 de la version française. Lire « nous sommes saisis » au lieu de « nous sommes saisi ».
- [2001] 3 R.C.S., p. 1047, par. 24, ligne 10 de la version anglaise. Lire « let alone to everyone”, and further » au lieu de « let alone to everyone” (emphasis in original), and further ».

MOTIONS — REQUÊTES

(July 1 to November 20, 2002 — 1^{er} juillet au 20 novembre 2002)

- 2429-8952 *Québec Inc. c. Ville de Trois-Rivières* (Qué.), 28878, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 707739 *Alberta Ltd. v. Phillips* (Alta.), 29063, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- A. V. W. v. Catholic Children's Aid Society of Toronto* (Ont.), 29263, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Adam v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 28922, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims Fund v. Chipiuk* (Alta.), 29103, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Allen v. The Queen* (N.L.) (Crim.), 29034, leave to appeal granted, 14.11.02, autorisation d'appel accordée.
- Alliance des infirmières de Montréal c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal* (Qué.), 28960, leave to appeal refused with costs, 14.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arcand c. Municipalité de Deschambault* (Qué.), 28916, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Aristocrat v. Aristocrat* (Ont.), 28906, leave to appeal refused, 12.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Armaly v. Correctional Service Canada* (Alta.) (Crim.), 29130, leave to appeal refused, 15.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Association des juges administratifs c. Barreau de Montréal* (Qué.), 28910, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Authorson* (Ont.), 29207, leave to appeal granted with costs, 17.10.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Huber* (B.C.) (Crim.), 28937, this case is remanded to the Court of Appeal in light of this Court's decision in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, 10.10.02, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61.
- Attorney General of Canada v. Schreiber* (Ont.), 29077, leave to appeal refused with costs, 22.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Youngman* (B.C.) (Crim.), 28936, this case is remanded to the Court of Appeal in light of this Court's decision in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, 10.10.02, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61.
- Attorney General of Ontario v. Desrochers* (Ont.), 29079, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baker v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29035, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Bell v. Attorney General of Canada* (N.S.), 29094, leave to appeal refused with costs, 15.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Bernard Jr. v. The Queen* (N.S.), 29124, leave to appeal refused, 26.9.02, autorisation d'appel refusée.
- B. H. v. Director of Child Welfare* (Alta.), 29174, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Blerot v. Attorney General of Canada* (Sask.), 28907, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bourgoin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29232, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Brown v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 29074, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- C. J.-C. c. Hôpital de Montréal pour enfants* (Qué.), 28866, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Attorney General of Canada* (Ont.) (Crim.), 29113, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- Chao v. Arbitration Committee of the Quebec Bar* (Que.), 28940, leave to appeal refused with costs, 29.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Christensen v. Sinclair* (B.C.), 29139, notice of discontinuance filed, 29.10.02, avis de désistement produit.
- City of Regina v. Empringham Catering Services Ltd.* (Sask.), 29138, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clarke v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29161, leave to appeal refused, 31.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Collins v. Director of Assessment* (N.S.), 29022, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Collins v. The Queen* (F.C.), 29189, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Commission des droits de la personne c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29187, leave to appeal granted, 14.11.02, autorisation d'appel accordée.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29188, leave to appeal granted, 14.11.02, autorisation d'appel accordée.
- Commission scolaire de la Baie James c. Syndicat des professionnelles et professionnels des commissions scolaires Lac Saint-Jean, Pays-des-Bleuets et Baie-James* (Qué.), 29078, leave to appeal refused with costs, 14.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal c. Investissements Canpro Ltée* (Qué.), 28854, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal c. Walsh & Brais Inc.* (Qué.), 28874, leave to appeal refused with costs, 14.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Fondation Bagatelle Inc.* (Qué.), 28889, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Con Steel Ltd. v. Rocca Steel Ltd.* (Ont.), 28998, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Continental Insurance Co. of Canada v. International Nesmont Industrial Corp.* (B.C.), 29179, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Hamilton v. The Queen* (Ont.), 29145, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Côté c. The Queen* (Qué.) (Crim.), 28604, leave to appeal refused, 26.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Council of Canadians v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29147, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- D. C. c. T. D.* (Qué.), 29116, leave to appeal refused with costs, 18.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deputy Minister of Quebec Revenue v. Woodfine* (Qué.), 28959, leave to appeal refused with costs, 14.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Descôteaux c. Barreau du Québec* (Qué.), 28786, leave to appeal refused, 26.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Descôteaux c. Barreau du Québec* (Qué.), 29008, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dick v. The Queen* (B.C.), 29128, leave to appeal refused, 10.10.02, autorisation d'appel refusée.
- DiGiuseppe v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29057, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Doyle v. MacDonald* (P.E.I.), 28994, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duong v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29110, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Durham Condominium Corp. v. Amberwood Investments Ltd.* (Ont.), 29204, notice of discontinuance filed, 8.7.02, avis de désistement produit.
- Edperbrascan Corp. v. 177373 Canada Ltd.* (Ont.), 29184, notice of discontinuance filed, 12.8.02, avis de désistement produit.
- Entreprises AB Rimouski Inc. c. La Reine* (C.F.), 27970, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Estate of Mary Theresa McCunn v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 28516, notice of discontinuance filed, 30.9.02, avis de désistement produit.
- F. L. v. M. F.* (Que.), 29211, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Farrah c. Banque Toronto Dominion* (Qué.), 28897, leave to appeal refused, 12.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Fournier c. La Reine* (Ont.) (Crim.), 29165, leave to appeal refused, 14.11.02, autorisation d'appel refusée.
- Gagnon c. Couture* (Qué.), 28896, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gardner v. The Queen* (F.C.), 29090, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Garland v. Enbridge Gas Distribution Inc.* (Ont.), 29052, leave to appeal granted with costs, 17.10.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- General Electric Capital Equipment Finance Inc. v. The Queen* (F.C.), 29025, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giguère c. Chambre des notaires du Québec* (Qué.), 28901, leave to appeal granted with costs, 17.10.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Gillingham v. United States of America* (B.C.) (Crim.), 29065, in view of this Court's decisions in *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, and *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19, the case is remanded to the Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions including a consideration of the applicant's *Charter* rights, 17.10.02, à la lumière des arrêts de notre Cour *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, et *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19, le dossier est renvoyé à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur celui-ci eu égard aux motifs exposés dans les arrêts susmentionnés et aux droits garantis au demandeur par la *Charte*.
- Government of the Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (F.C.), 28737, notice of discontinuance filed, 15.8.02, avis de désistement produit.
- Grace c. Martineau, Provencher & Associés Ltée* (Qué.), 28900, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Granada Investments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (Ont.), 28966, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greenbaum Engel v. Friedman* (Qué.), 28931, leave to appeal refused with costs, 7.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guérard c. Campbell* (Qué.), 29335, notice of discontinuance filed, 27.9.02, avis de désistement produit.
- Guérard c. Chalifour* (Qué.), 28953, leave to appeal refused with costs, 26.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guérard c. Hôpital Louis-H. Lafontaine* (Qué.), 28868, leave to appeal refused with costs, 22.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gulf International Bank c. Banque Morgan du Canada* (Qué.), 28888, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H & R Block Canada Inc. v. National Trust Co.* (Ont.), 28975, leave to appeal granted with costs, 17.10.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Harding v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29096, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Harriott v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29118, leave to appeal refused, 22.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Haydon v. The Queen* (F.C.), 29018, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Heron v. Smith* (N.S.), 28808, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Héroux c. Groupe Forage Major* (Qué.), 28855, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Herzig v. The Queen* (F.C.), 29088, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hicks v. West Coast General Hospital* (B.C.), 29167, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Horsman v. The Queen* (Sask.), 29049, notice of discontinuance filed, 21.8.02, avis de désistement produit.
- Integral Energy & Environmental Engineering Ltd. v. Stukwerkers Havenbedrijf* (Alta.), 29026, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Investissements Stanislas c. Groupe CDREM Inc.* (Qué.), 28909, leave to appeal refused with costs, 10.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J. McK. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28947, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Jarry c. Régie des rentes du Québec* (Qué.), 28930, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Katsaros c. Ville de Mirabel* (Qué.), 29260, notice of discontinuance filed, 9.9.02, avis de désistement produit.
- Kenmont Management Inc. v. Saint John Port Authority* (N.B.), 29142, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kerri v. Decker* (N.L.), 29164, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kibale c. OC Transpo* (Ont.), 28882, leave to appeal refused with costs, 22.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kim v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29152, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Koch c. Hydro-Québec* (Qué.), 29045, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Laflamme c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29123, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Lavigne v. Attorney General of Quebec* (Que.), 28836, leave to appeal refused, 22.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Lebbad c. The Queen* (C.F.), 29171, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Leblanc c. The Queen* (Qué.) (Crim.), 29013, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Leopold v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28905, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Lessard c. Cour du Québec (Division des petites créances)* (Qué.), 29031, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Lessard c. Nowakowski* (Qué.), 29042, leave to appeal refused, 29.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Levesque Beaubien Geoffrion Inc. v. Barakett* (N.S.), 28990, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lortie c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29056, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- MacDonald v. Eagle Resources Ltd.* (Alta.), 28918, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martin v. Tsao* (Ont.), 29106, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McDonald v. Frail* (Ont.) (Crim.), 29228, leave to appeal refused, 29.8.02, autorisation d'appel refusée.
- M. D. v. B. L.* (Que.), 29200, leave to appeal refused with costs, 26.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Melgarejo-Gomez v. Sidhu* (B.C.), 29126, leave to appeal refused with costs, 10.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Menear v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29107, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Millette c. Leclerc* (Qué.), 28992, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.
- M. L. H. v. Winnipeg Child and Family Services* (Man.), 29229, leave to appeal refused, 12.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Moar v. Oblats de Marie Immaculée du Manitoba* (Man.), 28925, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Mohl v. Senate Committee on Appeals on Academic Standing* (B.C.), 29086, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morrow v. Special Compensation Fund of the Law Society of British Columbia* (B.C.), 28955, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moss v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28973, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mr. Pawn Ltd. v. City of Winnipeg* (Man.), 29105, leave to appeal refused with costs, 10.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M. T. v. A. T.* (Que.), 29132, leave to appeal refused, 26.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Municipal District of Birch Hills No. 19 v. Alberta Union of Provincial Employees* (Alta.), 29100, leave to appeal refused with costs, 10.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murphy v. White* (N.L.), 29163, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M. V. c. Gagnon, directrice de la protection de la jeunesse* (Qué.), 29101, leave to appeal refused, 22.8.02, autorisation d'appel refusée.
- N21 301 931 Captain C. Langlois v. The Queen* (F.C.) (Crim.), 29021, leave to appeal refused, 3.10.02, autorisation d'appel refusée.

- Naraine v. Ford Motor Co. of Canada* (Ont.), 29073, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nascimento c. Régie des rentes du Québec* (Qué.), 29151, leave to appeal refused with costs, 14.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Norris v. Gatien* (Ont.), 29054, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nourhaghghi v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 26982, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Nourhaghghi v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29085, leave to appeal refused, 5.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Olsen v. The Queen* (F.C.), 29109, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olympia Interiors Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29023, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olympia Interiors Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29024, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Corporate Number 102856 v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29059, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Phillips v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28957, leave to appeal refused, 17.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Piché c. The Queen* (Qué.) (Crim.), 29125, leave to appeal refused, 10.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Poirier c. The Queen* (Qué.) (Crim.), 29007, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Potter c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29016, leave to appeal refused with costs, 31.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- PRO-C Ltd. v. Computer City Inc.* (Ont.), 28926, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Commission scolaire crie* (Qué.), 28921, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Profac Facilities Management Inc. v. FM One Alliance Corp.* (F.C.), 29010, leave to appeal refused, 22.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Qazi v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29091, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Bédard* (Qué.) (Crim.), 29201, leave to appeal granted, 14.11.02, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (Sask.), 29036, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Jules* (B.C.), 28981, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- R. v. M. B.* (B.C.), 28616, leave to appeal granted with costs, 12.9.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- R. v. McFadyen* (Ont.) (Crim.), 29137, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Myrthil* (Qué.) (Crim.), 29217, leave to appeal refused, 14.11.02, autorisation d'appel refusée.
- R. v. R.* (Ont.), 29224, notice of discontinuance filed, 16.10.02, avis de désistement produit.
- R. v. Wilson* (B.C.), 28988, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Wu* (Ont.) (Crim.), 29053, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- Radhakrishnan v. Board of Governors of the University of Calgary* (Alta.), 29393, notice of discontinuance filed, 23.10.02, avis de désistement produit.
- Rashwan v. Farkas* (Ont.), 29097, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Rashwan v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29215, leave to appeal refused, 12.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Regional Manager of the Cariboo Forest Region v. William* (B.C.), 29292, leave to appeal granted with costs, 14.11.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Ringstad v. Taku River Tlingit First Nation* (B.C.), 29146, leave to appeal granted with costs, 14.11.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Robb v. Canadian Red Cross Society* (Ont.), 29040, leave to appeal refused with costs, 5.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robbins v. Chouinard* (Que.), 29068, notice of discontinuance filed, 11.7.02, avis de désistement produit.
- Sam Lévy & Associés Inc. c. Lafontaine* (Qué.), 29037, leave to appeal refused with costs, 7.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sam Lévy & Associés Inc. c. Procureure générale du Canada* (Qué.), 28857, leave to appeal refused with costs, 12.9.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sepp's Gourmet Foods Ltd. v. Janes* (B.C.), 29143, leave to appeal refused with costs, 7.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Service Corporation International (Canada) v. Scanfield Holdings Ltd.* (Ont.), 29177, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shapwaykeesic v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29141, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Shaw Communications Inc. v. Clarica Life Insurance Co.* (Ont.), 29148, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simpson v. Consumers' Association of Canada* (Ont.), 29081, leave to appeal refused with costs, 15.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen* (N.L.) (Crim.), 29166, leave to appeal granted, 14.11.02, autorisation d'appel accordée.
- Société de la Place des Arts de Montréal c. Alliance internationale des employés de scène, de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, Local de scène 56* (Qué.), 28952, leave to appeal granted with costs, 14.11.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Sokolowska v. Notre Dame Cemetery* (Ont.), 28944, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Squires v. The Queen* (N.L.) (Crim.), 29060, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- St-Onge c. The Queen* (C.F.), 28983, leave to appeal refused with costs, 15.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.* (F.C.), 29127, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sutherland v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29028, leave to appeal refused, 11.7.02, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des employé(e)s du C.E.V. d'Aylmer c. Pavillon du Parc Inc.* (Qué.), 28991, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tai Foong International Ltd. v. Lombard Canada Ltd.* (Ont.), 29176, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tarquini c. Ville de Montréal* (Qué.), 28707, leave to appeal refused, 22.8.02, autorisation d'appel refusée.
- Tawich Development Corp. v. Deputy Minister of Revenue of Quebec* (Que.), 28033, notice of discontinuance filed, 18.9.02, avis de désistement produit.
- Torchia v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29311, notice of discontinuance filed, 11.10.02, avis de désistement produit.

- Touchburn v. O'Brien* (N.S.), 29157, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trzop v. The Queen* (F.C.), 29089, leave to appeal refused with costs, 15.8.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tucker v. Levy* (F.C.), 29223, leave to appeal refused with costs, 31.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tulikorpi v. Administrator of the Penetanguishene Mental Health Centre* (Ont.) (Crim.), 29095, leave to appeal granted, 17.10.02, autorisation d'appel accordée.
- University of Health Network v. The Queen* (Ont.), 29027, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Venne v. The Queen* (Sask.), 28942, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Texaco Canada Inc.* (Qué.), 28928, leave to appeal refused with costs, 24.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Sillery c. Fondation Bagatelle Inc.* (Qué.), 28890, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Trois-Rivières c. 2429-8952 Québec Inc.* (Qué.), 28879, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Trois-Rivières c. Société en commandite Les Verrières de Francheville Enr.* (Qué.), 28875, leave to appeal refused with costs, 3.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ward v. Clark* (B.C.), 29067, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Williamson v. Best Plumbing & Heating Supplies Ltd.* (Alta.), 29104, leave to appeal refused, 12.9.02, autorisation d'appel refusée.
- Wolda v. Techform Products Ltd.* (Ont.), 28949, leave to appeal refused with costs, 11.7.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Woodstock Transport (1992) Ltd. v. The Queen* (N.B.), 29102, leave to appeal refused, 24.10.02, autorisation d'appel refusée.
- Wu v. Holsten* (B.C.), 29129, leave to appeal refused with costs, 17.10.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		J	
A., Human Rights Commission (Ont.) v.	403	Jarvis, R. v.	757
A. v. B.	403		
Attorney General see also “Canada” or the name of province		K	
B		Krieger v. Law Society of Alberta	372
B., A. v.	403	L	
B v. Ontario (Human Rights Commission).....	403	Laroche, Quebec (Attorney General) v.	708
Babcock v. Canada (Attorney General)	3	Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General).....	209
C		Law Society of Alberta, Krieger v.	372
Canada (Attorney General), Babcock v.	3	Ling, R. v.	814
Canada (Attorney General), Lavallee, Rackel & Heintz v.	209	M	
Canada (Attorney General), Schreiber v.	269	Macdonell v. Quebec (Attorney General).....	661
Canada (Attorney General), White, Ottenheimer & Baker v.	209	Macdonell v. Quebec (Commission d’accès à l’information)	661
Canada (Chief Electoral Officer), Sauvé v.	519	Minister see also “Canada” or the name of pro- vince	
Canam Enterprises Inc. v. Coles	307	Mr. A. v. Ontario (Human Rights Commission)....	403
CIBC Mortgage Corp. v. Vasquez.....	168	Mr. B. v. Ontario (Human Rights Commission)....	403
Coles, Canam Enterprises Inc. v.	307	N	
Commission see also “Canada” or the name of province		Neil, R. v.	631
F		Noël, R. v.	433
Federal Republic of Germany, Schreiber v.	269	O	
Fink, R. v.	209	Office see also “Canada” or the name of province	
Friedman, Somersall v.	109	Ontario (Human Rights Commission), B v.	403
H		Ontario (Human Rights Commission), Mr. A v. ...	403
Hall, R. v.	309	Ontario (Human Rights Commission), Mr. B v. ...	403
Human Rights Commission (Ont.) v. A.	403		

	PAGE		PAGE
Q			
Quebec (Attorney General) v. Laroche.....	708	Schreiber v. Federal Republic of Germany.....	269
Quebec (Attorney General), Macdonell v.	661	Shearing, R. v.	33
Quebec (Commission d'accès à l'information), Macdonell v.	661	Somersall v. Friedman	109
Queen see also "R."		T	
R			
R. v. Fink.....	209	The Queen see also "R."	
R. v. Hall	309	U	
R. v. Jarvis.....	757	Union see also under abbreviated name	
R. v. Ling.....	814	V	
R. v. Neil	631	Vasquez, CIBC Mortgage Corp. v.	168
R. v. Noël	433	W	
R. v. Shearing.....	33	White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General).....	209
R. v. Wilson.....	629	Wilson, R. v.	629
S			
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer).....	519		
Schreiber v. Canada (Attorney General)	269		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		J	
A., Human Rights Commission (Ont.) c.	403	Jarvis, R. c.	757
A. c. B.	403		
B		K	
B., A. c.	403	Krieger c. Law Society of Alberta	372
B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	403		
Babcock c. Canada (Procureur général).....	3	L	
C		La Reine voir aussi « R. »	
Canada (Directeur général des élections), Sauvé c.	519	Laroche, Québec (Procureur général) c.	708
Canada (Procureur général), Babcock c.	3	Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général).....	209
Canada (Procureur général), Lavallee, Rackel & Heintz c.	209	Law Society of Alberta, Krieger c.	372
Canada (Procureur général), Schreiber c.	269	Ling, R. c.	814
Canada (Procureur général), White, Ottenheimer & Baker c.	209	M	
Canam Enterprises Inc. c. Coles	307	Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)	661
CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez.....	168	Macdonell c. Québec (Procureur général)	661
Coles, Canam Enterprises Inc. c.	307	Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province	
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province		Mr. A. c. Ontario (Human Rights Commission)....	403
		Mr. B. c. Ontario (Human Rights Commission)....	403
F		N	
Fink, R. c.	209	Neil, R. c.	631
Friedman, Somersall c.	109	Noël, R. c.	433
H		O	
Hall, R. c.	309	Office voir aussi « Canada » ou nom de la province	
Human Rights Commission (Ont.) c. A.	403	Ontario (Commission des droits de la personne), B c.	403

	PAGE		PAGE
Ontario (Human Rights Commission), Mr. A c. ...	403	R. c. Wilson.....	629
Ontario (Human Rights Commission), Mr. B c.	403	Reine voir aussi « R. »	
		Republique fédérale d'Allemagne, Schreiber c.	269
P		S	
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Sauvé c. Canada (Directeur général des élec- tions).....	519
Q		Schreiber c. Canada (Procureur général)	269
Québec (Commission d'accès à l'information), Macdonell c.	667	Schreiber c. Republique fédérale d'Allemagne	269
Québec (Procureur général) c. Laroche	708	Shearing, R. c.	33
Québec (Procureur général), Macdonell c.	667	Somersall c. Friedman	109
R		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Fink.....	209	V	
R. c. Hall	309	Vasquez, CIBC Mortgage Corp. c.	168
R. c. Jarvis.....	757	W	
R. c. Ling.....	814	White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général).....	209
R. c. Neil	631	Wilson, R. c.	629
R. c. Noël	433		
R. c. Shearing.....	33		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général).....	[1994] 2 R.C.S. 339	786
143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General).....	[1994] 2 S.C.R. 339	786
167599 Canada Inc. c. 9007-4337 Québec Inc.	[1997] R.J.Q. 2657.....	200
170888 Canada Ltée c. La Reine.....	[1999] R.J.Q. 1008.....	727
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	697
3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie).....	[2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254	671
3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)	[2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254	671
A		
A.F.G. Insurances Ltd. v. City of Brighton.....	(1972), 126 C.L.R. 655	138
Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden	(1993), 31 N.S.W.L.R. 412.....	461, 501
Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)	(1999), 163 F.T.R. 1	621
Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)	(2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154.....	621
Allstate Insurance Co. v. Skeeters	846 F.2d 932 (1988).....	165
Allum v. Hollyburn Properties Management Inc.	(1991), 15 C.H.R.R. D/171.....	426
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	258
Armstrong v. R.	[1996] 1 C.T.C. 2745	621
August v. Electoral Commission	1999 (3) SALR 1	545
B		
B.X. Development Inc. v. The Queen.....	(1976), 31 C.C.C. (2d) 14.....	228
Babcock v. Canada (Attorney General).....	[2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57	805
Badger v. Attorney-General of Manitoba	(1986), 30 D.L.R. (4th) 108.....	578
Badger v. Canada (Attorney General)	(1988), 55 Man. R. (2d) 211	578
Bailey v. Fogo Island Co-operative Society Ltd.	(2001), 40 C.H.R.R. D/77.....	425
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	[2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43	205
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle.....	[2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43	205
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416	792
Barton v. Aitchison	(1982), 39 O.R. (2d) 282	161
Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.	(1992), 8 O.R. (3d) 754	144, 157
Belczowski v. Canada.....	[1991] 3 F.C. 151	578
Belczowski v. Canada.....	[1992] 2 F.C. 440	537
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	254, 799
Biafore v. Bates-Pasis Leasing Inc.	(1976), 11 O.R. (2d) 409	166

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Birtles v. Dominion of Canada General Insurance Co.	(1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193	160
Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.	[1942] 2 K.B. 253	498
Bolkiah v. KPMG	[1999] 2 A.C. 222	648
British Columbia (Attorney General) v. Felix	[1993] B.C.J. No. 1870 (QL).....	738
British Columbia Securities Commission v. Branch.....	[1995] 2 S.C.R. 3	782
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)...	[1988] 2 S.C.R. 279	410
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)....	[1988] 2 R.C.S. 279	410
Burns v. Ferri	(1994), 16 O.R. (3d) 569	122, 164
Byatt v. Dykema	(1998), 158 D.L.R. (4th) 644.....	587

C

Campbell v. Attorney-General of Ontario	(1987), 35 C.C.C. (3d) 480.....	396
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	693
Canada (Attorney General) v. Several Clients and Several Solicitors...	(2000), 189 N.S.R. (2d) 313	219
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)	[1989] 2 S.C.R. 49	573
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892	746
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	678, 689, 810
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	678, 689, 810
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	746
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass.....	[1997] 3 S.C.R. 391	654
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass....	[1997] 3 R.C.S. 391	654
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.S.C. 554	693
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49	574
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	573
Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)	[1962] S.C.R. 729	800
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)..	[1996] 3 S.C.R. 480	330, 359, 793
Canadian Disability Rights Council v. Canada	[1988] 3 F.C. 622	545
Carey v. Ontario	[1986] 2 S.C.R. 637	16
Carter v. United States	684 A.2d 331 (1996).....	461
Cashin c. Société Radio-Canada.....	[1988] 3 C.F. 494	412
Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.	[1988] 3 F.C. 494	412
Castellain v. Preston.....	(1883), 11 Q.B.D. 380	138, 156
Chambo v. Musseau.....	(1993), 15 O.R. (3d) 305	121, 150
Chartrand v. Quebec (Minister of Justice).....	(1987), 59 C.R. (3d) 388.....	396
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1992] 1 R.C.S. 711	621
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	621
Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. v. Saul Tanner Realty Ltd.	(2001), 52 O.R. (3d) 539	156
Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash.....	[1994] 2 S.C.R. 406	789
Commercial Union Assurance Co. v. Lister	(1874), L.R. 9 Ch. App. 483	138
Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Autobus Jacquart inc.	[2000] C.L.P. 825.....	693
Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada.....	[1982] 1 R.C.S. 215	29
Commission des droits de la personne du Québec v. Immeubles NI/Dia Inc.	[1992] R.J.Q. 2977.....	426

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 215	29
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	421
Confederation Life Insurance Co. v. Causton.....	(1989), 38 C.C.L.I. 1.....	138
Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada	[1988] 3 C.F. 622	545
Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information	[2002] R.J.Q. 638.....	701
Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée	[1997] 2 R.C.S. 299	264
Conteh v. Allstate Insurance Co.	782 A.2d 748 (2001).....	132
Cour. eur. D. H., Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt	arrêt du 2 mars 1987, série A vol. 113	590
Cuyler v. Sullivan.....	446 U.S. 335 (1980).....	655

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	611, 746
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	611, 746
Daniels v. White.....	[1968] S.C.R. 517	293
Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall.....	(1982), 35 O.R. (2d) 599	645
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230	669
Del Zotto v. Canada	[1997] 3 F.C. 40	786
DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.	215 N.E.2d 482 (1966)	132, 164
Den Norske Bank A.S.A. v. Antonatos.....	[1999] Q.B. 271	461
Derksen v. 539938 Ontario Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72	137
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860	225, 255
Dewetter v. Northland Security Guard Services Ltd.	(1996), 29 C.H.R.R. D/8.....	425
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	62
Doré c. Verdun (Ville).....	[1997] 2 R.C.S. 862	197
Doré v. Verdun (City).....	[1997] 2 S.C.R. 862	197
Drabinsky v. KPMG	(1998), 41 O.R. (3d) 565	644
Driskell v. Manitoba (Attorney General).....	[1999] 11 W.W.R. 615	587
Dubé v. Québec (Procureur général)	[1997] R.R.A. 555	299
Duncan v. Cammell, Laird & Co.	[1942] A.C. 624	19

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326	793
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326	793
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	536, 624
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	536, 624
Enerchem Ship Management Inc. v. Coastal Canada (The).....	[1988] 3 F.C. 421	644
États-Unis d'Amérique c. Cobb.....	[2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19	654
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	564
États-Unis d'Amérique c. Shulman.....	[2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21	654
Eur. Court. H. R., case of Mathieu-Mohin and Clerfayt	judgment of 2 March 1987, Series A vol. 113	590

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
F		
Festing v. Canada (Attorney General)	(2001), 206 D.L.R. (4th) 98	219
Fogarty v. Co-operators Group Ltd.	[1990] I.L.R. ¶ 1-2545	123, 158
Fortin v. Chrétien	[2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45	258
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie.....	[1992] 1 R.C.S. 647	124
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.	[1992] 1 S.C.R. 647	124
G		
Gagnon c. Canada (Forces armées canadiennes).....	[2002] D.C.D.P. n° 4 (QL).....	425
Gagnon v. Canada (Canadian Armed Forces)	[2002] C.H.R.D. No. 4 (QL).....	425
Gallagher v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality).....	(1996), 28 C.H.R.R. D/81.....	425
Gaylor v. Galiano Trading Co.	(1996), 29 B.L.R. (2d) 162	644
Geffen c. Succession Goodman	[1991] 2 R.C.S. 353	229
Geffen v. Goodman Estate	[1991] 2 S.C.R. 353	229
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641	792
Gipaya v. Anton's Pasta Ltd.	(1996), 27 C.H.R.R. D/326.....	426
Glasser v. United States	315 U.S. 60 (1942).....	653
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission).....	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	391
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	391
Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell	(1927), 60 O.L.R. 227	138
Glover v. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.	468 S.W.2d 727 (1971)	132
Glynn v. Scottish Union & National Insurance Co.	[1963] 2 O.R. 705	155
Gorenko c. La Reine	[1997] R.J.Q. 2482.....	803
Gould c. Canada (Procureur général)	[1984] 2 R.C.S. 124	578
Gould v. Canada (Attorney General)	[1984] 2 S.C.R. 124	578
Gould v. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 S.C.R. 571	421
Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne	[1971] R.C.S. 997	285
Gravel c. Cité de St-Léonard	[1978] 1 R.C.S. 660	296
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660	296
Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi	(1915), 51 S.C.R. 562	148
H		
H. c. Pays-Bas	requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242.....	589
H. v. Netherlands	Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242.....	589
Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	584
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	567
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	567
Héroux c. Groupe Forage Major.....	[2001] C.L.P. 317	706
Hobbs v. Marlowe.....	[1978] A.C. 16	156
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	643
Hoffman v. United States	341 U.S. 479 (1951).....	461, 503

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Holland v. Ireland	Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15	589
Hollande c. Irlande.....	requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15.....	589
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	749
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145 73, 239, 259, 536, 792	
I		
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	422
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927	234, 568
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	234, 568
J		
J. v. London Life Insurance Co.	(1999), 36 C.H.R.R. D/36.....	426
Jackson c. Pénitencier de Joyceville	[1990] 3 C.F. 55	621
Jackson v. Joyceville Penitentiary	[1990] 3 F.C. 55	621
Jaffe v. Miller	(1993), 13 O.R. (3d) 745	281
James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.	[1984] 1 S.C.R. 614	800
Jans v. Coulter (G.H.) Co.	(1992), 105 Sask. R. 7	644
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252	415
John Edwards & Co. v. Motor Union Insurance Co.	[1922] 2 K.B. 249	156
Johnson v. Wunderlich	(1986), 57 O.R. (2d) 600	121, 150
Johnstone v. Law Society of British Columbia	[1987] 5 W.W.R. 637	493
July v. Neal	(1986), 57 O.R. (2d) 129	137, 144
K		
Khederlarian v. Safeco Insurance Co.	Ont. Ct. (Gen. Div.), June 16, 1992	158
Klein v. Bell	[1955] S.C.R. 309	459
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338	786
Kraecker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia	(1992), 93 D.L.R. (4th) 431.....	131, 148
L		
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles).....	[2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53	675
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	599
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	[2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53	671
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	599
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	428, 620
Law Society of British Columbia v. Mangat	[2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67	259, 390
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	428, 620
Le Blanc c. Société canadienne des postes.....	(1992), 18 C.H.R.R. D/57.....	425
Le Blanc v. Canada Post Corp.	(1992), 18 C.H.R.R. D/57.....	425

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission.....	[1975] 1 S.C.R. 332.....	153
Leeds v. Alberta (Minister of the Environment).....	(1990), 69 D.L.R. (4th) 681.....	19
Lévesque c. Canada (Procureur général).....	[1986] 2 C.F. 287.....	578
Lévesque v. Canada (Attorney General).....	[1986] 2 F.C. 287.....	578
Libman c. Québec (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 569.....	568
Libman v. Quebec (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 569.....	568
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 ...260,	578
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ...260,	578
M		
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	264
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3.....	536, 620
MacDonald Estate v. Martin.....	[1990] 3 S.C.R. 1235.....	641
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson.....	[1995] 4 S.C.R. 725.....	30
MacMillan v. 141187 Ventures Ltd. (c.o.b. “Nechako North Coast Con- struction Services”).....	[1994] B.C.C.H.R.D. No. 8 (QL).....	425
Makanjuola v. Commissioner of Police of the Metropolis.....	[1992] 3 All E.R. 617.....	21
Malloy v. Hogan.....	378 U.S. 1 (1964).....	452
Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec).....	(2001), 47 C.R. (5th) 162, 161 C.C.C. (3d) 64.....	244
Marchildon c. Commission d'accès à l'information.....	[1987] C.A.I. 96.....	680
Maurice Pollack Ltée c. Comité paritaire du commerce de détail à Québec.....	[1946] R.C.S. 343.....	296
McInerney v. MacDonald.....	[1992] 2 S.C.R. 138.....	643
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	611
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	611
McKinnon c. M.R.N.	91 D.T.C. 1002.....	621
McKinnon v. M.N.R.	91 D.T.C. 1002.....	621
Michaud v. Québec (Procureur général).....	[1998] R.R.A. 1065.....	299
Mickens v. Taylor.....	122 S. Ct. 1237 (2002).....	655
Miller v. White.....	(1889), 16 S.C.R. 445.....	489
Moffat v. Wetstein.....	(1996), 29 O.R. (3d) 371.....	645
Montreal Trust Co. of Canada v. Basinview Village Ltd.	(1995), 142 N.S.R. (2d) 337.....	644
Montréal (Ville de) v. Tarquini.....	[2001] R.J.Q. 1405.....	298
Morris c. La Reine.....	[1983] 2 R.C.S. 190.....	80
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	80
Muldoon v. Canada.....	[1988] 3 F.C. 628.....	545
Mulligan v. R.	[1997] 2 C.T.C. 2062.....	621
Murphy v. Welsh.....	[1993] 2 S.C.R. 1069.....	264
N		
Napier v. Hunter.....	[1993] A.C. 713.....	156
Nelles v. Ontario.....	[1989] 2 S.C.R. 170.....	384
New Jersey v. Portash.....	440 U.S. 450 (1979).....	504
Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.	(1997), 209 A.R. 177.....	123, 148

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera.....	[2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24	137
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	264
O		
Oerlikon Aérospatiale Inc. v. Ouellette.....	[1989] R.J.Q. 2680.....	724
Olson v. Canada	[1996] 2 F.C. 168	621
Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co.	(1989), 68 O.R. (2d) 190	138
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	421
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	583
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	583
P		
Pacific Coyle Navigation Co. v. Ruby General Insurance Co.	(1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715	138
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board).....	[1997] 2 S.C.R. 890	669, 693
Pearse v. Pearse.....	(1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950	471
Pearson v. Secretary of State for the Home Department	[2001] E.W.J. No. 1566 (QL)	579
Peixeiro v. Haberman.....	[1997] 3 S.C.R. 549	264
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	693
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 S.C.R. 557	693
Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise.....	[1977] 1 R.C.S. 456	296
Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	[1977] 1 S.C.R. 456	296
Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.	[1980] 1 All E.R. 556.....	509
Plastiques M & R inc. c. Bureau du commissaire général du travail	[1992] C.A.I. 372.....	680
Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court).....	[1997] 1 S.C.R. 1015	705
Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)	[1997] 1 R.C.S. 1015	705
Presswood v. International Chemalloy Corp.	(1975), 11 O.R. (2d) 164	226
Price v. British Columbia (Ministry of Social Services and Housing)..	(1991), 15 C.H.R.R. D/11.....	426
Procureur général du Québec c. Chartrand.....	[1987] R.J.Q. 1732.....	396
Procureur général du Québec c. Côté.....	[1979] C.A. 118	458
Puckett v. Liberty Mutual Insurance Co.	477 S.W.2d 811 (1971).....	145
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	689
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	689
Q		
Québec (Assemblée nationale) c. Sauvé.....	[1995] C.A.I. 427	679, 688
Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 R.C.S. 3	675
Québec (Procureur général) c. Bayle.....	[1991] C.A.I. 306	688
Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian	[2000] R.J.Q. 1730.....	202

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R		
R. v. Anderson.....	(2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334.....	803
R. v. Araujo.....	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65.....	240, 255, 731, 784
R. v. Arp.....	[1998] 3 S.C.R. 339.....	56
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	263
R. v. Avetysan.....	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.....	473, 517
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	55
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	56
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	456
R. v. B. (W.D.).....	(1987), 38 C.C.C. (3d) 12.....	455, 493
R. v. Bain.....	[1992] 1 S.C.R. 91.....	247
R. v. Barbeau.....	(1996), 110 C.C.C. (3d) 69.....	653
R. v. Beauchamp.....	[2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54.....	517
R. v. Beaulac.....	[1999] 1 S.C.R. 768.....	746
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	90, 489
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295.....	536
R. v. Bisson.....	[1998] 1 S.C.R. 306.....	517, 741
R. v. Bjellebo.....	[1999] O.J. No. 965 (QL).....	802
R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3).....	[1999] 2 W.L.R. 827.....	288
R. v. Brown.....	[2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32.....	229, 731
R. v. Butler.....	[1992] 1 S.C.R. 452.....	538, 568
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	56
R. v. Calder.....	[1996] 1 S.C.R. 660.....	470, 497
R. v. Chaplin.....	[1995] 1 S.C.R. 727.....	384
R. v. Chen.....	(2001), 53 O.R. (3d) 264.....	653
R. v. Chusid.....	(2001), 57 O.R. (3d) 20.....	802
R. v. Cinous.....	[2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.....	470
R. v. Claus.....	(2000), 149 C.C.C. (3d) 336.....	219
R. v. Coghlan.....	[1994] 1 C.T.C. 164.....	803
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	73, 721
R. v. Coles.....	[1999] B.C.J. No. 3107 (QL).....	327
R. v. Colvin, Ex parte Merrick.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 8.....	225
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	656
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	466, 487
R. v. Côté.....	(1979), 50 C.C.C. (2d) 564.....	458
R. v. D.D.	[2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.....	83, 101
R. v. D. (L.E.).....	[1989] 2 S.C.R. 111.....	65
R. v. Dakin.....	[1989] O.J. No. 1348 (QL).....	326, 360
R. v. Dial Drug Stores Ltd.	(2001), 52 O.R. (3d) 367.....	802
R. v. Domm.....	(1996), 111 C.C.C. (3d) 449.....	746
R. v. Dubois.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	453, 490
R. v. Dubois.....	[1935] S.C.R. 378.....	296
R. v. Dyment.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	733
R. v. Edwards.....	[1996] 1 S.C.R. 128.....	239

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	605
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	31
R. v. Finn.....	[1997] 1 S.C.R. 10	656
R. v. Fitzpatrick.....	[1995] 4 S.C.R. 154	795
R. v. Fremanco Ltd.	(1995), 135 Nfld. & P.E.I.R. 327	739
R. v. G.D.B.	[2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22	258
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	741
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	555, 626, 799
R. v. Golden	[2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83	240
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	618
R. v. Gottfriedson.....	(1906), 10 C.C.C. 239.....	321
R. v. Graff	(1993), 80 C.C.C. (3d) 84.....	653
R. v. Graham	[1994] O.J. No. 145 (QL)	645
R. v. Grimwood.....	[1987] 2 S.C.R. 755	789
R. v. Guariglia.....	[2000] VSC 13	501
R. v. Guiller.....	(1986), 48 C.R. (3d) 226.....	619
R. v. Hammond	(1898), 29 O.R. 211	479
R. v. Handy	[2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56	54
R. v. Hendershott	(1895), 26 O.R. 678	479
R. v. Henry	(1990), 61 C.C.C. (3d) 455, [1990] R.J.Q. 2455.....	645
R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.	[2000] 1 All E.R. 773.....	498
R. v. Heywood.....	[1994] 3 S.C.R. 761	248, 331
R. v. Howard	[1989] 1 S.C.R. 1337	482
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	786
R. v. Jabarianha.....	[2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75	472, 518
R. v. Jarvis.....	[2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73	815
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128	657
R. v. Jolivet.....	[2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29	90
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	458, 795
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	562
R. v. Kelly	[1992] 2 S.C.R. 170	695
R. v. Kuldip	[1990] 3 S.C.R. 618	440, 473
R. v. Kuldip	(1988), 40 C.C.C. (3d) 11	481
R. v. Lamy.....	[2002] 1 S.C.R. 860, 2002 SCC 25	295, 740
R. v. Lane	(1969), 6 C.R.N.S. 273	489
R. v. Lanteigne.....	(1994), 156 N.B.R. (2d) 17.....	739
R. v. Law	[2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10	72, 94
R. v. Lepage	[1995] 1 S.C.R. 654	56
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	482
R. v. Lifchus.....	[1997] 3 S.C.R. 320	448, 517
R. v. Ling	[2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74	790
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	56, 746
R. v. Livermore	[1995] 4 S.C.R. 123	489
R. v. Lohnes	[1992] 1 S.C.R. 167	695
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	619
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	793
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	552

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Mac	[2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24	295, 740
R. v. MacDougal	(1999), 138 C.C.C. (3d) 38	325, 358
R. v. Mannion	[1986] 2 S.C.R. 272	440, 491
R. v. Marcoux	[1976] 1 S.C.R. 763	458
R. v. Martin	[1998] 2 Cr. App. R. 385	499
R. v. McCallen	(1999), 43 O.R. (3d) 56	641
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	229, 641
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	786
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	746
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	49, 96, 240, 368, 567
R. v. Monette	[1956] S.C.R. 400	470
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	320, 342
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	263
R. v. Mottola	[1959] O.R. 520	460
R. v. Multiform Manufacturing Co.	[1990] 2 S.C.R. 624	801
R. v. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	333, 360
R. v. Nikolovski	[1996] 3 S.C.R. 1197	482
R. v. Norway Insulation Inc.	(1995), 23 O.R. (3d) 432	782
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society.....	[1992] 2 S.C.R. 606	330, 792
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	47, 96, 368, 654, 746
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	324, 363, 534, 563
R. v. Osborne	(1975), 25 C.C.C. (2d) 405	394
R. v. Osiowy	(1989), 50 C.C.C. (3d) 189	394
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	49, 96
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	795
R. v. Parsons	(1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 260	642
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665	320, 343
R. v. Pearson	[1998] 3 S.C.R. 620	657
R. v. Pheasant	[2001] G.S.T.C. 88-1	802
R. v. Phillips	(1947), 32 Cr. App. R. 47	337
R. v. Piersanti & Co.	[2001] G.S.T.C. 3	219
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	97, 796
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	388
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5	295
R. v. R.M.	(1997), 93 B.C.A.C. 81	81
R. v. Regan	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12	388
R. v. Rezaie	(1996), 112 C.C.C. (3d) 97	367
R. v. Roberts	[1998] B.C.J. No. 3184 (QL)	802
R. v. Rondeau	(1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155	326, 351
R. v. Rose	(1898), 18 Cox C.C. 717	337
R. v. Russell	[2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55	517
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	795
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	49, 96
R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.	[2002] N.B.J. No. 100 (QL), 2002 NBPC 5	803
R. v. Seman	(1994), 93 Man. R. (2d) 151	738
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	254, 295, 538, 563, 697

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Silvini	(1991), 5 O.R. (3d) 545	645
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	551, 619
R. v. Smith	[2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76	327
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	473, 482
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	384
R. v. Tass	(1946), 86 C.C.C. 97	458
R. v. Warawa	(1997), 208 A.R. 81	803
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	795
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	789
R. v. Widdifield	(1995), 25 O.R. (3d) 161	645
R. v. Wilmot	[1940] 2 W.W.R. 401	479
R. v. Wilmot	[1940] 3 D.L.R. 358	458
R. v. Yip	(2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873	803
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	695
Ramrakha v. Zinner	(1994), 157 A.R. 279	647
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	239, 794
Re Borden & Elliot and The Queen	(1975), 30 C.C.C. (2d) 337	228
Re Canada Labour Code	[1992] 2 S.C.R. 50	285
Re Code canadien du travail	[1992] 2 R.C.S. 50	285
Re Hoem and Law Society of British Columbia	(1985), 20 C.C.C. (3d) 239	389
Re Jolivet and The Queen	(1983), 1 D.L.R. (4th) 604	578
Re N.	(1945), 87 C.C.C. 377	321
Re Pitts Insurance Co.	(1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133	161
Re Powers and The Queen	(1972), 9 C.C.C. (2d) 533	359
Re Ramm	[1958] O.R. 98	791
Re Regina and Robillard	(1986), 28 C.C.C. (3d) 22	653
Re Regina and Speid	(1983), 8 C.C.C. (3d) 18	642
Re Shell Canada Ltd.	[1975] F.C. 184	226
Reference Re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)	[1996] 1 S.C.R. 186	30
Reference Re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	583
Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)	[1991] 2 S.C.R. 158	563
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	573
Reference Re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	583
Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	794
Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie	[1932] A.C. 295	297
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158	563
Renvoi : droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	583
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	239, 794
Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)	[1996] 1 R.C.S. 186	30
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	794
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	573
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	583
Rhault v. Tsagarakos	361 F.Supp. 202 (1973)	132
Richardson v. Ramirez	418 U.S. 24 (1974)	589

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	254, 697, 799
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199	23, 538, 568
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199	23, 538, 568
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1987] 2 R.C.S. 84	421
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84	421
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	17, 805
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	599, 693
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825	599, 693
Rubin c. Canada (Ministre des Transports)	[1998] 2 C.F. 430	675
Rubin v. Canada (Minister of Transport).....	[1998] 2 F.C. 430	675

S

S v. Dlamini	1999 (4) SA 623.....	364
Sahloff v. Western Casualty & Surety Co.	171 N.W.2d 914 (1969)	145
Samson v. Canada	[1995] 3 F.C. 306	802
Sankey v. Whitlam	(1978), 142 C.L.R. 1	21
Sauvé c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 438	532, 563
Sauvé v. Canada (Attorney General)	[1993] 2 S.C.R. 438	532, 563
Sauvé v. Canada (Attorney General)	(1988), 66 O.R. (2d) 234	578
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679	238, 334, 367
Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Québec (Procureur général)	[1995] R.J.Q. 2393.....	645
Simpson v. Thomson.....	(1877), 3 App. Cas. 279	148
Singh c. Canada (Procureur général).....	[2000] 3 C.F. 185	16
Singh v. Canada (Attorney General).....	[2000] 3 F.C. 185	16
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	254, 566
Smerchanski v. M.N.R.	[1977] 2 S.C.R. 23	786
Smith c. Canada (Procureur général).....	[2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88	797
Smith v. Canada (Attorney General)	[2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88	797
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	229, 641
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	330, 359, 793
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	228
Sommers v. The Queen	[1959] S.C.R. 678	179
Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.	[1976] Q.B. 858	264
Spector v. Ageda	[1971] 3 All E.R. 417.....	645
State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Griffin	286 So.2d 302 (1973)	132
Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.	(1997), 150 D.L.R. (4th) 24.....	644
Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.	[1973] S.C.R. 596	303
Succession MacDonald c. Martin.....	[1990] 3 R.C.S. 1235	641
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	248
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	248
Sweitzer c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 949	55
Sweitzer v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 949	55
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	255, 793
Szarfer v. Chodos	(1986), 54 O.R. (2d) 663	645

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
T		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	538
Tanny v. Gurman.....	[1994] R.D.J. 10.....	641
Teoli v. Fargnoli	(1989), 30 Q.A.C. 136	642
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877	538, 565
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877	538, 565
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425	733, 786
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425	733, 786
Thorson v. Jones	(1973), 38 D.L.R. (3d) 312.....	235
Toronto Hydro-Electric Commissioners v. Budget Car Rental Toronto Ltd.	(1983), 43 O.R. (2d) 539	166
Transnational Insurance Co. v. Simmons,	507 P.2d 693 (1973).....	164
Tupper v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 589	296
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	668
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	538
United States of America v. Cobb.....	[2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19	654
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	564
United States of America v. Friedland.....	(1999), 182 D.L.R. (4th) 614.....	282
United States of America v. Shulman.....	[2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21	654
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353	421
Université Laval c. Albert	[1990] C.A.I. 438.....	688
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353	421
University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada.....	(1997), 158 Sask. R. 223	124
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	327
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	327
Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.	[1992] 2 R.C.S. 1065	255
Friend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493	368, 577
W		
Walker v. Bank of New York Inc.	(1994), 16 O.R. (3d) 504	282
Wells v. R.	[1998] 1 C.T.C. 2118	621
Wheless v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.	181 S.E.2d 144 (1971).....	31
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273	391

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Wilkes v. The King	(1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123.....	385
Wilson c. La Reine.....	[1983] 2 R.C.S. 594.....	746
Wilson v. Canada	(1993), 86 C.C.C. (3d) 464.....	724
Wilson v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 594.....	746
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625.....	330
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	[1999] 2 S.C.R. 625.....	330

X

X. c. Pays-Bas.....	requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87	589
X. v. Netherlands	Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87	589

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information</i> , R.S.Q., c. A-2.1		<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 34.....	661	s. 52.....	519
s. 57.....	661	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
<i>Alberta Code of Professional Conduct</i>		s. 462.32.....	708
Rule 28(d).....	372	s. 462.33.....	708
C			
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		s. 462.34.....	708
s. 5.....	433	s. 462.37.....	708
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 488.1.....	209
s. 1.....	209, 309, 519	s. 515(10)(c).....	309
s. 3.....	519	F	
s. 7.....	757, 814	<i>Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1</i> , S.C. 2001, c. 4	
s. 8.....	209, 708, 757, 814	s. 121.....	269
s. 11(e).....	309	I	
s. 13.....	433	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
s. 15(1).....	519	s. 2.....	757
s. 24.....	757	s. 231.1.....	757
s. 24(2).....	814	s. 231.2.....	757, 814
s. 33.....	519	s. 231.3.....	757
<i>Canada Elections Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-2		s. 239(1).....	757
s. 51(e).....	519	<i>Insurance Act</i> , R.S.O. 1990, c. I.8	
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		s. 278(1).....	109
s. 39.....	3	s. 278(6).....	109
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		<i>Insurance Act Regulations</i> , R.R.O. 1980, Reg. 535	
art. 2778.....	168	s. 4(1).....	109
<i>Constitution Act, 1867</i>		O	
s. 91(27).....	372	<i>Ontario Human Rights Code</i> , R.S.O. 1990, c. H-19	
s. 92(14).....	372	s. 5(1).....	403
s. 96.....	3	s. 10(1).....	403

PAGE

S

<i>State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18</i>	
s. 4.....	269
s. 6.....	269

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		L	
<i>Alberta Code of Professional Conduct</i> règle 28d).....	372	<i>Loi électorale du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. E-2 art. 51e).....	519
C		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> art. 91(27).....	372
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i> art. 1.....	209, 309, 519	art. 92(14).....	372
art. 3.....	519	art. 96.....	3
art. 7.....	757, 814	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i> art. 52.....	519
art. 8.....	209, 708, 757, 814	<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.) art. 2.....	757
art. 11e).....	309	art. 231.1.....	757
art. 13.....	433	art. 231.2.....	757, 814
art. 15(1).....	519	art. 231.3.....	757
art. 24.....	757	art. 239(1).....	757
art. 24(2).....	814	<i>Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral</i> avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4 s. 121.....	269
art. 33.....	519	<i>Loi électorale du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. E-2 art. 51e).....	519
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46 art. 462.32.....	708	<i>Loi sur l'accès aux documents des</i> <i>organismes publics et sur la protection</i> <i>des renseignements personnels</i> , L.R.Q., ch. A-2.1 art. 34.....	661
art. 462.33.....	708	art. 57.....	661
art. 462.34.....	708	<i>Loi sur la preuve au Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-5 art. 39.....	3
art. 462.37.....	708	<i>Loi sur les assurances</i> , L.R.O. 1990, ch. I.8 art. 278(1).....	109
art. 488.1.....	209	art. 278(6).....	109
art. 515(10)c).....	309	<i>Loi sur l'immunité des États</i> , L.R.C. 1985, ch. S-18 art. 4.....	269
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64 art. 2778.....	168	art. 6.....	269
<i>Code des droits de la personne de l'Ontario</i> , L.R.O. 1990, ch. H.19 art. 5(1).....	403		
art. 10(1).....	403		
I			
<i>Insurance Act regulations</i> , R.R.O. 1980, Règl. 535 art. 4(1).....	109		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
American Law Institute. <i>Restatement Third, The Law Governing Lawyers</i> , vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.	650
Arbour, J.-Maurice. <i>Droit international public</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.	280
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988.	645
Association internationale de réforme pénale. <i>Pratique de la prison: Du bon usage des règles pénitentiaires internationales</i> . Paris : L'Association, 1997.	593
<i>Atiyah's Accidents, Compensation and the Law</i> , 5th ed. By Peter Cane. London: Butterworths, 1993.	292
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	299
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	185
Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 7 ^e éd. Montréal : Thémis, 2000.	724
<i>Birds' Modern Insurance Law</i> , 5th ed. by John Birds and Norma J. Hird. London: Sweet & Maxwell, 2001.	137
Black, Henry Campbell. <i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "abandonment".	94
Bloom, Lackland H., Jr. "The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions" (1980), 69 <i>Geo. L.J.</i> 1.	224
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).	138
Brown, Ray Andrews. <i>The Law of Personal Property</i> , 2nd ed. Chicago: Callaghan, 1955.	94
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.	280
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.	340
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n ^o 5, 22 janvier 1985, p. 5:9.	225
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 14, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021.	607

Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 36, 3 ^e sess., 7 ^e lég., 3 mars 1893, p. 1513 et 1515.	478
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 7 mai 2001, p. 3640.	301
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Justice pénale et correction : un lien à forger</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.	340
Canada. Commission de réforme du droit. 16 ^e Rapport. <i>Le jury</i> . Ottawa : La Commission, 1982.	486
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. <i>Le jury en droit pénal</i> . Ottawa : La Commission, 1980.	485
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. <i>Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne</i> . Ottawa : La Commission, 1990.	385
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 24. <i>Les fouilles, les perquisitions et les saisies</i> . Ottawa : La Commission, 1984.	246
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. <i>Rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis — Pour une démocratie électorale renouvelée</i> , vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.	578
Canada. Conseil national du bien-être social. <i>La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social</i> . Ottawa : Le Conseil, 2000.	339
Canada. Department of Justice. <i>Bijural Terminology Records</i> . Ottawa: Department of Justice, 2001.	302
Canada. Department of Justice. <i>The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism</i> , booklet 4 (<i>Bijuralism in Canada: Harmonization Methodology and Terminology</i>) by Louise Maguire Wellington. Ottawa: Department of Justice, 2001.	302
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 14, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, pp. 18015-021.	607
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 36, 3rd Sess., 7th Parl., March 3, 1893, pp. 1695 and 1697.	478
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 7, 2001, p. 3640.	301
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 5, January 22, 1985, p. 5:9.	225
Canada. Law Reform Commission. Report 16. <i>The Jury</i> . Ottawa: The Commission, 1982.	486
Canada. Law Reform Commission. Report 24. <i>Search and Seizure</i> . Ottawa: The Commission, 1984.	246
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. <i>The Jury in Criminal Trials</i> . Ottawa: The Commission, 1980.	485
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. <i>Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor</i> . Ottawa: The Commission, 1990.	385
Canada. Ministère de la Justice. <i>Fiches terminologiques bijuridiques</i> . Ottawa : Ministère de la Justice, 2001.	302
Canada. Ministère de la Justice. <i>L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien</i> , fascicule 4 (<i>Bijuridisme canadien : Méthodologie et terminologie de l'harmonisation</i>) par Louise Maguire Wellington. Ottawa : Ministère de la Justice, 2001.	302

Canada. National Council of Welfare. <i>Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication</i> . Ottawa: The Council, 2000.	339
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. <i>Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing — Reforming Electoral Democracy</i> , vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.	578
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. 139, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 7 février 2001, pp. 83-88, 4 avril 2001, pp. 572-576, et 26 avril 2001, pp. 684-690.	301
Canada. Sénat. <i>Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fascicule n ^o 12, 9 avril 1981, p. 12:9.	301
Canada. Sénat. <i>Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fascicule n ^o 60, 21 avril 1997, p. 60:30.	323
Canada. Sénat et Chambre des communes. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n ^o 43, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., 22 janvier 1981, p. 43:79-43:90.	567
Canada. Senate and House of Commons. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 43, 1st Sess., 32nd Parl., January 22, 1981, pp. 43:79-43:90.	567
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. 139, 1st sess., 37th Parl., February 7, 2001, pp. 83-88, April 4, 2001, pp. 572-76, and April 26, 2001, pp. 684-90.	301
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 12, April 9, 1981, p. 12:9.	286
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 60, April 21, 1997, p. 60:30.	323
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.	645
Chasse, Kenneth L. “The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants” (1977), 36 C.R.N.S. 349.	229
Chevrette, François, et Hugo Cyr. « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 521.	735
Chevrette, François, and Hugo Cyr. “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce”, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1.	735
Ciotola, Pierre. “The Reform of Security under the Civil Code of Quebec”. In <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 4B, <i>Prior Claims and Hypothecs, Reform of Security, Publication of Rights</i> . Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, Montréal: Barreau du Québec, 1993.	197
Ciotola, Pierre. <i>Droit des sûretés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	185
Ciotola, Pierre. « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec ». Dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. 3, <i>Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l’Université Laval, 1993, 303.	197
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “moral”.	583
Conseil de l’Europe. <i>Rapports explicatifs concernant la Convention européenne sur l’immunité des États et le protocole additionnel</i> . Strasbourg : Conseil de l’Europe, 1972.	292

Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1981.	291
Cooper-Stephenson, Kenneth D. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	292
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	177, 295
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	177, 295
Council of Europe. <i>Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol</i> . Strasbourg: Council of Europe, 1972.	292
Crépeau, Paul-André. « Essai de lecture du message législatif », dans <i>Mélanges Jean Beetz</i> . Montréal : Thémis, 1995, 199.	202
<i>Cross on Evidence</i> , 6th N.Z. ed. by Donald L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1997.	497
Davis, John E. "Law Office Searches: The Assault on Confidentiality and the Adversary System" (1996), 33 <i>Am. Crim. L. Rev.</i> 1251.	224
Delisle, Ronald Joseph, and Don Stuart. <i>Evidence Principles and Problems</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2001.	497
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	295, 698, 799
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.	295
Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. <i>The Dictionary of Canadian Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "personal injury".	291
Duplessis, Yvon, et Jean Héту. <i>L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels</i> , vol. 2. Brossard, Qué. : Publications CCH, 2001 (feuilles mobiles).	675, 701
Dworkin, Ronald. <i>Taking Rights Seriously</i> . Cambridge: Harvard University Press, 1977.	582
Edwards, J. L. J. <i>The Law Officers of the Crown: A study of the offices of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the office of the Director of Public Prosecutions of England</i> . London: Sweet & Maxwell, 1964.	385
Emanuelli, Claude. <i>Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.	280
Friedland, Martin L. <i>Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1965.	338
Gardner, Daniel. <i>L'évaluation du préjudice corporel</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.	297
George, Robert P. <i>Making Men Moral</i> . Oxford: Clarendon Press, 1993.	581
German, Peter Maurice. <i>Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements</i> . Scarborough: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2002, release 1).	723
Gold, Alan D. <i>Proceeds of Crime: A Manual with Commentary on Bill C-61</i> . Toronto: Carswell, 1989.	723
Great Britain. <i>Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs</i> . London: HMSO, January 1976.	15
Grimm, Dieter. "Human Rights and Judicial Review in Germany", in David M. Beatty, ed., <i>Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective</i> . Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.	539
Hampton, Jean. "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 <i>Can. J. L. & Jur.</i> 23.	561

Heydon, John Dyson. <i>Cross on Evidence</i> , 6th Australian ed. Sydney: Butterworths, 2000.	500
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The <i>Charter</i> Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 75.	577
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).	390
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).	566
Huet, Jérôme. <i>Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux</i> , sous la direction de Jacques Ghestin, 2 ^e éd. Paris : L.G.D.J., 2001.	188
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2002, release 1).	228
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2002, release 2).	735
Ivamy, E. R. Hardy. <i>General Principles of Insurance Law</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1993.	138
Jerry, Robert H. <i>Understanding Insurance Law</i> , 2nd ed. New York: Matthew Bender, 1996.	137
Kasting, Robert A. "Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege" (1978), 24 <i>McGill L.J.</i> 115.	229
Keane, Adrian. <i>The Modern Law of Evidence</i> , 5th ed. London: Butterworths, 2000.	499
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	786
L'Heureux, Nicole. <i>Droit de la consommation</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.	188
<i>Latin for Lawyers</i> , 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1937.	280
LaVacca, Joyce B. "Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes" (1988), 19 <i>Rutgers L.J.</i> 389.	97
Law Society of Alberta. <i>Alberta Code of Professional Conduct</i> . Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf updated May 2001, release 9).	637
Loungnarath, Vilaysoun, Jr. « L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques » (1995), 26 <i>R.D.U.S.</i> 1.	198
<i>MacGillivray on Insurance Law</i> , 9th ed. by Nicholas Legh-Jones, general editor. London: Sweet and Maxwell, 1997.	138
Macklem, P., et al. <i>Canadian Constitutional Law</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications, 1997.	572
Maczko, Frank. "Charter of Rights: Section 13" (1982), <i>U.B.C. L. Rev.</i> (Charter ed.) 213.	481
Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. <i>Solicitor-Client Privilege in Canadian Law</i> . Toronto: Butterworths, 1993.	235
Masse, Claude. <i>Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.	199
Mayrand, Albert. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil ». Dans <i>Lois nouvelles</i> . Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1965, 51.	199
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 5th ed. by John W. Strong. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.	452

Mill, John Stuart. "Thoughts on Parliamentary Reform", in J. M. Robson, ed., <i>Essays on Politics and Society</i> , vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, 311.	547
Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996.	593
Nations Unies. Commission du droit international. <i>Cinquième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens</i> , Doc. N.U. A/CN.4/363 et Add.1, publié dans l' <i>Annuaire de la Commission du droit international 1983</i> , vol. II, première partie. New York : Nations Unies, 1985, 27.	288
Nations Unies. Commission du droit international. « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » dans <i>Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session</i> , Doc. N.U. A/46/10, publié dans l' <i>Annuaire de la Commission du droit international 1991</i> , vol. II, deuxième partie. New York : Nations Unies, 1994, 13.	288
Nightingale, J. <i>Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth</i> , vol. II, Part I. London: J. Robins, 1821.	641
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris, Le Robert, 2000, « moral ».	583
Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. <i>Public Government for Public People</i> . Toronto: The Commission, 1980.	696
Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. <i>Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System</i> . Toronto: The Commission, 1995.	339
Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. <i>Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario</i> . Toronto : La Commission, 1995.	339
<i>Oppenheim's International Law</i> , vol. I, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London: Longman, 1996.	280
<i>Oxford English Reference Dictionary</i> , 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford: Oxford University Press, 1996, "enforce".	800
Paciocco, David M. "Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 433.	482
Packer, Herbert L. <i>The Limits of the Criminal Sanction</i> . Stanford: Stanford University Press, 1968.	339
Payette, Louis. <i>Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.	176
Peck, Richard C. C. "The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 456.	482
Penal Reform International. <i>Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice</i> . The Hague: Penal Reform International, 1995.	593
Pinard, Danielle. « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> » (1990), 35 <i>R.D. McGill</i> 305.	255
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.	201
Pratte, Denise. <i>Priorités et hypothèques</i> . Sherbrooke : Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1995.	175
Proulx, Michel, and David Layton. <i>Ethics and Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	401

Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société</i> , t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.	173
Raz, Joseph. <i>The Morality of Freedom</i> . Oxford: Clarendon Press, 1986.	581
Reynolds, D. D. Graham. "Selected Aspects of the Proceeds of Crime Provisions of the Criminal Code", in Renee Pomerance and Anil K. S. Kapoor, eds., <i>Search and Seizure: New Developments</i> . Toronto: Department of Continuing Legal Education, Law Society of Upper Canada, 1998, 5-1.	724
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.	248
Stuart, Don. "Hall: The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision" (2000), 35 C.R. (5th) 219.	354
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.	585
Tribe, Laurence H. "The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box'" (1989), 102 <i>Harv. L. Rev.</i> 1300.	561
Trotter, Gary T. <i>The Law of Bail in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	337
United Nations. Human Rights Committee. "General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996.	593
United Nations. International Law Commission. "Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property and Commentaries Thereto" in <i>Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session</i> , U.N. Doc. A/46/10, in <i>Yearbook of the International Law Commission 1991</i> , vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1994, 13.	281
United Nations. International Law Commission. <i>Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property</i> , U.N. Doc. A/CN.4/363 and Add.1, in <i>Yearbook of the International Law Commission 1983</i> , vol. II, Part One. New York: United Nations, 1985, 25.	288
Vézina, Nathalie. « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993), 24 <i>R.D.U.S.</i> 161.	297
Waters, Donovan W.M. "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., <i>Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997</i> . Winnipeg: Canadian Legal History Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.	643
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.	80
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.	81
Ytreberg, Dag E. "Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits", 73 <i>A.L.R.</i> 3d 632 (1976).	132
Zander, Michael. <i>The Law-Making Process</i> , 4th ed. London: Butterworths, 1994.	698

Roderick Macdonell *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and National Assembly *Respondents*

and

Commission d'accès à l'information, Paul-André Comeau, Court of Quebec and the Honourable Jean Longtin *Mis en cause*

INDEXED AS: MACDONELL v. QUEBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION)

Neutral citation: 2002 SCC 71.

File No.: 28092.

2002: January 22; 2002: November 1.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Commission d'accès à l'information — Standard of review applicable to Commission's decisions under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1.

Access to information — Documents held by public bodies — Restrictions on right to access — Protection of personal information — Journalist requesting disclosure of document concerning expenses of Members of National Assembly prepared by Assembly's services — Commission d'accès à l'information refusing disclosure under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information — Whether Commission's decision unreasonable — Whether document requested is a document produced "for" a Member of the National Assembly within the meaning of s. 34 — Whether a Member of the National Assembly may be considered to constitute a public body within the meaning of s. 57 — Act Respecting Access to Documents Held by

Roderick Macdonell *Appelant*

c.

Procureur général du Québec et Assemblée nationale *Intimés*

et

Commission d'accès à l'information, Paul-André Comeau, Cour du Québec et l'honorable Jean Longtin *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : MACDONELL c. QUÉBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION)

Référence neutre : 2002 CSC 71.

N^o du greffe : 28092.

2002 : 22 janvier; 2002 : 1^{er} novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission d'accès à l'information — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission rendues en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1.

Accès à l'information — Documents des organismes publics — Restrictions au droit d'accès — Protection des renseignements personnels — Journaliste demandant la divulgation d'un document relatif aux dépenses des membres de l'Assemblée nationale préparé par les services de l'Assemblée — Divulgation refusée par la Commission d'accès à l'information en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels — La décision de la Commission est-elle déraisonnable? — Le document demandé est-il un document produit « pour le compte » d'un membre de l'Assemblée nationale au sens de l'art. 34? — Un membre de l'Assemblée nationale peut-il être assimilé à un organisme public pour l'application de l'art. 57? — Loi sur l'accès aux documents des

Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, ss. 34, 57.

The appellant, a journalist, made a request under the *Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information* for access to a document concerning the expenses of Members of the National Assembly. This document was prepared by the National Assembly's accounting department for each Member and describes the total payroll available to the Member, and the Member's expenses for employing full-time or casual staff and for paying for professional services. Relying on ss. 34, 53 and 57 of the Act, the person in charge of access to information at the National Assembly denied the request. The Quebec Commission d'accès à l'information upheld that decision. The Commissioner concluded that the document requested had been prepared "for" a Member and could not, under s. 34, be disclosed without the Member's consent. With respect to s. 57, the Commissioner found that the information sought in the access request could not relate directly to the staff or contractors employed by the Member since a Member himself or herself is not considered to constitute a public body. The Court of Québec denied leave to appeal that decision. The Superior Court granted the appellant's application for judicial review of the Commissioner's decision. It found that the Commissioner had erred in law and had made a patently unreasonable decision by interpreting s. 34 in a way that was inconsistent with the Act and the Regulations as a whole. The majority of the Court of Appeal set aside that decision, concluding that the Commissioner's interpretation of ss. 34 and 57 was not unreasonable.

Held (Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Arbour JJ.: As found by the minority, the standard of review applicable to the Commissioner's decision under s. 34 is that of the reasonable decision. With respect to s. 57, the pragmatic and functional approach shows that the standard that must be applied is also the reasonableness standard. The nature of the decision made under s. 57, the presence of the privative clause and the relative expertise of the Commission show that the legislature intended to rely on the Commission to interpret s. 57 and to identify the documents that are covered by that section, subject only to a right of appeal, with leave, to the Court of Québec on a question of law or jurisdiction, to the exclusion of any other remedy.

organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 34, 57.

L'appellant, un journaliste, présente une demande en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* en vue d'obtenir un document relatif aux dépenses des membres de l'Assemblée nationale. Ce document est préparé par le service de la comptabilité de l'Assemblée nationale pour chaque député et décrit la masse salariale dont il dispose et ses dépenses faites pour engager du personnel régulier ou occasionnel et pour le paiement de services professionnels. Se fondant sur les art. 34, 53 et 57 de la Loi, le responsable de l'accès à l'information à l'Assemblée nationale rejette la demande. La Commission d'accès à l'information du Québec confirme cette décision. Le Commissaire conclut que le document demandé est préparé « pour le compte » d'un député et ne peut, en vertu de l'art. 34, être divulgué sauf sur autorisation du député concerné. En ce qui concerne l'art. 57, le Commissaire estime que les renseignements dont on demande la divulgation ne peuvent pas viser directement le personnel ou les contractuels embauchés par le député puisque ce dernier n'est pas lui-même assimilé à un organisme public. La Cour du Québec refuse la permission d'en appeler de cette décision. La Cour supérieure fait droit à la demande de révision judiciaire de la décision du Commissaire déposée par l'appellant. Elle conclut que le Commissaire a commis une erreur de droit et rendu une décision manifestement déraisonnable en interprétant l'art. 34 d'une manière incompatible avec l'ensemble de la Loi et des règlements. La majorité de la Cour d'appel infirme cette décision et conclut que l'interprétation des art. 34 et 57 faite par le Commissaire n'est pas déraisonnable.

Arrêt (les juges Major, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Arbour : Il y a accord avec les juges de la minorité pour dire que la norme de contrôle applicable à la décision du Commissaire rendue en vertu de l'art. 34 est celle de la décision raisonnable. En ce qui concerne l'art. 57, l'approche pragmatique et fonctionnelle indique que la norme qui s'impose est aussi celle de la décision raisonnable. La nature de la décision rendue en vertu de l'art. 57, la présence de la clause privative et l'expertise relative de la Commission indiquent que le législateur a voulu s'en remettre à la Commission pour l'interprétation de l'art. 57 et l'identification des documents qu'il vise sous la seule réserve d'un droit d'appel sur permission à la Cour du Québec sur une question de droit ou de compétence, à l'exclusion de tout autre recours.

The Commissioner's decision respecting s. 34 is reasonable. While exceptions to disclosure have generally been narrowly construed, that rule of interpretation applies only where the Act needs to be construed. Here, the wording of s. 34 makes no distinction between documents that are purely administrative and documents that are associated with the decision-making process. That section requires that a person seeking access obtain the consent of the Member concerned for all of the documents covered by the section. Given the clear wording of the provision, the need to reconcile the two fundamental rights provided in the Act — namely access to information and the independence of Members — and the different treatment that the legislature provided for Members' documents, it was reasonable for the Commissioner not to limit the exception in s. 34 to functions associated with Members' legislative activities. The only question that the Commissioner had to ask was whether the document in question had been produced "for" a Member. Even though the National Assembly's financial resources management branch also verifies, using the documents that are the subject of this case, that the Member's total payroll has not been exceeded, it was reasonable for the Commissioner to conclude that the documents were produced for the Member. The document, which is provided directly to the Member, is produced for the Member so that the Member may keep his or her own books and know what his or her own financial margin of manoeuvre is. It is irrelevant that the document may also be used by the services of the National Assembly, or even belong to it. Since the conditions in s. 34 have been met, the document is exempt from access, unless the Member consents.

The provisions of the Act relating to the confidential nature of nominative information cannot be overridden by the consent given by the Member. The Commissioner construed the meaning of s. 57 reasonably in concluding that Members are not "public bodies". Members are not covered by the definition of public body provided in s. 3 of the Act and s. 34 provides for a special procedure for Members' documents. The Act contains numerous distinctions between the National Assembly, as a public body, and Members, as components of that body, and a Member, acting alone, therefore cannot be confused with the National Assembly. It is reasonable to understand that Members are subject to the Act not because they are classed as a public body, but because the legislature has provided that the Act will apply to them within the limits prescribed. Moreover, even if we agreed that each Member is a public body, the very large majority of the information in the document requested should be exempted from disclosure owing to its confidential nature.

La décision du Commissaire relative à l'art. 34 est raisonnable. Bien que les exceptions à la divulgation soient généralement interprétées de manière limitative, cette règle d'interprétation n'est valable que dans la mesure où il y a nécessité d'interpréter la loi. En l'espèce, le libellé de l'art. 34 ne fait pas de distinction entre les documents purement administratifs et les autres liés au processus décisionnel. Cet article oblige le demandeur d'accès à obtenir le consentement du député concerné pour tous les documents visés par l'article. Vu le libellé clair de la disposition, la nécessité de concilier les deux droits fondamentaux prévus dans la Loi — soit l'accès à l'information et l'indépendance des députés —, et le traitement distinct prévu par le législateur pour les documents des députés, il était raisonnable pour le Commissaire de ne pas limiter l'exception de l'art. 34 aux fonctions liées aux activités législatives des députés. La seule question que le Commissaire avait à se poser était de déterminer si le document visé avait été produit « pour le compte » d'un député. Même si la Direction de la gestion des ressources financières de l'Assemblée nationale s'assure aussi, à l'aide des documents faisant l'objet du litige, que le député ne dépasse pas sa masse salariale, il était raisonnable pour le Commissaire de conclure que ces documents sont produits pour le compte du député. Le document, remis directement au député, est produit pour son compte afin qu'il puisse tenir sa comptabilité et connaître sa marge de manoeuvre financière. Il importe peu que ce document serve aussi aux services de l'Assemblée nationale ou même lui appartienne. Puisque les conditions de l'art. 34 sont remplies, le document est inaccessible, sauf si le député y consent.

Le consentement du député à la divulgation ne saurait écarter l'application des dispositions de la Loi ayant trait au caractère confidentiel des renseignements nominatifs. Le Commissaire a interprété raisonnablement la portée de l'art. 57 en concluant que les députés ne sont pas des « organismes publics ». Les députés ne sont pas visés par la définition d'organisme public prévue à l'art. 3 de la Loi et l'art. 34 prévoit une procédure particulière pour les documents des députés. La Loi contient de multiples distinctions entre l'Assemblée nationale, comme organisme public, et les députés, comme composantes de celle-ci et le député agissant seul ne peut donc être confondu avec l'Assemblée nationale. Il est raisonnable de comprendre que ceux-ci sont assujettis à la Loi non pas parce qu'ils sont assimilés à un organisme public, mais parce que le législateur a prévu que la Loi s'applique à eux dans les limites prévues. D'ailleurs, même si on acceptait que chaque député est un organisme public, la très grande majorité des renseignements contenus dans le document demandé devraient être retranchés de la divulgation en raison de leur caractère confidentiel.

Per Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. (dissenting): The standard of review applicable to the Information Commissioner's decision under s. 34 of the Act is that of the reasonable decision. In this case, the privative clause is only partial since it provides for an appeal on any question of law or jurisdiction. Furthermore, the Commissioner's special expertise is needed, for the interpretation of s. 34, only when findings of fact are involved. The decision concerning the application of s. 34 is a question of mixed law and fact. This is also not a case in which different interests must be weighed. With respect to s. 57, it is not necessary to examine the standard of review of the reasonable decision that was adopted by the Court of Appeal in view of the finding that the Commissioner's interpretation was unreasonable. If the intermediate standard of the reasonableness of the decision must be applied, it is necessary to examine how the methods of statutory interpretation impact on the concept of reasonableness, which is one of the fundamental components of the current system of judicial review.

The Commissioner's decision relating to s. 34 is unreasonable. His broad interpretation of a rule providing for an exception is inconsistent with achieving the purpose of the Act. By interpreting s. 34 without taking into account the purpose of the Act as a whole, the legislative context, and the specific purpose of the exception set out in s. 34, the Commissioner made an error that affected his analysis so seriously that it made it unreasonable. The Commissioner should have kept foremost in his mind the purpose of the Act, as set out in s. 9, which states the fundamental principle that access may be had to government information. He then had to consider the meaning and scope of the exceptions to the general rule that are set out in s. 34 by examining the category of exceptions in question, that is, the category in the subdivision of the Act dealing with information affecting administrative or political decisions. The purpose of those exceptions, including s. 34, is to guarantee the independence of the Member in performing his or her duties. Section 34 relates solely to the documents of individual Members. A narrow interpretation of the exceptions that is consistent with its underlying objective could not reasonably have led to the conclusion that s. 34 applied to the document requested since that document is essentially an accounting statement prepared for the accounting service and not for the Member. The expression "for" in s. 34 suggests that the document has a specific purpose that relates directly and specifically to the individual Member and the performance of his or her role. It does not seem essential to a Member's ability to perform his or her role that the manner in which the Member spends the public funds made available to him

Les juges Major, Bastarache, Binnie et LeBel (dissidents) : La norme de contrôle de la décision du Commissaire à l'information eu égard à l'art. 34 de la Loi est celle de la décision raisonnable. En l'instance, la clause privative n'est que partielle puisqu'elle prévoit un appel sur une question de droit ou de compétence. De plus, l'interprétation de l'art. 34 ne fait appel à l'expertise particulière du Commissaire que dans la mesure où elle porte sur des conclusions de fait. Or, la décision relative à l'application de l'art. 34 est une question mixte de fait et de droit. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire qui fait appel à la pondération d'intérêts différents. En ce qui concerne l'art. 57, il n'est pas essentiel de revenir sur la norme de contrôle de la décision raisonnable adoptée par la Cour d'appel vu la conclusion que l'interprétation du Commissaire est déraisonnable. Dans la mesure où la norme intermédiaire de la décision raisonnable doit être retenue, il faut examiner l'impact des méthodes d'interprétation législative sur l'articulation du concept de rationalité, qui est un des éléments fondamentaux du système actuel de contrôle judiciaire.

La décision du Commissaire relative à l'art. 34 est déraisonnable. Son interprétation large d'une règle d'exception est incompatible avec la réalisation de l'objectif de la Loi. En interprétant l'art. 34 sans tenir compte de l'objet de la Loi dans son ensemble, du contexte législatif et de l'objet spécifique de l'exception visée par l'art. 34, le Commissaire a commis une erreur qui affecte si gravement sa méthode d'analyse qu'elle lui donne un caractère déraisonnable. Le Commissaire devait en premier lieu considérer l'objet de la Loi inscrit à l'art. 9 qui exprime le principe fondamental du droit d'accès à l'information gouvernementale. Il devait ensuite s'interroger sur le sens et la portée des exceptions à la règle générale inscrites à l'art. 34 en portant attention à la catégorie d'exceptions visée, soit celle relative à la sous-section de la Loi qui traite des renseignements ayant des incidences sur les décisions administratives ou politiques. Ces exceptions, y compris l'art. 34, ont pour but d'assurer l'indépendance du député dans l'exercice de ses fonctions. L'article 34 ne concerne que les documents des députés eux-mêmes. Une interprétation restrictive des exceptions, conforme à l'objectif qui les anime, ne pouvait raisonnablement mener à la conclusion que l'art. 34 visait le document demandé puisqu'il s'agit essentiellement d'un état comptable préparé pour le service de la comptabilité et non pour le compte du député. L'expression « pour le compte » à l'art. 34 implique que le document a une finalité précise visant directement et particulièrement la personne du député et l'exécution de sa fonction. Il ne paraît pas essentiel à la fonction du député de garder le secret sur la façon dont il dépense les fonds publics

or her, the use of which is subject to specific terms and conditions, be protected from disclosure.

The Commissioner adopted the reasoning of the Court of Québec in *Québec (Assemblée nationale) v. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427, to explain his position concerning the application of s. 57 of the Act. The reasons in that decision suffer from the same defect as the Commissioner's reasons with regard to s. 34. The court analysed the Act literally, without considering its purpose, the justification needed for the exceptions to the principles it lays down, or what is actually required with regard to the Member's independence pursuant to s. 57. It did not refer to any rule of interpretation and did not do any contextual analysis. By adopting those reasons, the Commissioner thus adopted a reasoning that does not meet the requirements of the standard of reasonableness. The analysis and reasoning of the dissenting judge in the Court of Appeal are preferable. A Member is recognized as a public body for the purposes of s. 57. Section 34 would be largely pointless if the Member was not subject to ss. 55 and 57.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Québec (Assemblée nationale) v. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427; *Plastiques M & R inc. v. Bureau du commissaire général du travail*, [1992] C.A.I. 372; *Marchildon v. Commission d'accès à l'information*, [1987] C.A.I. 96.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

Québec (Assemblée nationale) v. Sauvé, [1995] C.A.I. 427; *Université Laval v. Albert*, [1990] C.A.I. 438; *Québec (Procureur général) v. Bayle*, [1991] C.A.I. 306; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997]

qui sont mis à sa disposition et dont l'utilisation est soumise à des modalités précises.

Le Commissaire a adopté le raisonnement de la Cour du Québec dans *Québec (Assemblée Nationale) c. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427, pour expliquer sa position concernant l'application de l'art. 57 de la Loi. Or, les motifs dans cette décision souffrent du même défaut que ceux du Commissaire relativement à l'art. 34. La cour a procédé à une analyse littérale sans tenir compte de l'objet de la Loi, de la justification requise pour les exceptions aux principes qu'elle formule ou des exigences réelles de la notion d'indépendance du député eu égard à l'art. 57. Elle ne mentionne aucune règle d'interprétation et ne procède à aucune analyse contextuelle. En souscrivant à ces motifs, le Commissaire a donc adopté un raisonnement qui ne satisfait pas aux exigences de la norme de la décision raisonnable. Il est préférable d'adopter l'analyse et l'approche du juge dissident en Cour d'appel. Un député est assimilé à un organisme public pour l'application de l'art. 57. L'article 34 serait largement inutile si le député n'était pas assujéti aux art. 55 et 57.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés : *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Québec (Assemblée nationale) c. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427; *Plastiques M & R inc. c. Bureau du commissaire général du travail*, [1992] C.A.I. 372; *Marchildon c. Commission d'accès à l'information*, [1987] C.A.I. 96.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

Québec (Assemblée nationale) c. Sauvé, [1995] C.A.I. 427; *Université Laval c. Albert*, [1990] C.A.I. 438; *Québec (Procureur général) c. Bayle*, [1991] C.A.I. 306; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pasiechnyk c.*

2 S.C.R. 890; *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Autobus Jacquart inc.*, [2000] C.L.P. 825; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Conseil de la magistrature du Québec v. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638; *Pointe-Claire (City) v. Québec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Héroux v. Groupe Forage Major*, [2001] C.L.P. 317.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1.
Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, ss. 1, 3, 9, 34, 53, 54, 55, 57, 114, 122, 123, para. 3, 124-133, 146, 147, 154.
Act Respecting the National Assembly, R.S.Q., c. A-23.1, ss. 1, 43, 120, 123, 124.2.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 834 to 850.
Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219 [now R.S.O. 1990, c. I.11].
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 41.
Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels, National Assembly, Règles administratives du Bureau, décision n° 092, 16 mai 1984 (mise à jour 1^{er} novembre 1990), ss. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 12, 16-20, 61, 62, 63.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Duplessis, Yvon, et Jean Héту. *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels*, vol. 2. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2001 (feuilles mobiles).
 Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Public People*. Toronto: The Commission, 1980.
 Zander, Michael. *The Law-Making Process*, 4th ed. London: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.J.Q. 1674, [2000] C.A.I. 467, [2000] Q.J. No. 1764 (QL), reversing a decision of the Superior Court, [1997] R.J.Q. 132. Appeal dismissed, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

Saskatchewan (Workers' Compensation Board), [1997] 2 R.C.S. 890; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Autobus Jacquart inc.*, [2000] C.L.P. 825; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Héroux c. Groupe Forage Major*, [2001] C.L.P. 317.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 834-850.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, ch. 219 [maintenant L.R.O. 1990, ch. I.11].
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1.
Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 1, 3, 9, 34, 53, 54, 55, 57, 114, 122, 123, par. 3^o, 124-133 146, 147, 154.
Loi sur l'Assemblée nationale, L.R.Q., ch. A-23.1, art. 1, 43, 120, 123, 124.2.
Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels, Assemblée nationale, Règles administratives du Bureau, décision n° 092, 16 mai 1984 (mise à jour 1^{er} novembre 1990), art. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 12, 16-20, 61, 62, 63.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Duplessis, Yvon, et Jean Héту. *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels*, vol. 2. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2001 (feuilles mobiles).
 Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Public People*. Toronto: The Commission, 1980.
 Zander, Michael. *The Law-Making Process*, 4th ed. London: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.J.Q. 1674, [2000] C.A.I. 467, [2000] J.Q. n° 1764 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, [1997] R.J.Q. 132. Pourvoi rejeté, les juges Major, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents.

Mark Bantey, for the appellant.

Claude Bouchard et René Chrétien, for the respondents.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Arbour JJ. delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

The main issue in this case is the privilege granted to Members of the National Assembly not to disclose certain documents under the *Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information*, R.S.Q., c. A-2.1 (“*Access Act*”). More precisely, we must determine whether the Commissioner’s decision that the documents showing the expenses of a Member of the National Assembly are documents produced for a Member within the meaning of s. 34 of the *Access Act* is reasonable. As well, the Court must decide whether the Commissioner’s decision that the information in the documents requested includes nominative information that is exempt from disclosure is reasonable.

I would refer to the description given by my colleagues of the facts in this appeal and of the decisions below, except the attribution to the Commissioner, Paul-André Comeau, of the statement that all that needs to be found in order for the s. 34 exemption to apply is that the information in the document requested relates specifically to the Member. The Commissioner actually asked whether the document was produced for the Member.

II. Analysis

1. *Applicable Standard of Review*

I agree with the approach taken by Bastarache and LeBel JJ. in applying the standard of the “reasonable decision” to the decision of the Commissioner concerning s. 34 and s. 57 of the *Access Act*. However, they do not provide a definitive answer to

Mark Bantey, pour l’appelant.

Claude Bouchard et René Chrétien, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Arbour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le présent litige porte principalement sur le privilège accordé aux membres de l’Assemblée nationale de ne pas divulguer certains documents en vertu de la *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1 (« *Loi sur l’accès* »). Plus précisément, il nous faut déterminer si la décision du Commissaire voulant que les documents faisant état des dépenses d’un membre de l’Assemblée nationale sont des documents produits pour le compte de ce membre au sens de l’art. 34 de la *Loi sur l’accès* est raisonnable. De même, la Cour doit décider du caractère raisonnable de la décision du Commissaire selon laquelle les renseignements contenus dans les documents demandés comprennent des renseignements nominatifs à exclusion de la divulgation.

Je m’en remets à l’exposé que font mes collègues des faits du présent pourvoi et des décisions rendues sauf toutefois l’attribution au Commissaire, Paul-André Comeau, de l’affirmation qu’il suffit de constater que l’information apparaissant sur le document demandé est spécifique au député pour que l’exclusion prévue à l’art. 34 s’applique. Le Commissaire s’est plutôt demandé si le document a été produit pour le compte du député.

II. Analyse

1. *La norme de contrôle applicable*

Je partage l’approche des juges Bastarache et LeBel appliquant la norme de la « décision raisonnable » à l’égard de la décision du Commissaire portant sur l’art. 34 et l’art. 57 de la *Loi sur l’accès*. Ils ne se prononcent toutefois pas de manière

1

2

3

the question of the standard applicable to the decision under s. 57. While implying that it is the “correct decision” standard that applies, they consider that the Commissioner’s decision was unreasonable and find it unnecessary to pursue the matter. I do not believe it is necessary to reiterate my colleagues’ analysis in its entirety. I simply add a few observations relevant to determining what standard of review applies to a decision made under s. 57 and a few comments on some of their analysis. I shall briefly examine some of the elements in the pragmatic and functional approach — the nature of the decision involved, the presence of a privative clause, and the expertise of the tribunal — that make it possible to determine the intention of the legislature (*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048).

définitive sur la norme applicable à la décision rendue sous l’art. 57. En effet, ils laissent entendre que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique mais, considérant que la décision du Commissaire est déraisonnable, ils ne jugent pas opportun de poursuivre leur démarche. Je ne crois pas nécessaire de reprendre en entier l’analyse de mes confrères. J’ajouterai seulement quelques observations utiles pour déterminer la norme de contrôle applicable à une décision rendue en vertu de l’art. 57, et quelques commentaires sur certaines parties de leur analyse. Je reprends brièvement quelques éléments de l’approche pragmatique et fonctionnelle — la nature de la décision touchée, la présence d’une clause privative et l’expertise du tribunal — qui permettent de déterminer l’intention du législateur (*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048).

4

I believe that my colleagues minimize the impact of the privative clause in the *Access Act*. They are of the view that it is a partial private clause since it provides for an appeal on any question of law or jurisdiction. In my view, this is a special privative clause specific to the Commission d’accès à l’information and drafted so as to limit the scope of the superior courts’ intervention:

Je crois que mes collègues minimisent l’impact de la clause privative contenue dans la *Loi sur l’accès*. Ils considèrent qu’elle est une clause privative partielle puisqu’elle prévoit un appel sur une question de droit et de compétence. À mon avis, il s’agit d’une clause privative particulière adaptée à la Commission d’accès à l’information et rédigée de manière à circonscrire la portée de l’intervention des cours supérieures :

114. No extraordinary recourse provided for in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) may be exercised nor any injunction granted against the Commission or any of its members acting in their official capacity.

114. Aucun des recours extraordinaires prévus par les articles 834 à 850 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé, ni aucune injonction accordée contre la Commission ou un de ses membres agissant en sa qualité officielle.

Two judges of the Court of Appeal may, on a motion, summarily annul any writ, order or injunction issued or granted contrary to this Act in relation to a document.

Deux juges de la Cour d’appel peuvent, sur requête, annuler sommairement tout bref délivré et toute ordonnance ou injonction prononcée à l’encontre de la présente loi relativement à un document.

122. The object of the Commission is to hear, to the exclusion of every other court, the requests for review made under this Act.

122. La Commission a pour fonction d’entendre, à l’exclusion de tout autre tribunal, les demandes de révision faites en vertu de la présente loi.

The Commission shall also exercise the functions conferred on it under the Act respecting the protection of personal information in the private sector (chapter P-39.1).

La Commission exerce également les fonctions qui lui sont attribuées par la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (chapitre P-39.1).

146. Every decision of the Commission on a question of fact within its competence is final.

146. Une décision de la Commission sur une question de fait de sa compétence est finale et sans appel.

147. A person directly interested may bring an appeal from a decision of the Commission before a judge of the Court of Québec on any question of law or jurisdiction.

In no case may an appeal be brought except with leave of a judge of the Court of Québec. The judge shall grant leave if in his opinion the question ought to be examined in appeal.

154. The decision of the judge of the Court of Québec is final. [Emphasis added.]

The legislature has provided for the possibility of an appeal to the Court of Québec on a question of law and jurisdiction, and that possibility suggests that this is a partial privative clause that necessitates less deference, as this Court stated in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17:

A “full” or “true” privative clause is one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded. See *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 332, and *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 590. [Emphasis added.]

However, the appeal provided for in the *Access Act* is limited to questions of law or jurisdiction, and leave for the appeal must be given by a judge of the Court of Québec. The right of appeal is therefore limited. The decision of the Court of Québec is the final step in the decision-making process, since no appeal lies from it. The legislature has created a closed circuit between the Commission and the Court of Québec. Section 114 of the *Access Act* precludes any opportunity to rely on arts. 834 to 850 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which provide for extraordinary remedies. When the Act uses words that purport to limit review, it is up to the courts to determine whether the words used have full privative effect, or whether they create a lesser standard of deference (see *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, *supra*, at para. 17; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 264). The

147. Une personne directement intéressée peut interjeter appel d'une décision de la Commission devant un juge de la Cour du Québec sur toute question de droit ou de compétence.

L'appel ne peut être interjeté qu'avec la permission d'un juge de la Cour du Québec. Le juge accorde la permission s'il est d'avis qu'il s'agit d'une question qui devrait être examinée en appel.

154. La décision du juge de la Cour du Québec est sans appel. [Je souligne.]

Il est vrai que le législateur a prévu la possibilité de faire appel devant la Cour du Québec sur une question de droit et de compétence et que cette possibilité tend à indiquer qu'il s'agit d'une clause privative partielle exigeant moins de retenue, comme l'énonce notre Cour dans l'arrêt *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17 :

Une clause privative « intégrale » ou « véritable » est celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas. Voir *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 332, et *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la p. 590. [Je souligne.]

Toutefois, l'appel prévu dans la *Loi sur l'accès* se limite aux questions de droit ou de compétence et doit d'abord être autorisé par un juge de la Cour du Québec. La portée du droit d'appel est donc limitée. La décision de la Cour du Québec est la dernière étape du processus décisionnel puisqu'elle est sans appel. Le législateur a prévu un circuit fermé entre la Commission et la Cour du Québec. L'article 114 de la *Loi sur l'accès* exclut toute possibilité d'invoquer les art. 834 à 850 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, prévoyant les recours extraordinaires. Quand la loi utilise des mots qui visent à limiter le contrôle, il appartient aux cours de déterminer si les mots utilisés ont un effet privatif intégral ou s'ils entraînent une norme de déférence moins élevée (voir *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, par. 17; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S.

privative clause must be analysed having regard to all the relevant provisions, and the true intention of the legislature is to be found in those provisions as a whole. There can be no doubt that the provisions in issue here, when taken as a whole, demonstrate the legislature's intention of limiting intervention by the superior courts. In my opinion, the presence of a clause of this nature calls for deference to the decisions of the Commission.

230, p. 264). L'analyse de la clause privative doit se faire à la lumière de toutes les dispositions pertinentes et c'est l'ensemble de ces dispositions qui permet de trouver l'intention réelle du législateur. Il ne peut faire de doute que les dispositions sous étude, prises dans leur ensemble, démontrent l'intention du législateur de limiter l'intervention des cours supérieures. À mon avis, la présence d'une telle clause incite à faire preuve de déférence envers les décisions de la Commission.

6 Moreover, unlike my colleagues, I do not believe that the Commissioner's decision under s. 57 is a pure question of law. The question that must be answered under that section involves elements of fact and law. It requires that the specific facts of the case be analysed, and in that respect it is in the nature of a question of fact. In addition, the Commissioner must interpret the enactment, and specifically how it applies to Members and their staff. That aspect of the analysis involves a question of law. As Bastarache and LeBel JJ. observe, a question of mixed law and fact calls for a certain degree of deference.

Par ailleurs, contrairement à mes collègues, je ne crois pas que la décision du Commissaire en vertu de l'art. 57 est une question de droit pur. La question posée en vertu de cet article comporte des éléments de fait et de droit. Elle nécessite l'analyse des faits particuliers de l'espèce et, à cet égard, elle se rapproche d'une question de fait. Par ailleurs, le Commissaire doit interpréter la disposition, notamment son application aux députés et à leur personnel. Cet élément d'analyse comporte une question de droit. Comme le mentionnent les juges Bastarache et LeBel, une question mixte de droit et de fait invite à une certaine retenue.

7 Finally, the Commission d'accès à l'information has relative expertise in respect of protecting privacy and promoting access to information held by a public body. That expertise is apparent from the powers conferred on the Commissioner to achieve the objectives of the Act, and from the Commission's exclusive power to hear requests for review made under the *Access Act* (s. 122). Sections 124 to 133 give the Commission broad powers to enable it to carry out its investigations. For example, the Commission has the power to prescribe conditions applicable to a personal information file (s. 124), to conduct investigations on its own initiative or when a complaint is filed (s. 127), to make appropriate recommendations, and to submit a special report to the National Assembly (s. 133). The Commission also takes part in policy making. In s. 123, para. 3, the legislature has provided that it is the Commission's function to give its opinion on the draft regulations submitted to it under the Act, on draft agreements on the transfer of information and on draft orders authorizing the establishment of confidential files. Plainly, the

Enfin, la Commission d'accès à l'information jouit d'une expertise relative en matière de protection de la vie privée et de promotion de l'accès aux renseignements détenus par un organisme public. Cette expertise ressort des pouvoirs confiés au Commissaire pour atteindre les objectifs de la loi et du pouvoir exclusif de la Commission d'entendre les demandes de révision faites en vertu de la *Loi sur l'accès* (art. 122). Les articles 124 à 133 donnent de larges pouvoirs à la Commission afin de lui permettre de mener à bien ses enquêtes. Par exemple, la Commission a le pouvoir de prescrire des conditions applicables à un fichier de renseignements personnels (art. 124), de mener des enquêtes de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte déposée (art. 127), de faire des recommandations appropriées et de déposer un rapport spécial à l'Assemblée nationale (art. 133). La Commission participe également à l'élaboration de politiques. Le législateur a prévu à l'art. 123, par. 3^o que la Commission a pour fonction de donner son avis sur les projets de règlement qui lui sont soumis en vertu de la loi, sur les projets d'entente de transfert de renseignements, de même

legislature treats the Commission as being expert in certain matters.

Unlike the federal *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, the Quebec legislature has provided for an exclusive review by the Quebec Commission d'accès à l'information, a separate body, as Evans J.A. of the Federal Court of Appeal quite accurately observed in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254, at para. 30:

Counsel argued that the Judge had erred by relying for her conclusion almost exclusively on *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.). I had held in that case (at paragraphs 12-13) that correctness was the applicable standard of review because, unlike the situation under many provincial access to information statutes, the administrative action typically reviewed in the federal scheme is the refusal of a head of a government institution to disclose a document, not of the Information Commissioner, an officer of Parliament who is independent of the Executive. Heads of government institutions are not disinterested in the interpretation and application of the *Access to Information Act* and are likely to have an institutional predisposition towards restricting the public right of access and construing the exemptions broadly. [Emphasis added.]

The Quebec Commission d'accès à l'information has no special interest in the decision it must make, and so it is able to play its role independently. By virtue of the fact that it is always interpreting the same Act, and that it does so on a regular basis, the Quebec Commissioner develops general expertise in the field of access to information. That general expertise on the part of the Commission invites this Court to demonstrate a degree of deference.

In other words, having regard to the nature of the decision made under s. 57, the presence of the privative clause and the relative expertise of the Commission, I am of the opinion that the legislature intended to rely on the Commission to interpret s. 57 and to identify the documents that are covered

que sur les projets de décrets autorisant l'établissement de fichiers confidentiels. Le législateur traite donc la Commission comme experte sur certaines questions.

Contrairement à la loi fédérale sur l'accès à l'information, le législateur québécois a prévu une procédure de révision exclusive auprès de la Commission d'accès à l'information du Québec, organisme distinct, comme le remarque très justement le juge Evans de la Cour d'appel fédérale dans la décision *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254, par. 30 :

L'avocat a soutenu que le juge avait commis une erreur en appuyant sa conclusion presque exclusivement sur la décision *Conseil canadien des oeuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.). J'ai statué dans cette affaire (aux paragraphes 12 et 13) que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte parce que, contrairement à ce qui se produit dans le cas de nombreuses lois provinciales sur l'accès à l'information, l'acte administratif habituellement contrôlé dans le cadre fédéral est le refus d'un responsable d'une institution fédérale de communiquer un document et non celui du Commissaire à l'information, un haut fonctionnaire du Parlement, indépendant du pouvoir exécutif. Les responsables des institutions fédérales ne sont pas neutres dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* et ils sont susceptibles d'avoir un parti-pris institutionnel les incitant à restreindre le droit d'accès du public et à interpréter libéralement les exceptions. [Je souligne.]

La Commission d'accès à l'information du Québec n'a aucun intérêt particulier dans la décision qu'elle doit prendre, ce qui lui permet de jouer son rôle de façon indépendante. En interprétant toujours la même loi et en le faisant régulièrement, le Commissaire québécois développe une expertise générale dans le domaine de l'accès à l'information. Cette expertise générale de la Commission invite notre Cour à faire preuve d'une certaine retenue.

Bref, considérant la nature de la décision rendue en vertu de l'art. 57, la présence de la clause privative et l'expertise relative de la Commission, je suis d'avis que le législateur a voulu s'en remettre à la Commission pour l'interprétation de l'art. 57 et l'identification des documents qu'il vise sous la

by that section, subject only to a right of appeal, with leave, to the Court of Québec on a question of law and jurisdiction, to the exclusion of any other remedy. It would be unjustified to place the standard of judicial review at either end of the scale. Like the Court of Appeal, I am of the opinion that the standard that must be applied is the reasonableness standard.

2. *Analysis of the Commissioner's Decision Under Section 34 of the Access Act*

10

The document requested was described by Gilles Dumont, a computer and administrative systems analyst in the National Assembly's financial resources management branch, as a document prepared for each Member describing the total payroll available to the Member, and the Member's expenses incurred in employing full-time or casual staff and for paying for professional services. Those moneys are provided under the rules set out in the *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels*, National Assembly, Règles administratives du Bureau, Decision No. 092, May 16, 1984 (updated November 1, 1990). In other words, the document tells the Member what he or she has spent to date.

11

The parties agree that the document entitled "Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale" is not a "document from the office of a member of the National Assembly". The only question to be answered is whether the Commissioner's finding that the document requested by the appellant is a document produced for a Member by the services of the National Assembly is reasonable:

34. No person may have access to a document from the office of a member of the National Assembly or a document produced for that member by the services of the Assembly, unless the member deems it expedient.

The same applies to a document from the office of the President of the Assembly or of a member of the Assembly contemplated in the first paragraph of

seule réserve d'un droit d'appel sur permission à la Cour du Québec sur une question de droit et de compétence, à l'exclusion de tout autre recours. Il serait injustifié de situer la norme de révision judiciaire à l'une ou l'autre des extrêmes de l'échelle. En accord avec la Cour d'appel, je suis d'avis que la norme qui s'impose est celle de la décision raisonnable.

2. *Analyse de la décision du Commissaire en vertu de l'art. 34 de la Loi sur l'accès*

Le document demandé a été présenté par M. Gilles Dumont, analyste en procédés informatiques et en procédés administratifs à la Direction de la gestion des ressources financières de l'Assemblée nationale, comme étant un document préparé pour chaque député décrivant la masse salariale dont il dispose et ses dépenses faites pour engager du personnel régulier ou occasionnel et pour le paiement de services professionnels. Ces montants sont octroyés selon les règles prévues au *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels*, Assemblée nationale, Règles administratives du Bureau, décision n° 092, 16 mai 1984 (mise à jour 1^{er} novembre 1990). En somme, le document permet de connaître l'état des dépenses déjà engagées par ce député.

Les parties conviennent que le document intitulé « Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale », n'est pas un « document du bureau d'un membre de l'Assemblée nationale ». La seule question à résoudre est de savoir si la conclusion du Commissaire voulant que le document demandé par l'appelant en est un produit pour le compte d'un député par les services de l'Assemblée nationale est raisonnable :

34. Un document du bureau d'un membre de l'Assemblée nationale ou un document produit pour le compte de ce membre par les services de l'Assemblée n'est pas accessible à moins que le membre ne le juge opportun.

Il en est de même d'un document du cabinet du président de l'Assemblée, d'un membre de celle-ci visé dans le premier alinéa de l'article 124.1 de la Loi sur

section 124.1 of the Act respecting the National Assembly (chapter A-23.1) or a minister contemplated in section 11.5 of the Executive Power Act (chapter E-18), and to a document from the office staff or office of a member of a municipal or school body. [Emphasis added.]

My colleagues say that Commissioner Comeau did not take the purpose of the *Access Act* into consideration in interpreting s. 34. They believe that the Commissioner committed an error that made his decision unreasonable by failing to consider the “fundamental principle that access may be had to government information” set out in s. 9 (par. 62). If he had taken that objective into consideration, he would have interpreted s. 34 narrowly, by limiting the scope of that section to documents that relate to Members’ decision-making process. As my colleagues consider that he did not take the proper analytical approach, they find that the decision was unreasonable. With respect, I am not of that opinion.

Access to information legislation usually has two major themes: the right to information and the right to privacy. The Quebec statute, unlike other provincial statutes and the federal statute, also makes Members of the legislature subject to access to information to a certain extent. Section 34 does this in respect of documents from the office of a Member of the National Assembly and documents produced for that Member by the services of the Assembly, provided that the Member consents. This is a separate set of rules, parallel to the general procedure for requesting access set out in s. 9. Before s. 34 came into force, Members were subject only to political oversight in this respect, and the public did not otherwise have access to these documents.

The *Access Act* therefore applies to Members’ documents within certain limits. The purpose of s. 34 is twofold: to provide access to certain documents of Members, and to limit that right.

This limited right of access demonstrates the legislature’s intention of protecting the free exercise of the parliamentary function from inappropriate and arbitrary pressure, by giving the Member responsibility for the decision not to disclose, in relation both

l’Assemblée nationale (chapitre A-23.1) ou d’un ministre visé dans l’article 11.5 de la Loi sur l’exécutif (chapitre E-18), ainsi que d’un document du cabinet ou du bureau d’un membre d’un organisme municipal ou scolaire. [Je souligne.]

Mes collègues affirment que le Commissaire Comeau n’a pas tenu compte de l’objet de la *Loi sur l’accès* dans son interprétation de l’art. 34. Ils croient que le Commissaire a commis une erreur rendant sa décision déraisonnable en ne considérant pas le « principe fondamental du droit d’accès à l’information gouvernementale » (par. 62), prévu à l’art. 9. S’il avait tenu compte de cet objectif, il aurait fait une interprétation restrictive de l’art. 34 en limitant la portée de cet article aux seuls documents liés au processus décisionnel des députés. Considérant qu’il n’a pas suivi la bonne démarche d’analyse, mes collègues concluent que la décision est déraisonnable. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Les lois sur l’accès à l’information s’articulent habituellement autour de deux thèmes principaux : le droit à l’information et la protection de la vie privée. La loi québécoise, contrairement aux autres lois provinciales et à la loi fédérale, assujettit aussi dans une certaine mesure les députés à l’accès à l’information. En effet, l’art. 34 y assujettit les documents du bureau d’un membre de l’Assemblée nationale et les documents produits pour le compte de ce membre par les services de l’Assemblée à condition que le député y consente. Il s’agit d’un régime distinct parallèle à la procédure générale de demande d’accès prévue à l’art. 9. Avant l’entrée en vigueur de l’art. 34, les députés n’étaient soumis à ce sujet qu’à un contrôle politique, et le public n’avait pas autrement accès à de tels documents.

La *Loi sur l’accès* s’applique donc de manière circonscrite aux documents des députés. L’article 34 a un double objet : donner accès à certains documents des députés et limiter ce droit.

Ce droit d’accès restreint démontre l’intention du législateur de protéger le libre exercice de la fonction parlementaire contre les pressions intempestives et arbitraires en attribuant au député la responsabilité de la non-divulgence et ceci vis-à-vis de

12

13

14

15

to the National Assembly and to the public, and by defining a sphere of confidentiality in the Member's work. The legislature has made a choice, by distinguishing what is open to public access without restriction from what is subject to the consent of the Member. Section 43 of the *Act Respecting the National Assembly*, R.S.Q., c. A-23.1, demonstrates the importance placed by the legislature on its Members' independence:

43. Every Member is vested with full independence for the carrying out of his duties. [Emphasis added.]

The *Access Act* protects and reconciles two fundamental principles of our democracy: access to information and the independence of Members. The legislature has done this by limiting the scope of each of those. The two rights must be considered together, without elevating one over the other, unless otherwise indicated in the Act, and the intention of the legislature in this regard must be respected.

16 There is nothing unreasonable in the Commissioner's interpretation. The wording of s. 34 makes no distinction between documents that are purely administrative and documents that are associated with the decision-making process. That section requires that a person seeking access obtain the consent of the Member concerned for all of the documents covered by the section. It is written in precise terms: it is concerned only with whether the document is from the office of a Member of the National Assembly or was produced for that Member by the services of the National Assembly. The *Access Act* applies to those documents, but only on the conditions stated.

17 My colleagues rely, *inter alia*, on the wording of the heading of subdivision 5 of the *Access Act*, "Information affecting administrative or political decisions", to distinguish between the functions of a Member that are, properly speaking, legislative or decision-making in nature, and the other secondary activities that a Member may perform. In my opinion, it is reasonable to place more weight on the words of the provision than on the heading of that subdivision. As Forget J.A. of the Quebec Court of Appeal said ([2000] R.J.Q. 1674, at para. 46), before interpreting a statute and looking to

l'Assemblée nationale et du public, et en lui aménageant une sphère de confidentialité dans son travail. Le législateur a fait un choix en distinguant ce qui est ouvert à l'accès du public sans restriction et ce qui est assujéti au consentement du député. L'article 43 de la *Loi sur l'Assemblée nationale*, L.R.Q., ch. A-23.1, démontre l'importance que le législateur accorde à l'indépendance des députés :

43. Un député jouit d'une entière indépendance dans l'exercice de ses fonctions. [Je souligne.]

La *Loi sur l'accès* protège et concilie deux principes fondamentaux de notre démocratie : l'accès à l'information et l'indépendance des députés. Le législateur le fait en limitant la portée de chacun. Il faut considérer ces deux droits en corrélation sans donner préséance à l'un sur l'autre, à moins d'indication contraire dans la loi, et respecter la volonté du législateur à cet égard.

Il n'y a rien de déraisonnable dans l'interprétation du Commissaire. Le libellé de l'art. 34 ne fait pas de distinction entre les documents purement administratifs et les autres liés au processus décisionnel. Cet article oblige le demandeur d'accès d'obtenir le consentement du député concerné pour tous les documents visés par l'article. Son libellé est précis : il exige seulement de déterminer s'il s'agit d'un document du bureau d'un membre de l'Assemblée nationale ou d'un document produit pour le compte de ce membre par les services de l'Assemblée nationale. La *Loi sur l'accès* s'applique à eux, mais uniquement dans les conditions prévues.

Mes collègues s'appuient entre autres sur le libellé de l'en-tête de la sous-section 5 de la *Loi sur l'accès* « Renseignements ayant des incidences sur les décisions administratives ou politiques » pour faire une distinction entre les fonctions proprement législatives ou décisionnelles d'un député et les autres activités accessoires qu'il peut exercer. À mon avis, il est raisonnable d'accorder plus de poids au libellé de la disposition qu'à l'en-tête de cette sous-section. Comme le mentionne le juge Forget de la Cour d'appel du Québec ([2000] R.J.Q. 1674, par. 46), avant d'interpréter une loi et d'avoir recours à

secondary sources, we must first examine the text of the statute:

[TRANSLATION] [B]efore looking for the intention of the legislature having regard solely to the principles underlying the Act, we must consider the text, since it is through the text that the legislature has spoken.

It is true that exceptions to disclosure have generally been narrowly construed (see Y. Duplessis and J. Héту, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* (loose-leaf), vol. 2, c. II, at p. 45 001; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53) and I did say in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 18, that "when the legislature makes a general rule and lists certain exceptions, the latter must be regarded as exhaustive and so strictly construed". However, that rule of interpretation applies only where the Act needs to be construed. As McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal said in applying the *Access to Information Act*, the Act must not be interpreted where no purpose is served by doing so (*Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430, at para. 24):

It is important to emphasize that this does not mean that the Court is to redraft the exemptions found in the Act in order to create more narrow exemptions. A court must always work within the language it has been given. If the meaning is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it. [Emphasis added.]

It was reasonable for the Commissioner not to limit the exception in s. 34 to functions associated with Members' legislative activities, having regard to, *inter alia*, the clear wording of the provision, the need to reconcile the two fundamental rights provided in the *Access Act* and the different treatment that the legislature provided for Members' documents. The only question that the Commissioner had to ask was whether the document "Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale" had been produced for a Member. What we

des sources secondaires, il faut d'abord s'intéresser au texte de la loi :

[A]vant de rechercher l'intention du législateur à la seule lumière des principes qui sous-tendent la loi, il faut s'arrêter au texte, puisque c'est par celui-ci que le législateur s'exprime.

Il est vrai que les exceptions à la divulgation ont généralement été interprétées de manière limitative (voir Y. Duplessis et J. Héту, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* (feuilles mobiles), vol. 2, ch. II, p. 45 001; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53) et que j'ai dit dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 18, que « lorsque le législateur prévoit une règle générale et énumère certaines exceptions, ces dernières doivent être considérées comme exhaustives et dès lors interprétées de façon stricte ». Toutefois, cette règle d'interprétation n'est valable que dans la mesure où il y a nécessité d'interpréter la loi. Comme le dit le juge McDonald de la Cour d'appel fédérale dans son application de la *Loi sur l'accès à l'information*, il ne faut pas interpréter la loi inutilement (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430, par. 24) :

Il importe de souligner que cela ne signifie pas que la Cour doit remanier les exceptions prévues par la Loi afin de créer des exceptions plus limitées. Un tribunal doit toujours travailler avec le libellé qui lui a été soumis. Si le sens est manifeste, il n'appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal de le modifier. [Je souligne.]

Il était raisonnable pour le Commissaire de ne pas limiter l'exception de l'art. 34 aux fonctions liées aux activités législatives des députés considérant entre autres le libellé clair de la disposition, la nécessité de concilier les deux droits fondamentaux prévus dans la *Loi sur l'accès* et le traitement distinct prévu par le législateur pour les documents des députés. La seule question que le Commissaire avait à se poser était de déterminer si le document « Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale » avait été produit pour le

must now do is analyse the application of that section to the specific case.

20

Before hiring staff, a Member must first fill out the appropriate form for financial control by the National Assembly's accounting department. The employee assigned to that task must ensure that the total payroll available to the Member of the National Assembly has not been exhausted. The document is prepared using the information provided by the Member, and each month it is sent to the Member. It is treated as confidential by the National Assembly's accounting department and only a few people have access to it. A document is prepared for each Member, and each Member receives the document that relates to him or her personally. Members therefore do not receive all of the documents; they receive only the document that relates to their own expenses. The document that the appellant is trying to obtain is the document that is a compilation of the documents given to the Members individually.

21

The document enables the Member to ensure that the Member does not exceed his or her budget in hiring staff. The Member has complete discretion to choose his or her employees, as s. 43 of the *Act Respecting the National Assembly*, and an analysis of the relevant sections of the *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels*, suggest:

[TRANSLATION]

2. The Member shall hire the necessary staff to assist the Member in the performance of the Member's functions, and shall appoint the staff and determine their status.

3. A Member's staff is composed of advisers, political attachés or support employees. The Member shall determine their duties and responsibilities.

An adviser or political attaché shall perform the professional duties assigned to him or her, which include the functions of press officer, researcher, liaison officer or constituency secretary.

A support employee is responsible for performing administrative support duties.

4. A member of a Member's staff shall be appointed in writing. The appointment document shall state the staff

compte d'un député. Il nous reste maintenant à analyser l'application de cet article au cas particulier.

Avant d'engager du personnel, le député doit d'abord remplir le formulaire approprié pour un contrôle financier par le service de la comptabilité de l'Assemblée nationale. Le fonctionnaire affecté à cette tâche doit s'assurer que la masse salariale à la disposition du membre de l'Assemblée nationale n'est pas épuisée. Le document est constitué à partir des renseignements fournis par le député et, chaque mois, il est envoyé au député. Il est traité confidentiellement par le service de la comptabilité de l'Assemblée nationale et seules quelques personnes y ont accès. Un document est préparé pour chaque député et chacun reçoit celui qui le vise personnellement. Les députés ne reçoivent donc pas l'ensemble des documents, mais seulement celui se rapportant à leurs propres dépenses. Le document que cherche à obtenir l'appelant est celui qui rassemble les documents remis individuellement aux députés.

Le document permet au député de s'assurer qu'il ne dépasse pas son budget dans l'embauche du personnel. Le député jouit d'une discrétion complète dans le choix de ses employés comme le suggère l'art. 43 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* et l'analyse des articles pertinents du *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels* :

2. Le député engage le personnel nécessaire pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions, procède à leur nomination et détermine leur statut.

3. Le personnel d'un député se compose de conseillers, d'attachés politiques ou d'employés de soutien. Le député détermine leurs attributions et responsabilités.

Le conseiller ou l'attaché politique s'acquitte des tâches à caractère professionnel qui lui sont confiées et qui sont notamment des fonctions d'attaché de presse, de chercheur, d'agent de liaison ou de secrétaire de comté.

L'employé de soutien est chargé de remplir les tâches de soutien administratif.

4. La nomination d'un membre du personnel d'un député doit être faite par écrit. L'acte de nomination doit

member's home base: one of the buildings occupied by the National Assembly or the Member's constituency office.

7. In addition to a Member's full-time staff, the Member may hire other persons on a contractual basis.

The remuneration and conditions of employment of such persons shall be as provided in their contract of employment. However, their remuneration must be consistent with the provisions for the remuneration of full-time employees.

61. A Member who retains the professional services of a corporation or partnership to handle a specific matter shall be entitled to payment of the fees incurred by the Member.

The Member may also provide for reimbursement of travel expenses at the rates specified in the contract, which may not exceed the rate provided for by Conseil du trésor directive 7-74.

62. Payment shall be made to the corporation or partnership upon presentation by the Member of the contract and vouchers.

63. The expenses shall be paid out of the payroll and the additional payroll, if any. [Emphasis added.]

On October 1, 1992, a Member's total payroll for staff remuneration was \$101,200 per year (s. 12 of the Regulations). Although a Member has full discretion in hiring staff, he or she must still comply with certain rules with respect to the maximum salary that may be paid to the persons hired by the Member (ss. 16 to 20 of the Regulations). The document in issue is essential for Members in that it enables them not to exceed the total amount allocated and to make an informed choice when selecting candidates. A Member must be familiar with the figures for his or her expenses in order to be able to adjust the decision as to what candidates are sought to the financial constraints to which he or she is subject. The staff that are hired may be a determining factor in a Member's success, and the hiring process is part of the important duties of a Member.

In my opinion, even though the National Assembly's financial resources management branch also verifies, using the documents that are the subject of this case, that the Member's total payroll has not been exceeded, it was reasonable for

mentionner le port d'attache de ce membre soit l'un des édifices occupés par l'Assemblée nationale, soit le bureau de la circonscription électorale du député.

7. En outre de son personnel régulier, le député peut engager d'autres personnes sur une base contractuelle.

La rémunération et les conditions de travail de ces personnes sont celles prévues à leur contrat de travail. Toutefois, cette rémunération doit être conforme à celle prévue pour le personnel régulier.

61. Le député qui retient les services professionnels d'une corporation ou d'une société pour l'exécution d'un dossier particulier a droit au paiement des frais qu'il a engagés.

Il peut aussi prévoir le remboursement de frais de déplacement au taux fixé dans le contrat sans toutefois dépasser le taux prévu par la directive 7-74 du Conseil du trésor.

62. Le paiement est effectué à la corporation ou la société sur présentation du contrat et des pièces justificatives par le député.

63. Les frais sont payés sur la masse salariale et la masse salariale additionnelle, le cas échéant. [Je souligne.]

Le 1^{er} octobre 1992, la masse salariale consacrée à la rémunération du personnel d'un député était de 101 200 \$ par an (art. 12 du règlement). Même si le député a toute discrétion dans le choix du personnel qu'il embauche, il doit cependant respecter certaines règles quant au traitement maximum qui peut être accordé aux personnes qu'il engage (art. 16 à 20 du règlement). Le document en litige est essentiel aux députés en ce qu'il leur permet de ne pas dépasser le montant des sommes allouées et de faire un choix éclairé dans la sélection des candidats. Un député doit connaître l'état de ses dépenses pour être en mesure d'ajuster le choix des candidats recherchés aux réalités monétaires qui lui sont imposées. L'embauche du personnel peut être un facteur déterminant dans le succès d'un député et l'exercice d'embauche fait partie des tâches importantes de celui-ci.

À mon avis, même si la Direction de la gestion des ressources financières de l'Assemblée nationale s'assure aussi, à l'aide des documents faisant l'objet du litige, que le député ne dépasse pas sa masse salariale, il était raisonnable pour le Commissaire

the Commissioner to believe that [TRANSLATION] “[t]his does not in any way alter the fact that the documents are produced for the Member, that they are treated as confidential by the few members of the staff of the Assembly who have access to them in the course of their duties, and that the Member has complete discretion in choosing his staff and the contracts for professional services that he enters into” ([1995] C.A.I. 222, at p. 227). The document, which is provided directly to the Member, is produced for the Member so that the Member may keep his or her own books and know what his or her own financial margin of manoeuvre is. It is irrelevant that the document may also be used by the services of the National Assembly, or even belong to it. The conditions in s. 34 have been met: the document was produced “for” a member by the services of the National Assembly, and this makes it exempt from access, unless the Member consents. The Commissioner’s decision not to disclose is therefore based on reasonable grounds that can stand up to a somewhat probing examination (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56).

3. *Analysis of the Commissioner’s Decision Under Section 57 of the Access Act*

24

The Member for D’Arcy McGee agreed to allow access to the document relating to him that is the subject of the request in this appeal, exercising the discretion given to him by s. 34 of the *Access Act*. The provisions relating to the confidential nature of nominative information, ss. 53, 54, 55 and 57, apply since they cannot be overridden by the consent given by the Member. If we read the document requested, we find that it contains the names and salaries of the persons who were hired or given contracts of employment. Was it reasonable for the Commissioner to find that this was nominative information within the meaning of the Act? The appellant argues that s. 57 of the *Access Act* makes the information in question public: he contends that Members of the National Assembly must necessarily be classed as public bodies for the purposes of the *Access Act* and that persons hired by Members should be classed as members of the staff of a public body, and that this would make the nominative

de penser que « [c]eci n’enlève rien au fait que les documents sont produits pour le compte du député, qu’ils sont traités confidentiellement par les quelques membres du personnel de l’Assemblée qui y ont accès dans le cadre de l’exercice de leurs fonctions et que le député jouit d’une entière discrétion dans le choix de son personnel et des contrats de services professionnels qu’il conclut » ([1995] C.A.I. 222, p. 227). Le document, remis directement au député, est produit pour son compte afin qu’il puisse tenir sa comptabilité et connaître sa marge de manoeuvre financière. Il importe peu que ce document serve aussi aux services de l’Assemblée nationale ou même lui appartienne. Les conditions de l’art. 34 sont remplies : le document a été produit « pour le compte » d’un député par les services de l’Assemblée nationale, ce qui le rend inaccessible, sauf si le député y consent. La décision du Commissaire de ne pas divulguer est donc basée sur des motifs raisonnables capables de résister à un examen assez poussé (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56).

3. *Analyse de la décision du Commissaire en vertu de l’art. 57 de la Loi sur l’accès*

Le député de D’Arcy McGee a accepté de rendre accessible le document le concernant et faisant l’objet de la présente demande, conformément à la discrétion qui lui est conférée par l’art. 34 de la *Loi sur l’accès*. Les dispositions ayant trait au caractère confidentiel des renseignements nominatifs, soit les art. 53, 54, 55 et 57, trouvent application puisque le consentement du député ne saurait les écarter. À la lecture du document demandé, on constate qu’il contient le nom et le traitement des personnes engagées ou ayant obtenu des contrats de travail. Était-il raisonnable pour le Commissaire de conclure que ces renseignements sont nominatifs au sens de la loi? L’appelant prétend que l’art. 57 de la *Loi sur l’accès* confère aux renseignements visés un caractère public. En effet, il avance que les députés sont nécessairement assimilés à des organismes publics aux fins d’application de la *Loi sur l’accès* et que les personnes engagées par eux devraient être assimilées aux membres du personnel d’un organisme

information public, as provided in s. 57, paras. 2 and 3. The relevant sections read as follows:

53. Nominative information is confidential, except in the following cases:

(1) where its disclosure is authorized by the person concerned by the information; in the case of a minor, the authorization may also be given by the person having parental authority;

(2) where it relates to information obtained in the performance of an adjudicative function by a public body performing quasi-judicial functions; the information remains confidential, however, if the body obtained it when holding a sitting *in camera* or if the information is contemplated by an order not to disclose, publish or distribute.

54. In any document, information concerning a natural person which allows the person to be identified is nominative information.

55. Personal information which, by law, is public is not nominative information.

57. The following is public information:

. . . .

(2) the name, title, duties, address and telephone number at work and classification, including the salary scale attached to the classification, of a member of the personnel of a public body;

(3) information concerning a person as a party to a service contract entered into with a public body, and the terms and conditions of the contract;

. . . .

Moreover, in no case may the information contemplated in subparagraph 2 of the first paragraph result in the disclosure of the salary of a member of the personnel of a public body. [Emphasis added.]

The Commissioner concluded that Members are not public bodies within the meaning of the *Access Act*, basing his decision primarily on *Québec (Assemblée nationale) v. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427 (C.Q.), from which he quoted the following passage, at p. 431:

public, ce qui conférerait un caractère public aux renseignements nominatifs comme le prévoit l'art. 57, par. 2° et 3°. Les articles pertinents sont les suivants :

53. Les renseignements nominatifs sont confidentiels sauf dans les cas suivants :

1° leur divulgation est autorisée par la personne qu'ils concernent; si cette personne est mineure, l'autorisation peut également être donnée par le titulaire de l'autorité parentale;

2° ils portent sur un renseignement obtenu dans l'exercice d'une fonction d'adjudication par un organisme public exerçant des fonctions quasi judiciaires; ils demeurent cependant confidentiels si l'organisme les a obtenus alors qu'il siégeait à huis-clos ou s'ils sont visés par une ordonnance de non-divulgation, de non-publication ou de non-diffusion.

54. Dans un document, sont nominatifs les renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier.

55. Un renseignement personnel qui a un caractère public en vertu de la loi n'est pas nominatif.

57. Les renseignements suivants ont un caractère public :

. . . .

2° le nom, le titre, la fonction, l'adresse et le numéro de téléphone du lieu de travail et la classification, y compris l'échelle de traitement rattachée à cette classification, d'un membre du personnel d'un organisme public;

3° un renseignement concernant une personne en sa qualité de partie à un contrat de services conclu avec un organisme public, ainsi que les conditions de ce contrat;

. . . .

En outre, les renseignements prévus au paragraphe 2° ne peuvent avoir pour effet de révéler le traitement d'un membre du personnel d'un organisme public. [Je souligne.]

Le Commissaire conclut que les députés ne sont pas des organismes publics au sens de la *Loi sur l'accès* en basant principalement sa décision sur *Québec (Assemblée nationale) c. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427 (C.Q.), dont il invoque le passage suivant, à la p. 431 :

[TRANSLATION] In other words, a Member may be distinguished in every way from the National Assembly. The Member may not, like the National Assembly, be classed as a public body, there being no analogous wording in s. 3, para. 2. [Emphasis added.]

26

My colleagues are of the opinion that each Member is a public body. By classing the National Assembly as a public body, they say, the legislature also classed the Members of which it is made up as public bodies. In their view, if there were an absolute distinction between the National Assembly and its Members, the first paragraph of s. 34 would not be necessary. In other words, if Members are not classed as public bodies, then they fall outside the ambit of s. 34 because the *Access Act* applies only to public bodies. With respect, I do not share their opinion.

27

First, it must be noted that Members are not included in the definition of “public body” that the legislature has provided in s. 3 of the *Access Act*:

3. The Government, the Conseil exécutif, the Conseil du Trésor, the government departments and agencies, municipal and school bodies and the health services and social services institutions are public bodies.

For the purposes of this Act, the Lieutenant-Governor, the National Assembly, agencies whose members are appointed by the Assembly and every person designated by the Assembly to an office under its jurisdiction, together with the personnel under its supervision, are classed as public bodies.

The courts within the meaning of the Courts of Justice Act (chapter T-16) are not public bodies.

The courts have declined to extend that definition to entities that are not expressly referred to in that section of the Act (*Plastiques M & R inc. v. Bureau du commissaire général du travail*, [1992] C.A.I. 372 (C.Q.), and *Marchildon v. Commission d'accès à l'information*, [1987] C.A.I. 96 (Sup. Ct.)). The appellant in fact acknowledges that the decisions on this question are consistent.

28

As I said, s. 34 provides for a special procedure for Members' documents. It is reasonable to understand that Members are subject to the Act not because they are classed as a public body, but

Bref, tout distingue le député de l'Assemblée nationale. On ne peut pas l'assimiler comme elle à un organisme public, faute de texte analogue à l'article 3, alinéa 2. [Je souligne.]

Mes collègues sont d'avis que chaque député est un organisme public. Le législateur en assimilant l'Assemblée nationale à un organisme public y assimilerait également les membres qui la composent. Selon eux, s'il existait une distinction absolue entre l'Assemblée nationale et ses députés, le premier alinéa de l'art. 34 ne serait pas nécessaire. En d'autres mots, si les députés ne sont pas assimilés à des organismes publics, ils échappent à l'application de l'art. 34 car la *Loi sur l'accès* ne s'applique qu'aux organismes publics. Avec égards, je ne partage pas leur avis.

Il faut noter d'abord que les députés ne figurent pas dans la définition d'organisme public prévue par le législateur à l'art. 3 de la *Loi sur l'accès* :

3. Sont des organismes publics : le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, les organismes gouvernementaux, les organismes municipaux, les organismes scolaires et les établissements de santé ou de services sociaux.

Sont assimilés à des organismes publics, aux fins de la présente loi : le lieutenant-gouverneur, l'Assemblée nationale, un organisme dont celle-ci nomme les membres et une personne qu'elle désigne pour exercer une fonction en relevant, avec le personnel qu'elle dirige.

Les organismes publics ne comprennent pas les tribunaux au sens de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16).

Les tribunaux ont refusé d'étendre cette définition aux entités non expressément visées par cet article de la loi (*Plastiques M & R inc. c. Bureau du commissaire général du travail*, [1992] C.A.I. 372 (C.Q.), et *Marchildon c. Commission d'accès à l'information*, [1987] C.A.I. 96 (C.S.)). L'appelant reconnaît d'ailleurs la constance de la jurisprudence sur cette question.

Comme je l'ai mentionné, l'art. 34 prévoit une procédure particulière pour les documents des députés. Il est raisonnable de comprendre que ceux-ci sont assujettis à la loi non pas parce qu'ils sont

because the legislature has provided that the *Access Act* will apply to them within the limits prescribed by that Act. My colleagues' argument that if there were an absolute distinction between the National Assembly and its Members the first paragraph of s. 34 would not be necessary can therefore not be accepted. The purpose of s. 34 is twofold: to provide for access to certain documents and to make that access subject to the Member's consent.

To argue that the Members are the National Assembly, and that they cannot be distinguished from it, is to ignore completely the numerous distinctions in the *Access Act*. As Commissioner Comeau very accurately observed, referring to *Sauvé, supra*, the *Access Act* distinguishes the National Assembly, as a public body, from Members, as components of that body. For example, s. 34 makes a distinction between the National Assembly and its Members, when it says that no person may have access to a document from the office of a Member of the National Assembly or prepared for the Member without the Member's consent. As well, in the case of the National Assembly, the information referred to as public in s. 57, para. 1 where it relates to "a member . . . of a public body" can only mean a Member of the National Assembly. Lastly, the information referred to as public in para. 2 of that section where it relates to "a member of the personnel of a public body" can only mean the members of the staff of the National Assembly, who are different from the members of the staff of a Member of the National Assembly. It would therefore seem to be difficult to argue that no distinction can be made between the National Assembly and its Members.

My colleagues also argue that s. 9 of the *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels* serves no purpose if a Member is not classed as a public body. That section provides:

[TRANSLATION] Subject to the provisions relating to access to information and to the protection of personal information, a member of the staff of a Member is bound by discretion regarding matters of which he or she has knowledge in the course of his or her duties. [Emphasis added.]

assimilés à un organisme public, mais parce que le législateur a prévu que la *Loi sur l'accès* s'applique à eux dans les limites prévues par cette loi. L'argument de mes collègues selon lequel s'il existait une distinction absolue entre l'Assemblée nationale et ses députés, le premier alinéa de l'art. 34 ne saurait être nécessaire, ne peut donc être retenu. L'article 34 a deux objets : prévoir l'accès à certains documents et l'assujettir au consentement du député.

Prétendre que les députés sont l'Assemblée nationale et qu'ils ne peuvent en être différenciés c'est ignorer complètement les multiples distinctions contenues dans la *Loi sur l'accès*. Comme le remarque très justement le Commissaire Comeau en faisant référence à la décision *Sauvé*, précitée, la *Loi sur l'accès* distingue l'Assemblée nationale, comme organisme public, des députés, comme composantes de celle-ci. Par exemple, l'art. 34 fait une distinction entre l'Assemblée nationale et ses membres, puisqu'il mentionne qu'un document du bureau d'un membre de l'Assemblée nationale ou préparé pour son compte n'est pas accessible sans son consentement. De même, à l'art. 57, par. 1^o, les renseignements ayant un caractère public à l'égard « d'un membre d'un organisme public » ne visent, dans le cas de l'Assemblée nationale, que le député, membre de l'Assemblée nationale. Enfin, au par. 2^o de ce même article, les renseignements ayant un caractère public à l'égard « d'un membre du personnel d'un organisme public » ne visent que les membres du personnel de l'Assemblée nationale, qui diffèrent du personnel du député. Il semble donc difficile de prétendre qu'on ne peut faire de distinction entre l'Assemblée nationale et les députés.

Mes confrères prétendent également que l'art. 9 du *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels* est inutile si le député n'est pas assimilé à un organisme public. Cet article prévoit que :

Sous réserve des dispositions relatives à l'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels, le membre du personnel d'un député est tenu à la discrétion sur ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. [Je souligne.]

That section of the Regulations is included with two other ethical rules that the staff of a Member are required to follow. Section 8 of the Regulations imposes a duty to be loyal and bear allegiance to the government, and s. 10 governs conflicts of interest. The reference to the *Access Act* in s. 9 of the Regulations is necessary because employees of Members have access to a host of information in the performance of their duties, some of which is subject to that Act. The purpose of s. 9 is to remind employees of their duty of discretion, within the limits defined by the *Access Act*. If an employee is in possession of a document that is subject to that Act, he or she may not refuse access on the pretext that he or she has a duty of discretion.

Cet article du règlement est inséré parmi les deux autres normes d'éthique imposées au personnel d'un député. Ainsi, l'article 8 de ce même règlement prévoit l'obligation d'être loyal et de porter allégeance à l'autorité constituée et l'art. 10 réglemente les conflits d'intérêts. La référence à la *Loi sur l'accès* prévue à l'art. 9 du règlement est nécessaire puisqu'un employé d'un député a accès à une multitude de renseignements dans l'exercice de ses fonctions, dont plusieurs sont soumis à cette loi. L'article 9 a pour mission de lui rappeler son devoir de discrétion dans les limites de la *Loi sur l'accès*. S'il détient un document soumis à cette loi, il ne peut le refuser sous prétexte de son obligation de discrétion.

31 A Member, acting alone, cannot be confused with the National Assembly. No deed can be binding on the National Assembly unless it is signed by the President, by the Secretary General or by another officer, as provided by s. 123 of the *Act Respecting the National Assembly*. As well, ss. 120 and 124.2, para. 2 of the *Act Respecting the National Assembly* treat members of the staff of a Member of the National Assembly and members of the staff of the National Assembly differently. The staff of the National Assembly belong to the public service, unlike the staff of a Member. A Member is not the National Assembly, just as a member of the board of directors of a company is not the company.

Le député agissant seul ne peut pas être confondu avec l'Assemblée nationale. Aucun acte ne peut engager l'Assemblée nationale s'il n'est signé par le président, par le secrétaire général ou par un autre fonctionnaire, tel que le prévoit l'art. 123 de la *Loi sur l'Assemblée nationale*. De même, les art. 120 et 124.2, al. 2 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* traitent différemment les membres du personnel d'un député et le personnel de l'Assemblée nationale. Le personnel de l'Assemblée nationale fait partie de la fonction publique, contrairement au personnel du député. Un député n'est pas l'Assemblée nationale de même qu'un membre d'un conseil d'administration d'une compagnie n'est pas la compagnie.

32 When the Commissioner based his decision on *Sauvé*, which refers to the numerous distinctions that the legislature has made between the National Assembly and the Members who make it up, and relied on the definition in s. 3 of the *Access Act*, he construed the meaning of s. 57 reasonably. Convincing argument is needed if it is to be suggested that the identity of a member who makes up a body is the same as that of the body. In this case, there is nothing to support changing the definition provided in s. 3.

Le Commissaire, en basant sa décision sur l'affaire *Sauvé* qui fait référence aux multiples distinctions prévues par le législateur entre l'Assemblée nationale et les membres qui la composent et en s'appuyant sur la définition de l'art. 3 de la *Loi sur l'accès*, a interprété raisonnablement la portée de l'art. 57. Pour soutenir que le membre qui compose un organisme a la même identité que l'organisme, il faut des arguments convaincants. En l'espèce, rien ne milite en faveur de modifier la définition donnée à l'art. 3.

33 As well, I would note that even if we agreed that each Member is a public body, the very large majority of the information in the document requested should be exempted from disclosure. Section 57, para. 2 provides that the "salary scale" attached to

D'ailleurs, je note que même si on acceptait que chaque député est un organisme public, la très grande majorité des informations contenues dans le document demandé devraient être retranchées de la divulgation. En effet, l'art. 57, par. 2^o prévoit qu'est

the classification of a member of the personnel of a public body is public. The document in question contains the salary paid, not the salary scale. Section 57, para. 3 applies only to a service contract, that is, a contract for services, and the very large majority of contracts referred to in the document are contracts of employment.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. delivered by

BASTARACHE AND LeBEL JJ. (dissenting) — The issue in this case is the right of access to documents concerning the expenses of Members of the National Assembly of Quebec pursuant to the *Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information*, R.S.Q., c. A-2.1 (“*Access Act*”). The outcome of the case depends largely on whether the documents requested are characterized as falling within s. 34, which creates an exception to the rule of disclosure in the case of documents that are produced for a Member of the National Assembly. Obviously, it also depends on the standard of review that applies to the decision of the Commission d’accès à l’information, which refused to authorize the disclosure of the documents.

The appeal raises a second issue, this time relating to ss. 53 and 57 of the *Access Act*, which provide that no nominative information contained in a document that is subject to disclosure may be made public. What is required here is not to define the nature of the information requested, but rather to determine whether a Member of the National Assembly must be considered to constitute a public body within the meaning of s. 57. On that point, it is worth noting that while the appellant began by arguing that the Commission’s decision was governed by the same standard of review as the one applicable under s. 34, reasonableness *simpliciter*, he altered his position at the hearing and asked that the correctness standard be applied.

publique « l’échelle de traitement » rattachée à la classification, d’un membre du personnel d’un organisme public. Or, le document en question contient le salaire payé et non pas l’échelle de traitement. Quant à l’art. 57, par. 3^o, il s’applique seulement au contrat de services et la très grande majorité des contrats prévus dans le document sont des contrats d’emploi.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs des juges Major, Bastarache, Binnie et LeBel ont été rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LeBEL (dissidents) — Ce pourvoi porte sur le droit d’accès aux documents relatifs aux dépenses des membres de l’Assemblée nationale du Québec en vertu de la *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1 (« *Loi sur l’accès* »). L’issue du litige dépend largement de la caractérisation des documents dont on demande la divulgation, à savoir si ce sont des documents protégés par l’art. 34, qui crée une exception à la règle de divulgation dans le cas des documents préparés pour le compte d’un membre de l’Assemblée nationale. Elle dépend aussi, bien entendu, de l’identification de la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission d’accès à l’information, qui a refusé d’autoriser la divulgation des documents réclamés par l’appelant.

L’appel soulève une deuxième question. Celle-ci porte sur les art. 53 et 57 de la *Loi sur l’accès*, qui prévoient qu’aucun renseignement nominatif inscrit dans un document sujet à divulgation ne peut être rendu public. Il ne s’agit pas ici de définir la nature des renseignements demandés. Il faut plutôt déterminer si un membre de l’Assemblée nationale doit être assimilé à un organisme public aux termes de l’art. 57. Sur ce point, il convient de mentionner que, bien que l’appelant ait d’abord fait valoir que la décision de la Commission était régie par la même norme de contrôle que celle employée dans le cas de l’art. 34, soit la norme de la décision raisonnable simple, il a changé sa position à l’audience pour demander que la norme de la décision correcte soit appliquée.

34

35

36

I. Facts

37

On December 8, 1992, Roderick Macdonell, a journalist with *The Gazette* in Montreal, made a request under the *Access Act* for access to documents concerning the expenses of Members of the National Assembly. Only one document is in issue in these proceedings; it is entitled "Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale". The appellant had in fact obtained a document concerning a Member of the National Assembly from another source. That document shows the expenses incurred for all of the Member's staff, as well as the identity and remuneration of workers who worked for the Member on contract. The document includes all of the expenses incurred, taking into account the allocated budget and the balance in the Member's account. The appellant wishes to obtain the same information for all Members.

38

On July 4, 1994, the person in charge of access to information at the National Assembly sent Mr. Macdonell a letter denying his request. The explanation given for the refusal was that the documents were produced for Members of the National Assembly and therefore belonged to an exempt class under s. 34 of the *Access Act*, and that only one Member had agreed to disclosure. The official in question nonetheless refused to disclose the documents relating to that Member since they included personal information the disclosure of which is prohibited by ss. 53 and 57 of the *Access Act*.

39

The appellant appealed the decision to the Quebec Commission d'accès à l'information. The Commissioner, Paul-André Comeau, dismissed the appeal on August 24, 1995 ([1995] C.A.I. 222). At the hearing of the appeal, Mr. Comeau heard, *inter alia*, the testimony of Gilles Dumont, a computer and administrative systems analyst in the Direction de la gestion des ressources financières of the National Assembly, who stated that the amounts paid to Members are governed by the *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du*

I. Les faits

Le 8 décembre 1992, Roderick Macdonell, journaliste à *The Gazette* de Montréal, présente une demande en vertu de la *Loi sur l'accès* en vue d'obtenir des documents relatifs aux dépenses des membres de l'Assemblée nationale. Un seul document fait l'objet des présentes procédures; il est intitulé « Assemblée nationale, service de la programmation et contrôle budgétaire, état des dépenses engagées pour 1990 et 1991 pour chaque membre de l'Assemblée nationale ». L'appelant a de fait obtenu d'une autre source un document relatif à un membre de l'Assemblée nationale. Ce document révèle les dépenses engagées pour tous les membres du personnel du député ainsi que l'identité et la rémunération des contractuels qui ont travaillé pour lui. Cet état comprend le total des dépenses eu égard au budget alloué et le solde du compte du député. L'appelant désire obtenir les mêmes renseignements pour l'ensemble des députés.

Le 4 juillet 1994, le responsable de l'accès à l'information à l'Assemblée nationale envoie une lettre à M. Macdonell rejetant sa demande. Pour expliquer son refus, le responsable affirme que ces documents sont préparés pour le compte des membres de l'Assemblée nationale et appartiennent ainsi à une catégorie exclue en vertu de l'art. 34 de la *Loi sur l'accès*, ajoutant qu'un seul député a accepté la divulgation. Le fonctionnaire en question refuse néanmoins de divulguer les documents de ce député parce qu'ils contiennent des renseignements personnels dont la divulgation est interdite en vertu des art. 53 et 57 de la *Loi sur l'accès*.

L'appelant fait appel de cette décision à la Commission d'accès à l'information du Québec. Le Commissaire, M. Paul-André Comeau, rejette l'appel le 24 août 1995 ([1995] C.A.I. 222). À l'audition de l'appel, M. Comeau entend notamment le témoignage de M. Gilles Dumont, un analyste en procédés informatiques et administratifs à la Direction de la gestion des ressources financières de l'Assemblée nationale, qui déclare que les montants payés aux députés sont régis par le *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du*

personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels, National Assembly, Règles administratives du Bureau, Decision No. 092, May 16, 1984 (updated November 1, 1990). He explained that payments are made at the request of a Member, who submits a disbursement request on a form addressed to the accounting service of the National Assembly. Before authorizing payment, the service ensures that there is a sufficient credit balance in the Member's account. The document of which disclosure is requested in this case is produced in order to keep track of the Members' disbursements. It is confidential; only a small number of people have access to it.

II. Applicable Statutory Provisions

Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1

1. This Act applies to documents kept by a public body in the exercise of its duties, whether it keeps them itself or through the agency of a third party.

This Act applies whether the documents are recorded in writing or print, on sound tape or film, in computerized form, or otherwise.

3. The Government, the Conseil exécutif, the Conseil du Trésor, the government departments and agencies, municipal and school bodies and the health services and social services institutions are public bodies.

For the purposes of this Act, the Lieutenant-Governor, the National Assembly, agencies whose members are appointed by the Assembly and every person designated by the Assembly to an office under its jurisdiction, together with the personnel under its supervision, are classed as public bodies.

The courts within the meaning of the Courts of Justice Act (chapter T-16) are not public bodies.

9. Every person has a right of access, on request, to the documents held by a public body.

The right does not extend to personal notes written on a document or to sketches, outlines, drafts, preliminary notes or other documents of the same nature.

personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels, Assemblée nationale, Règles administratives du Bureau, décision n° 092, 16 mai 1984 (mise à jour 1^{er} novembre 1990). Il explique que les paiements sont effectués à la demande du député, qui présente une demande de débours sur un formulaire adressé au service de la comptabilité de l'Assemblée nationale. Avant d'autoriser le paiement, le service s'assure que le compte du député conserve un solde créditeur suffisant. Le document dont on demande la divulgation en l'instance est établi pour comptabiliser les dépenses des députés. Il est confidentiel; seul un petit nombre de personnes y a accès.

II. Dispositions législatives applicables

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1

1. La présente loi s'applique aux documents détenus par un organisme public dans l'exercice de ses fonctions, que leur conservation soit assurée par l'organisme public ou par un tiers.

Elle s'applique quelle que soit la forme de ces documents : écrite, graphique, sonore, visuelle, informatisée ou autre.

3. Sont des organismes publics : le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, les organismes gouvernementaux, les organismes municipaux, les organismes scolaires et les établissements de santé ou de services sociaux.

Sont assimilés à des organismes publics, aux fins de la présente loi : le lieutenant-gouverneur, l'Assemblée nationale, un organisme dont celle-ci nomme les membres et une personne qu'elle désigne pour exercer une fonction en relevant, avec le personnel qu'elle dirige.

Les organismes publics ne comprennent pas les tribunaux au sens de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16).

9. Toute personne qui en fait la demande a droit d'accès aux documents d'un organisme public.

Ce droit ne s'étend pas aux notes personnelles inscrites sur un document, ni aux esquisses, ébauches, brouillons, notes préparatoires ou autres documents de même nature.

34. No person may have access to a document from the office of a member of the National Assembly or a document produced for that member by the services of the Assembly, unless the member deems it expedient.

The same applies to a document from the office of the President of the Assembly or of a member of the Assembly contemplated in the first paragraph of section 124.1 of the Act respecting the National Assembly (chapter A-23.1) or a minister contemplated in section 11.5 of the Executive Power Act (chapter E-18), and to a document from the office staff or office of a member of a municipal or school body.

53. Nominative information is confidential, except in the following cases :

(1) where its disclosure is authorized by the person concerned by the information; in the case of a minor, the authorization may also be given by the person having parental authority;

(2) where it relates to information obtained in the performance of an adjudicative function by a public body performing quasi-judicial functions; the information remains confidential, however, if the body obtained it when holding a sitting *in camera* or if the information is contemplated by an order not to disclose, publish or distribute.

54. In any document, information concerning a natural person which allows the person to be identified is nominative information.

55. Personal information which, by law, is public is not nominative information.

57. The following is public information:

(1) the name, title, duties, classification, salary, address and telephone number at work of a member, the board of directors or the management personnel of a public body and those of the deputy minister, the assistant deputy ministers and the management personnel of a government department;

(2) the name, title, duties, address and telephone number at work and classification, including the salary scale attached to the classification, of a member of the personnel of a public body;

(3) information concerning a person as a party to a service contract entered into with a public body, and the terms and conditions of the contract;

34. Un document du bureau d'un membre de l'Assemblée nationale ou un document produit pour le compte de ce membre par les services de l'Assemblée n'est pas accessible à moins que le membre ne le juge opportun.

Il en est de même d'un document du cabinet du président de l'Assemblée, d'un membre de celle-ci visé dans le premier alinéa de l'article 124.1 de la Loi sur l'Assemblée nationale (chapitre A-23.1) ou d'un ministre visé dans l'article 11.5 de la Loi sur l'exécutif (chapitre E-18), ainsi que d'un document du cabinet ou du bureau d'un membre d'un organisme municipal ou scolaire.

53. Les renseignements nominatifs sont confidentiels sauf dans les cas suivants :

1° leur divulgation est autorisée par la personne qu'ils concernent; si cette personne est mineure, l'autorisation peut également être donnée par le titulaire de l'autorité parentale;

2° ils portent sur un renseignement obtenu dans l'exercice d'une fonction d'adjudication par un organisme public exerçant des fonctions quasi judiciaires; ils demeurent cependant confidentiels si l'organisme les a obtenus alors qu'il siégeait à huis-clos ou s'ils sont visés par une ordonnance de non-divulgence, de non-publication ou de non-diffusion.

54. Dans un document, sont nominatifs les renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier.

55. Un renseignement personnel qui a un caractère public en vertu de la loi n'est pas nominatif.

57. Les renseignements suivants ont un caractère public :

1° le nom, le titre, la fonction, la classification, le traitement, l'adresse et le numéro de téléphone du lieu de travail d'un membre d'un organisme public, de son conseil d'administration ou de son personnel de direction et, dans le cas d'un ministère, d'un sous-ministre, de ses adjoints et de son personnel d'encadrement;

2° le nom, le titre, la fonction, l'adresse et le numéro de téléphone du lieu de travail et la classification, y compris l'échelle de traitement rattachée à cette classification, d'un membre du personnel d'un organisme public;

3° un renseignement concernant une personne en sa qualité de partie à un contrat de services conclu avec un organisme public, ainsi que les conditions de ce contrat;

(4) the name and address of a person deriving an economic benefit granted by a public body by virtue of a discretionary power, and any information on the nature of that benefit;

(5) the name and address of the establishment of the holder of a permit issued by a public body and which is required by law to be held for the carrying on of an activity, the practice of a profession or the operation of a business.

However, the information contemplated in the first paragraph is not public information where its disclosure would be likely to hinder or impede the work of a person responsible under the law for the prevention, detection or repression of crime.

Moreover, in no case may the information contemplated in subparagraph 2 of the first paragraph result in the disclosure of the salary of a member of the personnel of a public body.

III. Judicial History

1. *Quebec Commission d'accès à l'information*, [1995] C.A.I. 222

The Commissioner ruled that the document requested could not be released except with the authorization of the Member in question, and subject to certain provisos. He began his analysis by commenting on s. 34 of the *Access Act*. He said that it was clear that the document had been produced by the services of the National Assembly and that the only question in issue was whether it had been produced for a Member. In his view, the issue was not whether the document is used by the National Assembly; the document is restricted the moment it is produced for a Member. All that need be found in order to conclude that a document has been produced for a Member is that the information it contains relates specifically to the Member. In such a case, the document cannot be disclosed without the Member's consent.

Mr. Comeau then considered whether s. 57, which differentiates between public and personal information, applies directly to staff employed by the Member. The issue is significant given that the Member for D'Arcy McGee gave his consent to the disclosure of the document under s. 34. On that point, Mr. Comeau relied on the reasons of Judge F.-Michel Gagnon of the Court of Québec in *Québec*

4° le nom et l'adresse d'une personne qui bénéficie d'un avantage économique conféré par un organisme public en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et tout renseignement sur la nature de cet avantage;

5° le nom et l'adresse de l'établissement du titulaire d'un permis délivré par un organisme public et dont la détention est requise en vertu de la loi pour exercer une activité ou une profession ou pour exploiter un commerce.

Toutefois, les renseignements prévus au premier alinéa n'ont pas un caractère public si leur divulgation est de nature à nuire ou à entraver le travail d'une personne qui, en vertu de la loi, est chargée de prévenir, détecter ou réprimer le crime.

En outre, les renseignements prévus au paragraphe 2° ne peuvent avoir pour effet de révéler le traitement d'un membre du personnel d'un organisme public.

III. Historique judiciaire

1. *Commission d'accès à l'information du Québec*, [1995] C.A.I. 222

Le Commissaire décide que le document demandé ne peut pas être divulgué, sauf autorisation du député concerné, et cela sous certaines réserves. Son analyse commence avec un commentaire au sujet de l'art. 34 de la *Loi sur l'accès*. Il déclare qu'il est clair que le document a été préparé par les services de l'Assemblée nationale et que la seule question à trancher est de savoir s'il a été préparé pour le compte d'un député. À son avis, il n'importe pas que le document serve à l'Assemblée nationale; il est visé dès lors qu'il est préparé pour le compte d'un député. Pour conclure qu'il s'agit d'un document préparé pour le compte du député, il suffit de constater que l'information qu'il contient est spécifique au député. En l'instance, le document ne peut être divulgué sans le consentement du député.

M. Comeau se demande ensuite si l'art. 57, qui distingue les renseignements à caractère public des renseignements personnels, s'applique directement au personnel du député. La question est importante parce que le député de D'Arcy McGee a donné son consentement à la divulgation sous le régime de l'art. 34. Sur ce point, M. Comeau s'appuie sur les motifs du juge F.-Michel Gagnon de la

(*Assemblée nationale*) v. *Sauvé*, [1995] C.A.I. 427. In that case, it was held that a Member cannot constitute a public body since the *Act Respecting the National Assembly*, R.S.Q., ch. A-23.1, guarantees the Member's complete independence. The Commissioner concluded that since a Member himself or herself is not considered to constitute a public body, the information sought in the access request cannot relate directly to the staff or contractors employed by the Member.

43 Finally, the Commissioner considered whether the documents produced for the Member for D'Arcy McGee could be released if they contained nominative information. Despite the authorization given by the Member, the Commissioner decided that ss. 53 and 57 prohibit the disclosure of documents produced for a Member that contain personal information relating to a physical person. Information relating to moral persons may nonetheless be disclosed.

2. *Court of Québec*, [1996] Q.J. No. 1687 (QL)

44 The appellant sought leave to appeal the decision of the Commission to the Court of Québec under s. 147 of the *Access Act*. It is important to note on this point that the decision of the Commission is protected by the privative clause in s. 154 of the Act.

45 Judge Longtin dismissed the appellant's motion on the ground that the issue raised had already been decided in *Université Laval v. Albert*, [1990] C.A.I. 438 (C.Q.), and *Québec (Procureur général) v. Bayle*, [1991] C.A.I. 306 (C.Q.). In the first case, the court had simply decided that [TRANSLATION] "the essential question . . . is whether these documents are *cabinet* documents . . . or mere administrative documents that are available for consultation by a number of people" (p. 440 (emphasis in original)); in the second case, the court had concluded: [TRANSLATION] "As long as the document in question comes from . . . the office of one of the persons identified in s. [34], that person alone has the discretion to decide whether or not to grant access to it" (p. 307). With respect to s. 57, Judge Longtin simply

Cour du Québec dans *Québec (Assemblée nationale) c. Sauvé*, [1995] C.A.I. 427. Ce jugement décide que le député ne peut pas être assimilé à un organisme public en raison du fait que la *Loi sur l'Assemblée nationale*, L.R.Q., ch. A-23.1, assure son entière indépendance. En conclusion, selon le Commissaire, puisque le député n'est pas lui-même assimilé à un organisme public, les renseignements dont on demande la divulgation ne peuvent pas viser directement le personnel ou les contractuels embauchés par le député.

Le Commissaire se demande enfin si les documents produits pour le député de D'Arcy McGee peuvent être divulgués s'ils contiennent des renseignements nominatifs. Malgré l'autorisation donnée par ce député, le Commissaire conclut que les art. 53 et 57 interdisent la divulgation des documents préparés pour le compte d'un député qui contiennent des renseignements personnels relatifs à une personne physique. Les informations relatives à des personnes morales peuvent toutefois être communiquées.

2. *Cour du Québec*, [1996] A.Q. n° 1687 (QL)

L'appelant s'adresse alors à la Cour du Québec en vue d'obtenir la permission de porter en appel la décision de la Commission en vertu de l'art. 147 de la *Loi sur l'accès*. Il est important de noter ici que la décision de la Commission est protégée par une clause privative, à l'art. 154 de la Loi.

Le juge Longtin rejette la requête de l'appelant au motif que la question soulevée a déjà été tranchée dans *Université Laval c. Albert*, [1990] C.A.I. 438 (C.Q.), et *Québec (Procureur général) c. Bayle*, [1991] C.A.I. 306 (C.Q.). Dans la première affaire, la cour a simplement décidé que « [l']élément essentiel [. . .] est de savoir s'il s'agit de documents du *cabinet* [. . .] ou de simples documents administratifs à la disposition de plusieurs personnes pour fins de consultation » (p. 440 (en italique dans l'original)); dans la deuxième, la cour a conclu : « Tant que le document visé en est un [. . .] du bureau de l'une des personnes nommées à l'article [34], seule cette personne a discrétion pour le rendre accessible ou non » (p. 307). Au sujet de l'art. 57, le juge Longtin s'en remet simplement à la décision *Québec*

relied on *Québec (Assemblée nationale) v. Sauvé*, which the Commissioner had cited. He agreed with Judge Gagnon's reasoning in that case to the effect that the public nature of the funds used was of no relevance in applying s. 57 of the *Access Act*.

3. *Superior Court*, [1997] R.J.Q. 132

After this setback in the Court of Québec, the appellant filed an application for judicial review of the Commissioner's decision in the Superior Court. Barbeau J., ruling on the motion, recalled the court's duty of deference in matters of judicial review. According to the court, several fundamental principles, namely the division of powers, democracy, and freedom of expression, were in issue. Barbeau J. then considered the purpose of the *Access Act* and went on to examine the nature of the documents that were the subject of the access request.

In his view, s. 34 must be interpreted in accordance with the purpose of the Act and the need to preserve a Member's independence in his or her role as legislator. The document requested was public and disclosing it would have no impact on the Member's political and administrative role. He believed that the Judge of the Court of Québec had erred in law but had also, like the Commissioner, made a decision that was patently unreasonable by interpreting s. 34 in a way that was inconsistent with the Act and the Regulations as a whole. Section 34 is an exception to the general principle of access to information in public documents. That provision must therefore be narrowly construed.

4. *Court of Appeal*, [2000] R.J.Q. 1674

The Court of Appeal was divided in this case. Forget J.A., speaking for the majority, allowed the appeal. Chamberland J.A., for his part, would have affirmed the decision of the Superior Court.

Forget J.A. first dealt with the issue of the applicable standard of review. Referring to *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, he decided that given the

(*Assemblée nationale*) c. *Sauvé*, déjà citée par le Commissaire. Il est d'accord avec le raisonnement du juge Gagnon dans cette affaire, suivant lequel le caractère public des fonds utilisés n'a aucune pertinence dans l'application de l'art. 57 de la *Loi sur l'accès*.

3. *Cour supérieure*, [1997] R.J.Q. 132

Après son échec devant la Cour du Québec, l'appelant dépose en Cour supérieure une demande de contrôle judiciaire de la décision du Commissaire. Statuant sur cette requête, le juge Barbeau rappelle le devoir de réserve de la cour en la matière. Selon la cour, le litige soulève l'examen de plusieurs principes fondamentaux, à savoir, le partage des pouvoirs, la démocratie et la liberté d'expression. Il s'interroge ensuite sur l'objectif de la *Loi sur l'accès* avant d'examiner la nature des documents faisant l'objet de la demande de divulgation.

Selon lui, l'art. 34 doit s'interpréter en fonction de l'objet de la loi et de la nécessité de préserver l'indépendance du député dans sa fonction de législateur. Le document demandé est par sa nature public et sa divulgation n'aura aucun impact sur le rôle politique et administratif du député. Le juge de la Cour du Québec aurait commis une erreur de droit, mais aussi rendu une décision manifestement déraisonnable, tout comme le Commissaire, en interprétant l'art. 34 d'une manière incompatible avec l'ensemble de la Loi et des règlements. L'article 34 déroge au principe général d'accès à l'information sur les documents publics. En conséquence, cette disposition doit recevoir une interprétation restrictive.

4. *Cour d'appel*, [2000] R.J.Q. 1674

La Cour d'appel se divise dans cette affaire. Le juge Forget, pour la majorité, accueille l'appel. Pour sa part, le juge Chamberland aurait confirmé le jugement de la Cour supérieure.

Le juge Forget traite d'abord de la question de la norme de contrôle applicable. Se référant à *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, il conclut que l'existence

46

47

48

49

existence of a privative clause, the Commissioner's expertise and the nature of the problem, the intermediate standard of reasonableness *simpliciter* must be applied.

d'une clause privative, l'expertise du Commissaire et la nature du problème conduisent à l'adoption de la norme de la décision raisonnable simple, soit la norme intermédiaire.

50 On the substantive issue, Forget J.A. first pointed out that access to information is connected with the concept of democracy and that the *Access Act* is quasi-constitutional in nature. Nevertheless, he believed that he should be guided primarily by the wording of the Act. In his opinion, the *Access Act* makes no distinction between the legislative and administrative duties of a Member, and so Barbeau J. was wrong to consider this. He added that the Regulations also do not distinguish among the various services performed for a Member. On that basis, he concluded that the Commissioner's interpretation of s. 34 was not unreasonable.

Sur la question de fond, le juge Forget souligne d'abord que l'accès à l'information est lié au concept de démocratie et que la *Loi sur l'accès* revêt un caractère quasi-constitutionnel. Néanmoins, il croit que c'est avant tout le texte de la loi qui doit le guider. À son avis, la *Loi sur l'accès* n'établit aucune distinction entre les fonctions législatives et administratives du député, si bien que le juge Barbeau a eu tort d'en tenir compte. Il ajoute que le règlement ne distingue pas non plus entre les différents services rendus à un député. Sur cette base, il conclut que l'interprétation de l'art. 34 faite par le Commissaire n'est pas déraisonnable.

51 Forget J.A. then reviewed s. 57. In his opinion, that provision did not apply to Members of the National Assembly. In s. 34, the legislature distinguishes between the National Assembly and its Members. If the legislature had wished to treat Members in the same way as the legislative body itself, it would have done so directly by including them expressly in the list of public bodies in s. 3. Without commenting on whether s. 3 is exhaustive, Forget J.A. simply noted that it does not specifically refer to the Members among the bodies that are subject to the *Access Act*. Accordingly, since s. 57 did not apply, the Commissioner's decision to refuse disclosure of the document despite the fact that consent had been given by the Member for D'Arcy McGee could not be considered unreasonable.

Le juge Forget passe ensuite à l'étude de l'art. 57. À son avis, cette disposition ne s'applique pas aux membres de l'Assemblée nationale. En effet, le législateur fait une distinction à l'art. 34 entre l'Assemblée nationale et ses membres. Si la législature avait voulu assimiler les députés au corps législatif lui-même, elle l'aurait fait directement en les incluant expressément dans l'énumération des organismes publics à l'art. 3. Sans vouloir émettre d'opinion sur le caractère exhaustif de l'art. 3, le juge Forget note simplement qu'il n'identifie pas expressément les députés parmi les organismes assujettis à la *Loi sur l'accès*. En conséquence, l'art. 57 ne trouvant pas application, la décision du Commissaire de refuser la divulgation des renseignements en dépit du consentement donné par le député de D'Arcy McGee ne saurait être considérée comme déraisonnable.

52 In his dissenting opinion, Chamberland J.A. agreed that the intermediate standard of reasonableness should apply. He held however that the Commissioner's interpretation of ss. 34 and 57 was unreasonable.

Dans son opinion dissidente, le juge Chamberland exprime son accord avec l'application de la norme de contrôle intermédiaire de la décision raisonnable. Il croit cependant que l'interprétation qu'a fait le Commissaire des art. 34 et 57 est déraisonnable.

53 Citing the definition of the standard of reasonableness given by Iacobucci J. in *Southam*, which refers to the fact that the decision is not based on the evidence or that there was an error in the actual logical process that led to the conclusion, Chamberland J.A. first pointed out that on the evidence in the

Se référant à la définition que donne le juge Iacobucci de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Southam*, qui fait appel au défaut de la décision de s'appuyer sur la preuve ou à une erreur dans le raisonnement qui a mené à la conclusion, le juge Chamberland souligne d'abord que le

record, the document requested was not produced for a Member within the meaning of s. 34. Rather, it was a document prepared by the accounting service for its own purposes. He was of the opinion that it was unreasonable to conclude that the document was produced for the Member simply because it was delivered to him. Chamberland J.A. also believed that the Commissioner's reasoning was flawed since it failed to take into account the need for the exception to the rule of disclosure in s. 34 to be narrowly construed. In his opinion, both the purpose of the *Access Act* and the relevance of the documents to the role of the Member must be taken into account.

With respect to s. 57, Chamberland J.A. found that no real distinction can be made between the National Assembly and its Members. In his view, the distinction is not justified because that section can apply to a Member only in the Member's capacity as a person who is considered to constitute a public body. That is confirmed by the wording of s. 9 of the Regulations of the National Assembly.

IV. Analysis

1. *The Problem of the Standard of Review*

This appeal raises once again the problem of determining the standard for reviewing a decision made by an administrative body which has been given quasi-judicial powers. In this case, the question is closely connected with the difficulties involved in the statutory interpretation of ss. 34 and 57. If the intermediate standard of the reasonableness of the decision must be applied, we must then examine how the methods of statutory interpretation impact on the concept of reasonableness, which is one of the fundamental components of the current system of judicial review.

Before analysing ss. 34 and 57, it is important to recall that this appeal deals with an application for judicial review and that the decision in question is in fact the decision of the information Commissioner, not the decisions of the judges who ruled on that decision. Barbeau J., applying the most stringent standard of review, the patently unreasonable decision standard, nonetheless allowed the application

document demandé n'est pas produit pour le compte d'un député au sens de l'art. 34, selon la preuve au dossier. Il s'agit au contraire d'un document préparé par le service de comptabilité pour ses propres fins. Il est d'avis qu'il est déraisonnable de conclure que le document est préparé pour le compte du député simplement parce qu'il lui est communiqué. Le juge Chamberland pense aussi que, faute de tenir compte de la nécessité d'interpréter restrictivement l'exception à la règle de divulgation que constitue l'art. 34, le raisonnement du Commissaire est vicié. Selon lui, il faut tenir compte de l'objet de la *Loi sur l'accès* et de la pertinence des dossiers eu égard au rôle du député.

Au sujet de l'art. 57, le juge Chamberland constate qu'on ne peut pas effectuer une distinction véritable entre l'Assemblée nationale et ses membres. Selon lui, cette distinction ne se défend pas parce que cet article ne peut s'appliquer au député qu'en sa qualité de personne assimilée à un organisme public. Ceci se confirme dans le libellé de l'art. 9 du règlement de l'Assemblée nationale.

IV. Analyse

1. *Le problème de la norme de contrôle*

Le pourvoi pose à nouveau le problème de l'identification de la norme de contrôle d'une décision d'un organisme administratif doté de fonctions quasi judiciaires. En l'espèce, la question se rattache étroitement aux difficultés relatives à l'interprétation législative des art. 34 et 57. Dans la mesure où la norme intermédiaire de la décision raisonnable doit être retenue, il faut analyser dans la présente affaire l'impact des méthodes d'interprétation législative sur l'articulation du concept de rationalité, qui est un des éléments fondamentaux du système actuel de contrôle judiciaire.

Avant de procéder à l'analyse des art. 34 et 57, il est important de rappeler que le présent pourvoi porte sur une procédure en révision judiciaire et que la décision dont il est question ici est celle du Commissaire à l'information et non celle des juges qui se sont prononcés sur celle-ci. Appliquant la norme de contrôle la plus exigeante, celle de la décision manifestement déraisonnable, le juge Barbeau

54

55

56

for judicial review. On appeal, the two majority judges and the minority judge all applied the intermediate standard of reasonableness *simpliciter*; the parties accepted that standard in relation to s. 34. There is no need to examine the analysis of the Court of Appeal in detail. We would however note that, in this case, the privative clause is only partial since it provides for an appeal on any question of law or jurisdiction (s. 147). Furthermore, the Commissioner's special expertise is needed, for the actual interpretation of s. 34, only when findings of fact are involved. The protection of privacy and of the fundamental values of democracy is essentially a judicial function, as is the contextual interpretation of legislation involving the public interest. In *Southam, supra*, at paras. 35-37, Iacobucci J. points out that even though a question of fact is simply about what actually took place between the parties, determining whether those facts satisfy a legal test is a question of mixed law and fact. The more widely the rule will apply, the more the courts will tend to characterize a question as one of mixed law and fact. In our view, the decision concerning the application of s. 34 is a question of mixed law and fact because the Commissioner had to decide whether the document which was supposedly produced for a Member was produced exclusively for the Member or at the Member's request, and these are questions of law. This is also not a case in which different interests must be weighed, as is often the case in administrative law. It is therefore clear that the most stringent standard was not appropriate.

a néanmoins accueilli la requête en révision judiciaire. En appel, les juges de la majorité et celui de la minorité ont tous trois appliqué la norme intermédiaire, celle de la décision raisonnable simple; les parties ont accepté cette norme eu égard à l'art. 34. Il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur l'analyse de la Cour d'appel. Il convient cependant de signaler qu'en l'instance, la clause privative n'est que partielle, puisqu'elle prévoit un appel sur une question de droit ou de compétence (art. 147). De plus, l'interprétation de l'art. 34 comme telle ne fait appel à l'expertise particulière du Commissaire que dans la mesure où elle porte sur des conclusions de fait. La protection de la vie privée et des valeurs fondamentales de la démocratie demeure essentiellement de nature judiciaire, tout comme l'interprétation contextuelle des lois d'intérêt public. Dans *Southam*, précité, le juge Iacobucci rappelle, aux par. 35-37, que même si une question de fait porte simplement sur ce qui s'est produit entre les parties, la question de savoir si ces faits satisfont à un critère juridique constitue une question mixte de fait et de droit. L'accentuation du caractère général de l'application de la règle renforcera la tendance des tribunaux à conclure à la présence d'une question mixte de fait et de droit. À notre avis, la décision relative à l'application de l'art. 34 est une question mixte de fait et de droit puisque le Commissaire devait décider si le document censément préparé pour le compte d'un député était un document préparé exclusivement pour le député, ou encore à la demande du député, ces éléments étant de nature juridique. Il ne s'agit pas non plus, en l'instance, d'une affaire qui fait appel à la pondération d'intérêts différents, comme c'est souvent le cas en matière administrative. Il est donc clair que la norme la plus stricte n'était pas appropriée.

57

As noted earlier, the appellant has changed his mind with respect to the standard that is appropriate in respect of the interpretation of s. 57 and is now asking that the standard of correctness be applied. It could indeed be argued that the question of whether a Member of the National Assembly must be considered to constitute a public body is a pure question of law that goes to the actual jurisdiction of the Commission. The privative clause indicates that the legislature did not intend to leave this type of

Tel que mentionné plus haut, l'appelant a changé d'avis au sujet de la norme appropriée dans le cas de l'interprétation de l'art. 57 et demande maintenant que la norme de la décision correcte soit appliquée. On pourrait certes soutenir que la question de savoir si le membre de l'Assemblée nationale doit être assimilé à un organisme public est une question de droit pur qui touche à la compétence même de la Commission. La clause privative indique en fait l'intention du législateur de ne pas laisser ce genre

question to the sole discretion of the Commissioner. In fact, this is a question that falls outside the Commissioner's expertise. As Iacobucci J. said in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591:

Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. [Emphasis added.]

We know that the different decisions that an administrative tribunal makes in a single case may necessitate the application of different standards of review, depending on the nature of the decisions (*Pushpanathan, supra*, at para. 49). Some decisions relate to the facts, and others to questions of law or to questions of mixed fact and law. La Forest J. had addressed this issue earlier, in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, and applied the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. In *Pezim*, Iacobucci J. analyzed the decision of a highly specialized tribunal that had interpreted an Act which fell squarely within its mandate. In the present case, the issue is the interpretation of a provision that limits the Commission's jurisdiction, a matter in which the Commission has no special expertise. The nature of the problem submitted to the Commissioner is also relevant in determining the intent of the legislature (*Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18; *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Autobus Jacquart inc.*, [2000] C.L.P. 825 (C.A.)). With regard to the above discussion, it is not really necessary to examine the standard of review that was adopted by the judges of the Court of Appeal since, as will be seen later, we find that the Commissioner's interpretation of s. 57 was unreasonable.

As noted earlier, this case requires a close examination of the impact of the methods of statutory interpretation on the delineation of the concept of reasonableness. In *Southam, supra*, at para. 56,

de question à la seule discrétion du Commissaire. Il s'agit d'ailleurs d'une question qui échappe à l'expertise du Commissaire. Comme le fait valoir le juge Iacobucci dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591 :

Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise. [Nous soulignons.]

On sait que les différentes décisions rendues par un tribunal administratif dans le cadre d'une même affaire peuvent faire appel à des normes de contrôle variables selon leur nature (*Pushpanathan, précité*, par. 49). Certaines décisions portent sur les faits, d'autres sur des questions de droit ou des questions mixtes de fait et de droit. Le juge La Forest s'est déjà penché sur la question dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, appliquant la jurisprudence de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Dans *Pezim*, le juge Iacobucci analyse la décision d'un tribunal hautement spécialisé qui a interprété une loi directement liée à son mandat. Ici, le litige porte sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence de la Commission, un domaine dans lequel le Commissaire ne possède pas d'expertise particulière. La nature du problème soumis au Commissaire est pertinente aussi pour déterminer l'intention du législateur (*Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Autobus Jacquart inc.*, [2000] C.L.P. 825 (C.A.)). Ceci dit, il n'est pas réellement essentiel de revenir sur la norme de contrôle adoptée par les juges de la Cour d'appel puisque, comme nous le verrons plus loin, nous concluons que le Commissaire a donné une interprétation déraisonnable à l'art. 57.

Tel que mentionné plus haut, la présente affaire nous oblige à considérer de façon particulière l'impact des méthodes d'interprétation législative sur l'articulation du concept de rationalité. Dans

58

59

Iacobucci J. describes the intermediate standard of reasonableness as follows:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. [Emphasis added.]

We are of the opinion that there was no justification for the Commissioner's conclusions, but most importantly that they resulted from erroneous reasoning. Here, as in *Pezim, supra*, we will apply the standard of reasonableness to the actual interpretation of the statutory provision in examining the reasoning of the Commissioner.

2. Analysis of Section 34

60

We will now return to the analysis of s. 34. As noted earlier, the issue seems to have been joined on the question of whether the document the disclosure of which was requested was produced for the Member. The respondents argued that the document falls under s. 34 essentially because of its usefulness to the Member. They stated:

[TRANSLATION] It is essential that a Member of the National Assembly keep accounting records of the expenses that he or she incurs and ensure that he or she does not exceed the amount of money allocated to the Member under the Regulations, both in terms of the total payroll available to the Member and in terms of the maximum salaries that the Member may pay.

The appellant argued that the document

[TRANSLATION] is a document that was prepared by the financial resources management branch, an administrative service of the National Assembly, so that it can ensure compliance with the Regulations respecting remuneration and ensure that the Members do not exceed the total payroll that is allocated to them.

61

Those comments confirm that the document prepared by the accounting service is used both by the

Southam, précité, par. 56, le juge Iacobucci précise la norme intermédiaire de la décision raisonnable en ces termes :

Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. [Nous soulignons.]

Nous sommes d'avis, en ce qui concerne les conclusions du Commissaire, qu'elles sont dénuées de justification et surtout qu'elles résultent d'un raisonnement erroné. Comme dans *Pezim*, précité, nous appliquerons la norme de la décision raisonnable à l'interprétation d'une disposition législative dans notre analyse du raisonnement du Commissaire en l'espèce.

2. Analyse de l'art. 34

Revenons donc à l'analyse de l'art. 34. Tel que constaté plus haut, le débat semble s'être engagé autour de la question de savoir si le document dont la divulgation est demandée a été préparé pour le compte du député. Les intimés sont d'avis que le document est visé par l'art. 34 essentiellement en raison de son utilité pour le député. Ils s'expriment comme suit :

[I] est essentiel pour le membre de l'Assemblée nationale de tenir une comptabilité des dépenses qu'il engage et de s'assurer qu'il ne dépasse pas le montant des sommes qui lui sont allouées en vertu du règlement, tant à l'égard de la masse salariale dont il dispose que des échelles de traitement maximum qu'il peut consentir.

L'appelant, pour sa part, fait valoir que le document

est un document préparé par un service administratif de l'Assemblée nationale, à savoir la Direction de la gestion des ressources financières, et ce, pour que le service s'assure que le *Règlement sur la rémunération* est respecté et que les députés ne dépassent pas la masse salariale qui leur est allouée.

Ces commentaires confirment que le document du service de comptabilité sert à la fois à

central administrative services and by the Member. The Commissioner recognized this fact and concluded that the document could fall under s. 34 even though it was not produced exclusively for the benefit of the Member. In his view, it was sufficient that the document was useful to the Member in order for it to be exempted from disclosure. In saying this, however, was he addressing the issue properly? Was this justification sufficient to establish the reasonableness of the interpretation?

In our opinion, the Commissioner did not use the right method of analysis in interpreting s. 34. He should have kept the purpose of the *Access Act*, as set out in s. 9, foremost in his mind. That section states, in the first paragraph, the fundamental principle that access may be had to government information:

Every person has a right of access, on request, to the documents held by a public body.

That error affected the Commissioner's analysis so seriously that it made it unreasonable, considering that that concept has been defined by this Court, *inter alia*, in *Southam, supra*, and *Pushpanathan, supra*. As will be seen, that interpretation leads to an unresolvable conflict between the legislative purpose stated in the Act and the actual application of its provisions.

The Commissioner then had to consider the meaning and scope of the exceptions to the general rule that are set out in s. 34 by examining the category of exceptions in question, that is, the category in subdivision 5: "Information affecting administrative or political decisions". The heading of a statutory provision is one of the indicators from which the legislature's intended purpose may be determined when exceptions are provided to the general scheme of an Act: *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, at p. 179; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 763; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 189. As the appellant rightly argued, the purpose of those exceptions is to guarantee the independence of the Member in performing his or her duties as a Member of the National Assembly. All of those exceptions, some of which are discretionary, while others are limited in time, refer to, *inter alia*, the

l'administration centrale et au député. Le Commissaire a reconnu ce fait et conclu que le document pouvait être visé par l'art. 34 même s'il n'était pas préparé exclusivement pour le bénéfice du député. Pour lui, il suffisait que le document soit utile au député pour le soustraire à l'obligation de divulgation. Était-ce une façon adéquate d'aborder la question? Était-ce une justification suffisante pour établir la rationalité de l'interprétation?

À notre avis, le Commissaire n'a pas utilisé la bonne méthode d'analyse dans son étude de l'art. 34. Il devait en premier lieu considérer l'objet de la *Loi sur l'accès*, inscrit à l'art. 9. Celui-ci exprime, au premier alinéa, le principe fondamental du droit d'accès à l'information gouvernementale :

Toute personne qui en fait la demande a droit d'accès aux documents d'un organisme public.

Cette erreur affecte si gravement la méthode d'analyse du Commissaire qu'elle lui donne un caractère déraisonnable au sens de la jurisprudence de notre Cour, notamment dans les arrêts *Southam* et *Pushpanathan*, précités. Comme nous le verrons, elle conduit en effet à un conflit insoluble entre l'objectif législatif déclaré dans la loi et l'application effective de ses dispositions.

Il devait ensuite s'interroger sur le sens et la portée des exceptions à la règle générale inscrites à l'art. 34 en portant attention à la catégorie d'exceptions visée, soit celle relative à la sous-section 5 : « Renseignements ayant des incidences sur les décisions administratives ou politiques ». L'intitulé d'un texte législatif constitue l'un des indices permettant d'établir l'objet visé par le législateur lorsqu'il prévoit des exceptions au régime général d'une loi : *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, p. 179; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 763; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 189. Comme le fait valoir à bon droit l'appelant, ces exceptions visent à protéger l'indépendance du député dans l'exercice de ses fonctions comme membre de l'Assemblée nationale. Toutes ces exceptions, tantôt discrétionnaires, tantôt limitées dans le temps, visent entre autres les catégories de documents suivantes : les décisions ou décrets du

62

63

following categories of documents: decisions or orders of the Conseil exécutif; legal opinions; studies; records of deliberations; statutory instruments; opinions and recommendations of a Member or consultant, and of a body; and knowledge appraisal tests. All of those exceptions, which are relevant in applying s. 34, relate to the Conseil exécutif or the public bodies as collective entities.

Conseil exécutif; les opinions juridiques; les analyses; les mémoires de délibérations; les textes législatifs ou réglementaires; les avis ou recommandations d'un membre ou d'un consultant et ceux d'un organisme, ainsi que les épreuves d'évaluation des connaissances. Toutes ces exceptions, pertinentes dans l'application de l'art. 34, visent le Conseil exécutif ou les organismes publics en tant qu'organes collectifs.

64 There is no provision in the *Access Act* giving the reasons behind those exceptions. Secondary sources, however, are available which provide useful information about the legislative approach to access to information that has been widespread for approximately 20 years. For instance, a commission set up by the Ontario government, which reported in 1980, analyzed the entire problem of access to government information in depth (Commission on Freedom of Information and Individual Privacy, *Public Government for Private People* (1980)). The report discussed the exclusion of certain information from the duty to disclose. The exceptions that were recommended corresponded, in part, to the exceptions in subdivision 5 of the Act under consideration (vol. 2, at pp. 280-81). The report concluded that the judicial and executive branches had to be exempted from the duty to disclose. However, it did not contain any exceptions pertaining to access to the government's administrative or financial management documents (vol. 2, at p. 239). That approach reflected a principle of general access with narrowly defined exceptions. In the present case, we must keep in mind that in adopting the *Access Act*, the National Assembly thought it appropriate that it should be subject, itself, to the legislation. In so doing, it expressed a desire for transparency that went beyond the solutions that have been adopted by other legislatures or were recommended to them.

Aucune disposition de la *Loi sur l'accès* n'explique la raison d'être de ces exceptions. Certaines sources secondaires donnent cependant des indications utiles sur une approche législative de l'accès à l'information qui s'est généralisée au cours des 20 dernières années. Ainsi, une commission établie par le gouvernement de l'Ontario, qui a présenté son rapport en 1980, a analysé en profondeur tout le problème de l'accès à l'information gouvernementale (Commission on Freedom of Information and Individual Privacy, *Public Government for Private People* (1980)). Le rapport envisageait la soustraction de certaines informations à l'obligation de divulgation. Les exceptions recommandées correspondaient en partie à celles de la sous-section 5 de la loi à l'étude (vol. 2, p. 280-281). Le rapport concluait à la nécessité de soustraire les pouvoirs judiciaire et législatif à l'obligation de divulgation. Il n'exprimait cependant aucune réserve à l'égard de l'accès aux documents de gestion administrative ou financière de l'État (vol. 2, p. 239). Cette approche exprimait un principe d'accès général, assorti d'exceptions restreintes. Dans la présente affaire, il faut se rappeler que l'Assemblée nationale, en adoptant la *Loi sur l'accès*, a cru bon de s'assujettir elle-même à la législation. Elle affirmait alors une volonté de transparence qui transcendait les solutions retenues par d'autres législatures ou qui leur étaient recommandées.

65 As previously noted, s. 34 is the only provision in subdivision 5 that relates solely to the documents of individual Members. That provision exempts two types of documents from disclosure: documents from the office of a Member and documents produced for that Member by the services of the National Assembly, unless the Member deems that disclosure would be expedient. The request for

Tel que noté précédemment, l'art. 34 est la seule disposition de la sous-section 5 qui ne concerne que les documents des députés eux-mêmes. Cette disposition soustrait deux types de documents à la divulgation : les documents du bureau du député et ceux que les services de l'Assemblée nationale produisent pour son compte, à moins que celui-ci ne juge opportun de les communiquer. La demande

access in this case involves the second category of document. We must therefore define the content of that category in order to construe and apply s. 34. The Commissioner defined that category very broadly and found that it included all documents prepared by the services of the National Assembly that are delivered to a Member. In our opinion, the Commissioner's interpretive approach was flawed. If he had applied the proper methodology, he would have excluded only certain types of documents.

The respondents oppose the approach of the Commissioner on the ground that the wording of s. 34 makes no distinction based on the nature of the document prepared for the Member, an argument which seems to be founded on the reasons of the court in *Université Laval v. Albert*, *supra*. However, the reasons of the court in that case are not conclusive, since it also wrote at p. 440:

[TRANSLATION] Given the evidence that was heard by the undersigned, they cannot conclude, like the commissioner, that the excerpts from minutes were documents that were *produced* and *used* by the *administrative services* of the university. In order for s. 34 not to be applicable in this case, it would have had to be clearly established that those documents were essential to the administrative aspect of the university — in other words, essential to the decision-making by the institutional authorities or to the action taken on those decisions; no evidence to that effect was presented in this case. [Emphasis in original.]

The analysis of the provision must necessarily take into account the legislative context, the purpose of the Act as a whole, and the purpose of the provision in question. This is necessary to avoid an error in the reasoning that supports the Commissioner's conclusion on the meaning of s. 34. This Court has often stressed the need to have regard to the overall purpose of the Act in construing it: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; 2747-3174 *Quebec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. In *Rizzo Shoes*, Iacobucci J. interpreted the expression "terminate the employment of an employee" to include employees whose termination resulted from the bankruptcy of their employer, having regard to the purposes of the Act. He rejected

de divulgation vise ici la deuxième catégorie de documents. Il faut donc définir le contenu de cette catégorie pour interpréter et appliquer l'art. 34. Le Commissaire a donné une portée très générale à cette catégorie en y incluant tous les documents préparés par les services de l'Assemblée nationale qui sont communiqués au député. À notre avis, la démarche interprétative du Commissaire était fautive. Une interprétation correcte l'aurait amené à n'exclure que certains types de documents.

Les intimés contestent cette approche au motif que le libellé de l'art. 34 ne fait pas de distinction fondée sur la nature du document préparé pour le député, argument qui semble s'appuyer sur les motifs du tribunal dans *Université Laval c. Albert*, précité. Pourtant, les motifs du tribunal dans cette affaire ne sont pas concluants puisqu'il y est écrit aussi à la p. 440 :

Avec la preuve entendue par les soussignés, ceux-ci ne peuvent conclure, comme la commissaire, que les documents, en l'occurrence les extraits de procès-verbaux, étaient des documents *produits* et *utilisés* par l'*appareil administratif* de l'université. Pour que l'article 34 ne puisse recevoir application en l'instance, il eût fallu établir clairement que ces documents constituaient un élément essentiel de la fonction administrative de l'université, c'est-à-dire pour la prise de décisions par les instances officielles de l'institution ou pour assurer le suivi desdites décisions; aucune preuve ne fut apportée, en la présente cause, dans ce sens. [En italique dans l'original.]

L'analyse de la disposition doit nécessairement tenir compte du contexte législatif, de l'objet de la loi dans son ensemble et de l'objet de la disposition précisément visée. Ceci fait partie de l'obligation du Commissaire de ne pas commettre d'erreur dans le raisonnement suivi pour déterminer le sens à donner à l'art. 34. Notre Cour a souvent souligné la nécessité d'interpréter la loi en tenant compte de son objectif général : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; 2747-3174 *Quebec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Dans *Rizzo Shoes*, le juge Iacobucci interprète les mots « licencier un employé », vu les objectifs de la loi, comme englobant les employés mis à pied à la suite d'une faillite. Il rejette ainsi

66

67

the interpretation of the Court of Appeal, which had concluded that the ordinary meaning of the words used restricted the application of the statutory provision to those employees who had in fact been dismissed. Although he acknowledged that “[a]t first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation” (para. 20), he concluded that this analysis was incomplete. Iacobucci J. referred, rather, to the principles of interpretation and to the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, now R.S.O. 1990, c. I.11, and concluded that the Court of Appeal had not paid sufficient attention to the overall scheme of the Act, its object, and the true intention of the legislature (para. 23). As Iacobucci J. said in *Southam*, *supra*, at para. 59, the standard of reasonableness *simpliciter* is closely akin to the standard that should be applied in reviewing findings of fact by trial judges. E. A. Driedger notes in his work entitled *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, that the interpretation of an Act cannot be based simply on its wording:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The plain meaning of the words will not be of much value if the court considers it without regard to the context of the statutory provision and the purposes of the Act.

68

The justification for and importance of this approach were discussed at length by L’Heureux-Dubé J. in a concurring opinion in 2747-3174 *Québec Inc.*, *supra*. She focussed on the problems associated with the old rule about the plain meaning of the words, explaining that this rule obscured the fact (at para. 154)

that the so-called “plain meaning” is based on a set of underlying assumptions that are concealed in legal reasoning. In reality, the “plain meaning” can be nothing but the result of an implicit process of legal interpretation. [Emphasis deleted.]

In her analysis, L’Heureux-Dubé J. quoted at para. 155 a scathing excerpt from M. Zander, *The Law-Making Process* (4th ed. 1994), at p. 126:

l’interprétation de la Cour d’appel qui avait conclu que le sens ordinaire des mots utilisés limitait l’application de la disposition législative aux seuls employés qui avaient effectivement été licenciés. Bien qu’il reconnaisse que, « [à] première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation » (par. 20), il conclut que cette analyse reste incomplète. Le juge Iacobucci se réfère plutôt aux principes d’interprétation et à la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, maintenant L.R.O. 1990, ch. I.11, pour conclure que la Cour d’appel n’avait pas porté une attention suffisante à l’économie générale de la loi, à son objet et à l’intention véritable du législateur (par. 23). Or, comme le mentionne le juge Iacobucci dans *Southam*, précité, par. 59, la norme de la décision raisonnable se rapproche de la norme applicable au contrôle des conclusions de fait des juges de première instance. E. A. Driedger souligne dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, que l’interprétation de la loi ne peut pas reposer simplement sur son libellé :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

Le sens ordinaire des mots n’a donc pas une très grande valeur si la cour l’examine sans tenir compte du contexte de la disposition législative et des objets de la loi.

La justification de cette approche et son importance sont discutées à fond par le juge L’Heureux-Dubé dans une opinion concurrente dans 2747-3174 *Québec Inc.*, précité. Le juge fait surtout ressortir les problèmes associés à l’ancienne règle relative au sens ordinaire des mots lorsqu’elle explique que cette règle obscurcit le fait (au par. 154)

que le soi-disant « sens ordinaire » est fondé sur un ensemble de prémisses sous-jacentes qui se trouvent dissimulées dans le raisonnement juridique. En réalité, le « sens ordinaire » ne peut être autre chose que le résultat d’un processus implicite d’interprétation juridique. [Soulignement omis.]

Dans son analyse, le juge L’Heureux-Dubé cite au par. 155 un passage cinglant de M. Zander, *The Law-Making Process* (4^e éd. 1994), p. 126 :

The literal *interpretation* in a particular case may in fact be the best and wisest of the various alternatives, but the literal *approach* is always wrong because it amounts to an abdication of responsibility by the judge. Instead of decisions being based on reason and principle, the literalist bases his decision on one meaning arbitrarily preferred. [Emphasis in original.]

The conclusion must therefore be that it is essential in all cases to consider the purpose of the Act and the overall legislative objective. In *Sharpe*, *supra*, McLachlin C.J. refused to adopt an interpretation of s. 163.1(1)(a) that would have required that she include things in the definition of the intended material caught by the law that would not have served the legislative objective (para. 43).

In this case, the same reasoning must be applied in analysing the expression “document produced for that member”. Interpreting s. 34 without examining the legislative context and the specific purpose of the exception set out in that section is an error. As in *Sharpe*, failing to refer to the legislative objective creates a risk of catching things within the scope of the provision that should not be included, because including them does nothing to achieve the legislature’s intended objective. It is also very clear that disregarding the legislature’s overall intention contradicts s. 41 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, as in *Rizzo Shoes*, *supra*. As noted earlier, the error made by the Commissioner creates an inconsistency between the objective of the *Access Act*, which he ignored, and its actual content. This confirms that his interpretation is unreasonable. The effect of the Commissioner’s interpretation is that the legislature enacted an incoherent statute, giving generous access to government information on one hand, and denying access, even in respect of matters relating to the day-to-day management of public funds by the legislative body, composed of the Members, on the other.

In our opinion, a narrow interpretation of the exceptions that is consistent with its underlying objective could not reasonably have led to the conclusion that s. 34 applied to the document requested since that document is essentially an accounting

[TRADUCTION] Il est possible que, dans un cas donné, l’*interprétation* littérale soit la meilleure et la plus sage des solutions, mais l’*approche* littérale est toujours mauvaise parce qu’elle équivaut à l’abdication par le juge de ses responsabilités. Au lieu de fonder leurs décisions sur la raison et sur des principes, les partisans de l’approche littérale basent leurs décisions sur un sens choisi arbitrairement. [En italique dans l’original.]

Il faut alors retenir qu’il est essentiel, dans tous les cas, de tenir compte de l’objet de la loi et de l’objectif législatif général. Dans *Sharpe*, précité, le juge en chef McLachlin a refusé d’adopter une interprétation de l’al. 163.1(1)a qui l’aurait amenée à inclure dans la définition du matériel visé des choses dont l’inclusion ne servirait aucunement la réalisation de l’objectif législatif (par. 43).

Dans la présente instance, il faut appliquer le même raisonnement à l’analyse de l’expression « pour le compte de ce membre ». C’est une erreur d’interpréter l’art. 34 sans se référer au contexte législatif et à l’objet spécifique de l’exception visée par cet article. Comme dans *Sharpe*, le défaut de se référer à l’objectif législatif fait courir le risque d’inclure dans la portée de l’article des choses qui ne devraient pas s’y trouver parce que leur inclusion n’avance en rien la réalisation de l’intention du législateur. Il est aussi bien clair que le fait de ne pas tenir compte de l’intention générale du législateur contredit l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, comme dans *Rizzo Shoes*, précité. Cette erreur du Commissaire crée, comme nous l’avons noté, une incompatibilité entre l’objectif, qu’il néglige, et le contenu réel de la *Loi sur l’accès*, ce qui confirme son caractère déraisonnable. Selon l’interprétation du Commissaire, le législateur aurait adopté une législation incohérente, accordant d’une main un accès généreux à l’information gouvernementale, pour, de l’autre, la refuser même à l’égard de matières concernant la gestion courante des fonds publics par le corps législatif que forment les députés.

À notre avis, une interprétation restrictive des exceptions, conforme à l’objectif qui les anime, ne pouvait raisonnablement mener à la conclusion que l’art. 34 visait le document demandé puisqu’il s’agit essentiellement d’un état comptable préparé pour le

69

70

71

statement prepared for the accounting service. The other sections in subdivision 5 list the categories of documents that are exempt from disclosure at the discretion of the Conseil exécutif or of a public body acting as an entity; it seems to us that s. 34 must confer the same power on Members of the National Assembly acting individually. Although the other provisions of subdivision 5 do not provide an exhaustive list of cases where s. 34 applies, they nonetheless provide important guidance as to the types of information and documents caught by that provision. Even though it can be argued that s. 34 might possibly apply to cases other than those specifically mentioned in subdivision 5, the scope of that provision is not so broad that it would extend to the accounting statements in question. This is entirely consistent with the conclusion reached by the Commissioner himself, given that he accepted the testimony of Gilles Dumont, a computer and administrative systems analyst in the National Assembly's financial resources management branch. In the Commissioner's opinion (at p. 225), Mr. Dumont's testimony confirmed that

[TRANSLATION] payment of amounts owing to the people thus employed is made at the Member's request. The Member must first fill out the proper form and send it to the National Assembly's accounting department. Before authorizing payment, the employee assigned to that job verifies that the total payroll that was made available to the Member has not been exhausted.

We would also add on this point that it was not shown that the information requested could have any impact on the independence of the Member in performing his duties. While the Commissioner did not discuss this point, we agree with the comments made by Chamberland J.A. on the issue.

service de la comptabilité. Les autres articles de la sous-section 5 font l'énumération des catégories de documents qui sont soustraits à la divulgation à la discrétion du Conseil exécutif ou d'un organisme public agissant en tant qu'organisme collectif; il nous semble que l'art. 34 doit accorder un pouvoir semblable aux membres de l'Assemblée nationale agissant sur une base individuelle. Bien que les autres articles de la sous-section 5 n'établissent pas de liste exhaustive des cas d'application de l'art. 34, ils n'en donnent pas moins des indications importantes sur le type d'information et de documents que cette disposition vise. Même si l'on peut soutenir que l'art. 34 pourrait éventuellement s'appliquer à d'autres cas que ceux que mentionne spécifiquement la sous-section 5, celui-ci n'a pas une portée assez vaste pour inclure les états comptables en cause. Cette conclusion est tout à fait conforme à celle du Commissaire lui-même, dans la mesure où il accepte le témoignage de M. Gilles Dumont, analyste en procédés informatiques et administratifs à la Direction de la gestion des ressources financières de l'Assemblée nationale. Selon le Commissaire (à la p. 225), le témoignage de M. Dumont confirme que

le paiement des sommes dues aux personnes ainsi engagées est effectué à la demande du député. Ce dernier doit préalablement compléter le formulaire approprié et le transmettre au Service de la comptabilité de l'Assemblée nationale. Avant d'autoriser le paiement, le fonctionnaire affecté à cette tâche s'assure que la masse salariale mise à la disposition du député n'est pas épuisée.

Nous ajoutons ici qu'il n'a pas été démontré que la divulgation des renseignements demandés pouvait avoir un impact sur l'indépendance du député dans l'exécution de ses fonctions. Le Commissaire n'a pas discuté ce point; nous sommes d'accord, pour notre part, avec les commentaires du juge Chamberland sur la question.

La protection des documents que prévoit l'art. 34 sert une fin spécifique, l'indépendance du député dans l'exécution de ses fonctions. Par ailleurs, les art. 3 et 9 énoncent clairement que la *Loi sur l'accès* vise à permettre un accès public à une partie de la documentation des organismes publics, y compris l'Assemblée nationale. Cet objectif de transparence

When s. 34 protects documents, it is for a specific purpose: the independence of a Member in performing his or her duties. Moreover, ss. 3 and 9 clearly state that the purpose of the *Access Act* is to allow public access to a portion of the documents kept by public bodies, including the National Assembly. That objective, the transparency of government

administrative bodies, was recently reaffirmed by the Quebec Court of Appeal in a case in which it even pointed out the quasi-constitutional nature of this Act. In *Conseil de la magistrature du Québec v. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, the court stated at para. 47:

[TRANSLATION] This issue involves a conflict between two important principles. The first is the right to information, which is one of the cornerstones of our democratic system. Unless there is a clear exception, justified by the preservation of a higher interest (for instance, privacy), every citizen must have access to documents kept by a public body. Henceforth, the government and its agencies may no longer shelter behind administrative silence, or privilege, either to refuse to disclose even sensitive information, or to avoid accountability for their decisions. There must be great transparency in the administration of public affairs; this is the guarantee of the democratic exercise of the individual's rights. The 1982 access to information legislation represents a remarkable step forward in this respect, in its effort to achieve transparency in the management of public affairs.

See also Y. Duplessis and J. Héту, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* (loose-leaf), vol. 2, ch. I, at p. 10 103.

Because it disregards the legislative context and in particular the purpose of the *Access Act*, the Commissioner's interpretation of s. 34 is unreasonable. In *2747-3174 Québec Inc.*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. clearly stated, at para. 150, that the rules of statutory construction are an essential part of the judicial process:

While imprecision in the substantive law may potentially affect a certain segment of our society, vagueness in legal methodology has effects that pervade the entire judicial system in its broadest sense and are accordingly felt by society as a whole.

In our view, legal interpretation is one of those areas of the law in respect of which the judiciary must be extremely vigilant and fully perform its normative function (para. 151). Iacobucci J. confirmed this in *Rizzo Shoes*, *supra*, at para. 27, when

de l'administration publique a d'ailleurs été réaffirmé récemment par la Cour d'appel du Québec dans un arrêt où elle signale même la valeur quasi constitutionnelle de cette loi. Dans *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, la cour dit au par. 47 :

Cette question met en opposition deux grands principes. Le premier est celui du droit à l'information, qui est une des bases de notre système démocratique. Tout citoyen, sauf exception caractérisée et motivée par la préservation d'un intérêt supérieur (dont, par exemple, le respect de la vie privée), doit pouvoir avoir accès aux documents détenus par un organisme public. Le gouvernement et ses organismes ne peuvent plus désormais se réfugier derrière le silence administratif ou le droit au secret pour, d'une part, refuser de dévoiler des informations mêmes sensibles et, d'autre part, éviter de subir l'imputabilité de leurs décisions. L'administration de la chose publique doit avoir une grande transparence, garantie, pour le citoyen, de l'exercice démocratique de ses droits. La loi sur l'accès à l'information de 1982 représente à cet égard un remarquable pas en avant dans la recherche de la transparence de la gestion et de l'administration publique.

Voir aussi Y. Duplessis et J. Héту, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* (feuilles mobiles), vol. 2, ch. I, p. 10 103.

Parce qu'elle ne tient pas compte du contexte législatif et particulièrement de l'objectif de la *Loi sur l'accès*, l'interprétation que fait le Commissaire de l'art. 34 est déraisonnable. Dans *2747-3174 Québec Inc.*, précité, le juge L'Heureux-Dubé explique bien, au par. 150, que les règles d'interprétation législative sont une partie essentielle du processus judiciaire :

Alors que l'imprécision d'un droit substantif peut, potentiellement, toucher un certain segment de notre société, le caractère flou de la méthodologie en droit emporte des effets qui s'infiltrent dans toute la composante judiciaire au sens large, et ceux-ci touchent donc l'ensemble de la société.

Le mode d'interprétation des lois est donc un domaine du droit dans lequel les tribunaux doivent exercer une grande vigilance et remplir pleinement leur fonction normative (par. 151). C'est ce que confirme le juge Iacobucci dans *Rizzo Shoes*, précité,

he found that the interpretation given by the Court of Appeal led to an absurd result:

According to *Côté, supra*, an interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment Sullivan echoes these comments noting that a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile [Emphasis added.]

An error in the application of the method of interpretation will not necessarily amount to an unreasonable decision. However, some errors appear to be so fundamental that they vitiate the reasonableness of the decision. They therefore justify the intervention by the superior courts to ensure that the legal rule is properly applied and that the principle of legality that governs the actions of administrative tribunals is preserved.

75 The need to interpret the Act in light of its real purpose is not simply a question of approach or of strategy. It is a duty, an essential part of the judicial process. As *Zander, supra*, observed, if the court or the administrative tribunal does not take into account the legislative purpose in its interpretation, it is acting unconsciously or arbitrarily, and that is certainly not reasonable.

76 In this case, the respondents' position regarding the exceptions to the duty to disclose cannot reasonably be defended. We strongly doubt that it is essential to a Member's ability to perform his or her role that the manner in which the Member spends the public funds made available to him or her, the use of which is subject to specific terms and conditions, be protected from disclosure.

77 In our opinion, the Commissioner's decision relating to s. 34 is unreasonable. As stated earlier, his broad interpretation of a rule providing for an exception is inconsistent with achieving the purpose of the *Access Act*. The analysis also contains an error in the characterization of the document: there was nothing in the evidence submitted to the Commissioner that justifies his interpretation on that

par. 27, lorsqu'il conclut que l'interprétation de la Cour d'appel a mené à un résultat absurde :

D'après *Côté, op. cit.*, on qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif [. . .] Sullivan partage cet avis en faisant remarquer qu'on peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile [Nous soulignons.]

Ainsi, toute erreur dans la méthode d'interprétation n'aura pas nécessairement un caractère déraisonnable. Cependant, certaines erreurs paraissent si fondamentales qu'elles touchent à la rationalité de la décision. Elles justifient alors l'intervention des tribunaux supérieurs pour assurer l'application régulière de la règle de droit et la préservation du principe de légalité gouvernant l'action des tribunaux administratifs.

La nécessité d'interpréter la loi à la lumière de son objet véritable n'est pas simplement une question d'approche ou de stratégie. C'est un devoir, une partie essentielle du processus judiciaire. Comme le note *Zander, op. cit.*, si la cour ou le tribunal administratif ne tient pas compte de l'objectif législatif dans son interprétation, il se trouve à agir de façon inconsciente ou arbitraire, ce qui n'est certes pas raisonnable.

Dans la présente affaire, on ne peut raisonnablement défendre la position des intimés sur les exceptions à l'obligation de divulgation. Nous doutons fort qu'il soit essentiel à la fonction du député de garder le secret sur la façon dont il dépense les fonds publics qui sont mis à sa disposition et dont l'utilisation est soumise à des modalités précises.

À notre avis, la décision du Commissaire relativement à l'art. 34 est déraisonnable. Tel qu'indiqué plus haut, son interprétation large d'une règle d'exception est incompatible avec la réalisation de l'objectif de la *Loi sur l'accès*. L'analyse comporte aussi une erreur dans la caractérisation du document. En effet, rien dans la preuve soumise au Commissaire ne justifie son interprétation sur ce

point. In fact, at p. 227 of his decision, Mr. Comeau wrote:

[TRANSLATION] This does not in any way alter the fact that the documents are produced for the Member, that they are treated as confidential by some members of the staff of the Assembly who have access to them in the course of their duties, and that the Member has complete discretion in choosing his staff and the contracts for professional services that he enters into.

There is no real explanation of the connection between the document and s. 34; this explanation is required according to *Southam, supra*. The Commissioner simply said that the fact that a document is kept by the accounting department does not mean that it will not be caught by s. 34. The Commissioner did not consider whether the document can be considered to have been prepared for the Member when it must, in any event, have been prepared for the accounting service, whether or not it was delivered to the Member. We note that the French version of the *Access Act* says that the document must be produced “*pour le compte [du député]*”. This suggests that the document has a specific purpose that relates directly and specifically to the individual Member and the performance of his or her role. The English version confirms that interpretation by using the preposition “for” rather than “about”. The Commissioner added that the document is kept confidential. That is self-evident, and is the reason why the *Access Act* was enacted. The Commissioner also said that a Member is free to enter into contracts, but did not say how access to financial information would interfere with that freedom. Where the structure of and reasons for a decision are of this nature, that decision must be characterized as unreasonable within the meaning of that expression as used in judicial review.

3. *Analysis of Sections 53, 55 and 57*

The second issue we must address is the prohibition on disclosing nominative information under s. 53, which is subject to the exceptions in s. 57. That section provides a list of information that is considered to be public:

(2) the name, title, duties, address and telephone number at work and classification, including the salary

plan. M. Comeau écrit d'ailleurs à la p. 227 de sa décision :

Ceci n'enlève rien au fait que les documents sont produits pour le compte du député, qu'ils sont traités confidentiellement par les quelques membres du personnel de l'Assemblée qui y ont accès dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions et que le député jouit d'une entière discrétion dans le choix de son personnel et des contrats de services professionnels qu'il conclut.

On ne trouve ici aucune explication réelle du lien entre le document et l'art. 34, ce qui est aussi requis suivant l'arrêt *Southam*, précité. Le Commissaire dit simplement que ce n'est pas parce que c'est un document du service de comptabilité qu'il ne peut pas être un document visé par l'art. 34. Il ne se demande pas si le document doit être considéré comme étant préparé pour le compte du député alors qu'il doit être préparé pour le service de comptabilité de toute manière, qu'il soit communiqué ou non au député. La version française de la *Loi sur l'accès* indique pourtant que le document doit être produit « pour le compte » du député. Cela implique que le document a une finalité précise visant directement et particulièrement la personne du député et l'exécution de sa fonction. La version anglaise confirme cette interprétation en utilisant la préposition « for » et non « about ». Le Commissaire ajoute que le document est gardé confidentiellement. Cela va de soi. C'est pour cela que la *Loi sur l'accès* a été adoptée. Le Commissaire ajoute que le député est libre de contracter, mais ne dit pas en quoi l'accès aux renseignements financiers entraverait cette liberté. Une décision structurée et motivée de telle manière doit être qualifiée de déraisonnable au sens de cette expression en matière de contrôle judiciaire.

3. *Analyse des art. 53, 55 et 57*

La deuxième question qui nous intéresse est l'interdiction de la divulgation de renseignements nominatifs aux termes de l'art. 53, qui est sujette aux exceptions de l'art. 57. Cet article donne une liste de renseignements qui sont considérés publics :

2° le nom, le titre, la fonction, l'adresse et le numéro de téléphone du lieu de travail et la classification, y

scale attached to the classification, of a member of the personnel of a public body;

(3) information concerning a person as a party to a service contract entered into with a public body, and the terms and conditions of the contract;

80

It is clear that the information requested in this case will not be nominative if the Member is considered to constitute a public body. It is argued, first, that s. 1 of the *Act Respecting the National Assembly*, which provides that the National Assembly “is composed of the Members elected”, means that no distinction may be made between the Assembly and its Members. Second, it is argued, based on the conclusions of Judge Gagnon in *Sauvé*, that the Members are distinct from the institution itself. We would note, on this point, that the Commissioner did not analyse the issue himself; rather, he simply adopted the reasons of Judge Gagnon in *Sauvé*.

81

In order to dispose of the issue, we must first refer to s. 3 of the *Access Act*. That section provides that the National Assembly and every person designated by the Assembly to an office under its jurisdiction, together with the personnel under its supervision, are considered to constitute public bodies. That provision is very important because the interpretation of the *Access Act* must take into account the intention of the legislature that the Assembly be subject to the duty of transparency. In other words, the *Access Act* must be interpreted not so as to impede its purpose, but so as to ensure that its purpose is achieved.

82

Here again, two diametrically opposite positions must be analysed. The appellant submits that if the Member was not included in s. 57, it would not have been necessary to enact s. 34. If he was not considered to constitute a public body, no request for access to his documents could be made under s. 9. The respondents argue that the independence of the Members must be taken into account; they argue that if any interference with that independence had been intended, it would have been specifically set out in the Act.

83

In *Sauvé*, Judge Gagnon found that s. 1 of the *Act Respecting the National Assembly* is not

compris l'échelle de traitement rattachée à cette classification, d'un membre du personnel d'un organisme public;

3° un renseignement concernant une personne en sa qualité de partie à un contrat de services conclu avec un organisme public, ainsi que les conditions de ce contrat;

Il est donc clair que les renseignements demandés dans la présente affaire ne seront pas considérés nominatifs si le député est assimilé à un organisme public. D'une part, il est allégué que l'art. 1 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* qui prévoit que l'Assemblée « se compose des députés élus » fait qu'on ne peut distinguer l'Assemblée de ses membres. D'autre part, on fait valoir, suivant les conclusions du juge Gagnon dans *Sauvé*, que les membres sont distincts de l'institution elle-même. Nous rappellerons ici que le Commissaire n'a pas procédé à une analyse indépendante de la question, mais qu'il a simplement adopté les motifs du juge Gagnon dans *Sauvé*.

Pour trancher la question, il faut d'abord se référer à l'art. 3 de la *Loi sur l'accès*. Celui-ci dispose que l'Assemblée nationale, les personnes qu'elle désigne pour exercer une fonction en relevant et les personnes qu'elle dirige, sont assimilées à un organisme public. Cette disposition est très importante parce que l'interprétation de la *Loi sur l'accès* doit tenir compte de la volonté du législateur de soumettre l'Assemblée au devoir de transparence. En d'autres mots, la *Loi sur l'accès* ne doit pas être interprétée de manière à faire obstacle à cet objet, mais à en garantir la réalisation.

Ici encore, deux positions diamétralement opposées doivent être analysées. D'une part, l'appelant fait valoir que si le député n'était pas visé par l'art. 57, il n'aurait pas été nécessaire d'adopter l'art. 34. N'étant pas assimilé à un organisme public, aucun de ses documents ne pourrait faire l'objet d'une demande d'accès suivant l'art. 9. Les intimés, pour leur part, plaident qu'il faut tenir compte de l'indépendance des députés, ce qui les amène à conclure que toute atteinte à celle-ci aurait été prévue spécifiquement si elle avait été voulue.

Dans l'affaire *Sauvé*, le juge Gagnon écrit que l'art. 1 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* n'est

conclusive, particularly because the *Access Act* makes no connection between the source of the funds made available to a Member and his status as a public body, and because the *Act Respecting the National Assembly* makes a distinction between the staff of a Member and the staff of the National Assembly. In his opinion, reference to the Member's independence suggests that there would have been a specific provision recognizing the status of a Member as a public body if this had been the intention of the National Assembly.

In our opinion, the reasons in *Sauvé, supra*, suffer from the same defect as the Commissioner's reasons with regard to s. 34, which were discussed earlier. Judge Gagnon analysed the *Access Act* literally, without considering its purpose, the justification needed for the exceptions to the principles it lays down, or what is actually required with regard to the Member's independence pursuant to s. 57. He did not refer to any rule of interpretation and did not do any contextual analysis. By adopting those reasons, the Commissioner adopted a reasoning that does not meet the requirements of the standard of reasonableness described in *Southam, supra*, and *Pezim, supra*.

Moreover, the respondents' argument does not take into account the need to ensure coherency between statutes, in this case between the *Act Respecting the National Assembly* and the *Access Act*. In *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, Lamer C.J. said, at para. 61: "There is no doubt that the principle that statutes dealing with similar subjects must be presumed to be coherent means that interpretations favouring harmony among those statutes should prevail over discordant ones". In this case, s. 3 of the *Access Act* expressly provides that the National Assembly and its staff are considered to constitute public bodies. Section 1 of the *Act Respecting the National Assembly* provides that the Assembly is composed of its Members. An interpretation of s. 3 inconsistent with the recognition that the National Assembly is composed of its Members would be incompatible with the rule that there must be harmony among statutes. The respondents argue that the Assembly

pas déterminant, notamment parce que la *Loi sur l'accès* ne fait aucun rapport entre la provenance des fonds mis à la disposition du député et le statut d'organisme public, et parce que la *Loi sur l'Assemblée nationale* fait une distinction entre le personnel du député et celui de l'Assemblée nationale. Selon lui, la notion d'indépendance du député indique que l'assimilation du député à un organisme public aurait fait l'objet d'une disposition spécifique si telle avait été l'intention de l'Assemblée nationale.

À notre avis, les motifs dans *Sauvé*, précité, souffrent du même défaut que ceux du Commissaire relativement à l'art. 34, discuté antérieurement. Le juge Gagnon a procédé à une analyse littérale sans tenir compte de l'objet de la *Loi sur l'accès*, de la justification requise pour les exceptions aux principes qu'elle formule, ou des exigences réelles de la notion d'indépendance du député eu égard à l'art. 57. Il ne mentionne aucune règle d'interprétation et ne procède à aucune analyse contextuelle. En adoptant ces motifs, le Commissaire a adopté un raisonnement qui ne satisfait pas aux exigences de la norme de la décision raisonnable décrite dans *Southam* et *Pezim*, précités.

L'argument des intimés ne tient pas compte de la nécessité d'assurer la cohérence des lois, ici la *Loi sur l'Assemblée nationale* et la *Loi sur l'accès*. Dans *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, le juge en chef Lamer affirme, au par. 61 : « Certes, selon le principe de la présomption de cohérence des lois qui portent sur des sujets analogues, l'interprète doit chercher l'harmonisation entre ces lois plutôt que leur contradiction ». Dans la présente affaire, l'art. 3 de la *Loi sur l'accès* prévoit de façon expresse que l'Assemblée nationale et son personnel sont assimilés à des organismes publics. L'article premier de la *Loi sur l'Assemblée nationale* stipule que l'Assemblée est constituée de ses membres. Une interprétation de l'art. 3 qui signifierait que l'Assemblée nationale n'est pas constituée de ses membres serait incompatible avec la règle d'harmonisation des lois. Les intimés prétendent qu'il ne faut pas confondre l'Assemblée et ses membres. Pourtant, cette distinction ne respecte pas le texte de l'art. 3 et l'intention claire d'inclure

84

85

must not be confused with its Members, even though that distinction is not consistent with the text of s. 3 and the clear intention that the National Assembly be included among the bodies covered by the *Access Act*. However, including the Members in this case does not diminish their independence in any way. The fact that a Member's staff is mentioned separately from the staff of the National Assembly does not appear to us to have any impact on the status of a Member. The fact that a Member has staff working exclusively for him or her facilitates the Member's work but says nothing about the Member's obligations of transparency under the *Access Act*. Nor is there any explanation showing why that distinction is essential to a Member's independence. After all, this independence appears *prima facie* to exist even if the Member does not have staff working exclusively for him or her.

l'Assemblée nationale au nombre des organismes visés par la *Loi sur l'accès*. Inclure les députés ici ne diminue en rien leur indépendance. Le fait que le personnel du député soit mentionné séparément de celui de l'Assemblée nationale ne nous paraît avoir aucune incidence sur le statut du député. Le fait qu'un député ait du personnel à son service exclusif facilite son travail mais n'a rien à voir avec ses obligations de transparence résultant de la *Loi sur l'accès*. Il n'y a pas non plus d'explication reliant cette distinction à l'indépendance même du député qui nous semble à priori exister même si le député n'a pas de personnel à son service exclusif.

86

Section 53 sets out the general rule: nominative information is confidential. The objective of that section is clearly to protect privacy. Section 55 restricts the general rule by specifying that personal information which is public is subject to access. Section 57 provides examples that are very significant regarding the type of information that is requested in this case. The legislature intended that people who are employed by a public body or who do business with a body of that nature must forego confidentiality in their dealings with the public agency. The question that must then be asked is whether the *Access Act* should be interpreted as creating an exception to the rule for people who do business with Members rather than with the National Assembly directly. Would concluding that it did be consistent with the legislative intention? Would that deprive s. 3 of its value, in practice, in light of the objective of transparency assigned to an assembly "composed of the Members elected"? This is a fundamental consideration (*Héroux v. Groupe Forage Major*, [2001] C.L.P. 317 (C.A.)).

L'article 53 établit la règle générale : les renseignements nominatifs demeurent confidentiels. L'objectif poursuivi par cet article est clair : il s'agit de la protection de la vie privée. L'article 55 apporte un tempérament à la règle générale en précisant que les renseignements personnels ayant un caractère public sont soumis à la règle d'accès; l'art. 57 offre des exemples qui sont très significatifs eu égard au genre de renseignements qui sont demandés dans la présente instance. Le législateur a voulu que ceux qui sont à l'emploi d'un organisme public ou qui traitent avec un tel organisme doivent renoncer à la confidentialité de leurs rapports avec le service public. Dès lors se pose la question de savoir si l'on devrait interpréter la *Loi sur l'accès* comme créant une exception à la règle pour ceux qui traitent avec les députés plutôt qu'avec l'Assemblée nationale directement. Une telle conclusion est-elle conforme à l'intention législative? Rendrait-elle en pratique l'art. 3 sans valeur eu égard à l'objectif de transparence d'une Assemblée « constituée de ses membres élus »? C'est là une considération fondamentale (*Héroux c. Groupe Forage Major*, [2001] C.L.P. 317 (C.A.)).

87

The Commissioner did not really provide independent reasoning to explain his position. He simply adopted the reasoning of Judge Gagnon in

Le Commissaire n'a pas réellement fourni de raisonnement autonome pour expliquer sa position. Il a tout bonnement adopté le raisonnement du juge

Sauvé. In our opinion, the analysis and reasoning of Chamberland J.A. must be preferred in this case. Like him, we believe that s. 34 would be largely pointless if the Member was not subject to ss. 55 and 57. Like Chamberland J.A., we are of the opinion that this conclusion is supported by s. 9 of the *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels*, which provides:

[TRANSLATION] Subject to the provisions relating to access to information and to the protection of personal information, a member of the staff of a Member is bound by discretion regarding matters of which he or she has knowledge in the course of his or her duties.

The decision of the Commissioner on that issue was required to be reasonable, and it was not.

For these reasons, we would allow the appeal, with costs at all stages of the proceedings.

Appeal dismissed with costs, MAJOR, BASTARACHE, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitors for the respondents: Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

Gagnon dans *Sauvé*. À notre avis, on doit préférer ici l'analyse et le raisonnement du juge Chamberland. Nous croyons, comme lui, que l'art. 34 serait largement inutile si le député n'était pas assujéti aux art. 55 et 57. Comme le juge Chamberland, nous sommes d'avis que cette conclusion trouve une confirmation dans l'art. 9 du *Règlement sur la rémunération et les conditions de travail du personnel d'un député et sur le paiement des services professionnels* qui prévoit que :

Sous réserve des dispositions relatives à l'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels, le membre du personnel d'un député est tenu à la discrétion sur ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

La décision du Commissaire sur cette question devait être à tout le moins raisonnable. Elle ne l'était pas.

Pour ces motifs, nous accueillerions le pourvoi, avec dépens à toutes les étapes de la procédure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE, BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureurs des intimés : Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

**Laurent Laroche and Garage Côté
Laroche Inc.** *Respondents*

and

The Honourable Claude Pinard, J.C.Q.
Mis en cause

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.
LAROCHE**

Neutral citation: 2002 SCC 72.

File No.: 28417.

2002: January 16; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF
QUEBEC

Criminal law — Proceeds of crime — Restraint order — Special warrant of seizure — Application for review — Burden of proof — Exercise of power of review — Whether power of review may be exercised only within limits defined by courts in wiretap authorization reviews — Whether review judge may consider validity of search warrants underlying seizure and restraint proceedings — Whether review judge erred in quashing restraint order and special warrants of seizure — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

Criminal law — Proceeds of crime — Restraint order — Nature and scope of restraint orders — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

**Laurent Laroche et Garage Côté
Laroche Inc.** *Intimés*

et

L'honorable Claude Pinard, j.c.q.
Mis en cause

et

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

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
LAROCHE**

Référence neutre : 2002 CSC 72.

N^o du greffe : 28417.

2002 : 16 janvier; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache,
Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit criminel — Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Mandat spécial de saisie — Demande de révision — Fardeau de la preuve — Exercice du pouvoir de révision — Le pouvoir de révision s'exerce-t-il seulement dans les limites définies par la jurisprudence en matière de révision d'autorisations d'écoute électronique? — Le juge en révision peut-il considérer la validité des mandats de perquisition sous-jacents aux procédures de saisies et de blocage? — Le juge en révision a-t-il commis une erreur en annulant l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

Droit criminel — Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Nature et portée des ordonnances de blocage — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Restraint order on certain property under Criminal Code — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

L operated Garage Côté Laroche Inc., whose principal business was repairing seriously damaged road vehicles. Renting out industrial condominiums was added to the business, and the rentals are an important source of income. In the course of an audit, an employee of the Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) found serious irregularities in five rebuilt vehicle files submitted by the Garage. The employee was convinced that the certificates of technical compliance for the vehicles had been obtained illegally, and referred the files to the police. After an investigation, the five vehicles were seized. The Crown filed charges of forgery, uttering forged documents and possession of stolen property against L. The police investigation covered dozens of rebuilt vehicle files as well as recent real estate acquisitions. Based on the affidavit of an investigator, the Court of Québec granted a restraint order and issued seven special warrants of seizure under ss. 462.32 and 462.33 of the *Criminal Code*, covering both the immovable properties and the vehicles. When the police executed the warrants, they seized 24 vehicles that were not covered by the warrants and restraint order. The respondents then brought an application for review in the Superior Court under s. 462.34 of the *Code* and s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Superior Court granted the application and quashed the restraint order and special warrants of seizure in full.

Held (McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The restraint order and warrants of seizure authorized by the Court of Québec should be restored, except in respect of the 24 motor vehicles seized without authorization.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache and LeBel JJ.: The special warrant of seizure provided for in Part XII.2 of the *Criminal Code* constitutes a seizure with change of possession. A restraint order must be characterized as a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Such an order supplements seizures that are taking place contemporaneously and freezes the property. The status of the person in possession of the property is that of caretaker or administrator of his or her own property. The property is placed under the legal and actual control of the criminal justice system. The purpose of this measure for exercising control is to facilitate criminal

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Ordonnance de blocage sur certains biens en vertu du Code criminel — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

L exploite le Garage Côté Laroche Inc. dont la principale activité est la réparation de véhicules routiers gravement accidentés. La location de condominiums industriels s'est ajoutée au commerce et représente une source importante de revenus. Au cours d'une vérification, un employé de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) constate que cinq dossiers de reconstruction présentés par le Garage comportent des irrégularités graves. Convaincu que les certificats de conformité technique des véhicules ont été obtenus illégalement, le fonctionnaire remet les dossiers au service de police. Après enquête, les cinq véhicules en cause sont saisis. Le ministère public porte des accusations de faux, d'usage de faux et de recel contre L. L'enquête policière s'étend à des dizaines de dossiers de reconstruction ainsi qu'aux récentes acquisitions immobilières. Sur la foi de l'affidavit d'un enquêteur, la Cour du Québec rend une ordonnance de blocage et délivre sept mandats spéciaux de saisie en vertu des art. 462.32 et 462.33 du *Code criminel*, visant à la fois les immeubles et les véhicules. Au cours de l'exécution, les policiers saisissent 24 véhicules qui n'étaient pas visés par les mandats et l'ordonnance. Les intimés présentent alors une requête en révision fondée sur les art. 462.34 du *Code* et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* devant la Cour supérieure. Celle-ci accueille la requête et annule en totalité l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et le juge Arbour sont dissidentes en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. L'ordonnance de blocage et les mandats de saisie autorisés par la Cour du Québec sont rétablis, sauf à l'égard des 24 véhicules automobiles saisis sans autorisation.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache et LeBel : Le mandat spécial de saisie prévu à la partie XII.2 du *Code criminel* constitue une saisie avec dépossession. L'ordonnance de blocage doit être qualifiée de saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Celle-ci complète les saisies courantes et immobilise le bien. Le statut du possesseur est celui de gardien ou d'administrateur de son propre bien. Le bien se trouve placé sous le contrôle juridique et effectif de la justice pénale. Cette mesure de contrôle vise à faciliter les enquêtes criminelles et à prévenir la disparition ou la dilapidation des biens. Ceci permet de punir plus efficacement les crimes visés et

investigations and prevent the disappearance or wasting of the property. Doing this makes it possible to punish the crimes in question more effectively and facilitates the enforcement of any orders of forfeiture.

A judge may make a restraint order or issue a general warrant of seizure in respect of property if there are reasonable grounds to believe that an order of forfeiture may be made in respect of the property under s. 462.37(1) or 462.38(2). The express reference to s. 462.37(1) in the English version of s. 462.37(2) means that any order of forfeiture made under that second subsection is in fact made under the first subsection.

While the principles stated in the wiretap case law concerning the importance of the role of the authorizing judge, and the obligations of the public officials who seek those wiretaps, remain relevant, the wording of s. 462.34(6) of the *Code* calls for the use of an analytical framework which differs substantially from the framework by which a judge who must review a wiretap authorization is governed. The reviewing judge must decide whether he or she would have made the same decision as the authorizing judge, having regard to all of the evidence in the judge's possession following the hearing. If the reviewing judge is of a different opinion, he or she must correct the initial error. The applicant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the authorization should not have been granted. The applicant must demolish the appearance of validity attached to the authorization.

The Superior Court correctly held that it could review the validity of the search warrants underlying the seizure and restraint proceedings. In this case, recognizing that the reviewing judge has jurisdiction that permits him or her to consider allegations that s. 8 of the *Charter* has been seriously violated does not adversely affect the fundamental interests of the administration of justice and makes it possible to offer an effective remedy against a restraint order and warrants of seizure. The restraint order will not necessarily be debated and reviewed in the course of the criminal trial. When the defects in the decision authorizing a warrant of seizure or restraint order result from some unconstitutional illegality in the underlying search warrants, it would be difficult to examine the legal situation properly without considering those various proceedings as a whole, and without having regard to their close legal and factual connections. A requirement that the remedy be sought by *certiorari* would amount to undue procedural strictness. The Superior Court already exercises inherent jurisdiction over all aspects of the proceedings. Moreover, an application for a remedy under s. 24 of the *Charter* may be joined with the application for

facilite la mise à exécution des ordonnances éventuelles de confiscation.

Un juge peut rendre une ordonnance de blocage ou décerner un mandat général de saisie à l'égard de biens s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être confisqués en vertu des par. 462.37(1) ou 462.38(2). La référence explicite au par. 462.37(1) dans la version anglaise du par. 462.37(2) signifie que toute ordonnance de confiscation rendue en vertu de ce second paragraphe l'est en fait en vertu du premier.

Bien que les principes dégagés dans la jurisprudence concernant l'écoute électronique quant à l'importance du rôle du juge saisi de la demande d'autorisation, et aux obligations des autorités publiques qui les sollicitent, demeurent toujours pertinents, le libellé du par. 462.34(6) du *Code* impose au juge siégeant en révision un cadre d'analyse qui diffère substantiellement de celui dans lequel se trouve placé un juge chargé de réviser une autorisation d'écoute électronique. Le juge siégeant en révision doit décider s'il aurait rendu la même décision que le juge saisi de la demande d'autorisation en tenant compte de tous les éléments de preuve qu'il possède à la suite de l'audition. S'il diffère d'opinion, il doit corriger la décision initiale. Le requérant a le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'autorisation n'aurait pas dû être accordée. Il doit détruire l'apparence de validité qui se rattache à l'autorisation.

La Cour supérieure a eu raison de conclure qu'elle pouvait examiner la validité des mandats de perquisition sous-jacents aux procédures de saisies et de blocage. En l'espèce, reconnaître que la compétence du juge siégeant en révision lui permet d'examiner les alléguations de violation grave de l'art. 8 de la *Charte* ne lèse pas les intérêts fondamentaux de l'administration de la justice et permet d'offrir un recours efficace à l'égard de l'ordonnance de blocage et des mandats de saisie. Le blocage ne fera pas nécessairement l'objet d'un débat et d'une révision au cours du procès criminel. Si les vices d'une autorisation de saisie ou de blocage résultaient de l'illégalité constitutionnelle des mandats de perquisition sous-jacents, il serait difficile d'examiner la situation juridique de manière adéquate, sans considérer dans leur ensemble ces diverses procédures et sans tenir compte de leurs liens juridiques et factuels étroits. Exiger le recours au *certiorari* constituerait une rigueur procédurale excessive. La Cour supérieure possède déjà une compétence plénière sur tous les aspects des procédures. De plus, une demande de réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte* peut être jointe à la requête en révision et

review and so allows that aspect of the case to be brought before the court in any event.

The information obtained by the SAAQ employee had originally been provided by the respondents in compliance with legislative and regulatory obligations. They should have known that this information would be examined and audited by the SAAQ and was therefore not private in relation to the government. In carrying out and expanding his investigation, and transmitting information to the police, the employee was merely performing the duties of his position. That information constituted reasonable and probable grounds for obtaining the search warrants. The affidavit sworn by the investigator contained weaknesses and errors, but they did not mean that it could be given no weight at all for the purposes of making the order. Having regard to the information obtained through the administrative investigations and searches, the Crown had reasonable and probable grounds, at the authorization stage, to believe that the property in respect of which the restraint order and warrants of seizure were sought was proceeds of crime and could eventually have been the subject of an order of forfeiture. The onus was on the respondents, on review, to establish that the warrants of seizure should not have been issued and the restraint order should not have been made by the authorizing judge, on a balance of probabilities. Having failed in their attack on the underlying warrants, the respondents then had to present evidence to explain the source of the property, in order to establish, on a balance of probabilities, that it was not proceeds of crime. In this case, if the reviewing judge had applied *Colarusso* correctly, and had correctly understood the nature of the evidence that was required for judicial review, he would have had to dismiss the application for review, except in respect of the 24 vehicles seized without authorization. There was no basis in law for the restraint or seizure of those vehicles, and the Crown was unable to establish that those vehicles were connected with criminal activities. Nor did it establish that the vehicles might be the subject of an order of forfeiture as proceeds of crime. For the other vehicles, the evidence wrongly excluded by the review judge related those vehicles to criminal activities involving fraud, falsifying documents and possession of stolen property and the respondents presented no evidence that effectively contradicted the information relied on in support of the application for the restraint order. With respect to the immovables, the respondents had to establish, on a balance of probabilities, that they were not proceeds of crime and that therefore there were no reasonable and probable grounds for making the restraint order. It was not required that innocence be proved at that stage. Essentially, they had to establish the origin of the funds with which the immovables had been purchased, according to that standard of proof, something which they did not succeed in doing.

permet de toute façon d'introduire cet aspect du débat devant le tribunal.

Les informations obtenues par le fonctionnaire de la SAAQ avaient été fournies par les intimés en exécution d'obligations législatives et réglementaires. Ils devaient savoir que ces renseignements seraient examinés et vérifiés par la SAAQ et n'avaient donc pas de caractère privé à l'égard de l'administration publique. En effectuant et en amplifiant son enquête, de même qu'en transmettant les renseignements à la police, le fonctionnaire ne faisait que remplir les devoirs de ses fonctions. Ces renseignements constituaient une base raisonnable et probable pour l'obtention des mandats de perquisition. L'affidavit de l'enquêteur comportait des faiblesses et des erreurs qui ne le privaient toutefois pas de toute valeur pour la délivrance de l'ordonnance. En tenant compte des renseignements obtenus à la suite des vérifications administratives et des perquisitions, le ministère public avait, au stade de l'autorisation, établi des motifs raisonnables et probables de croire que les biens visés par l'ordonnance de blocage et les mandats de saisie étaient des produits de la criminalité et pouvaient être éventuellement confisqués. Il appartenait aux intimés d'établir, en révision, que les mandats de saisie et l'ordonnance de blocage n'auraient pas dû être délivrés par le juge qui a accordé l'autorisation et ce, selon la prépondérance des probabilités. Échouant dans leur contestation des mandats sous-jacents, les intimés devaient alors présenter une preuve expliquant l'origine des biens pour démontrer, selon la norme des probabilités, qu'il ne s'agissait pas de produits de la criminalité. En l'espèce, si le juge siégeant en révision avait appliqué correctement l'arrêt *Colarusso*, et saisi exactement la nature de la preuve nécessaire pour obtenir la révision, il aurait rejeté la requête en révision, sauf à l'égard des 24 véhicules saisis sans autorisation. Il n'existait aucune base légale pour le blocage ou la saisie de ces véhicules et le ministère public n'a pu démontrer un rattachement de ces véhicules à des activités criminelles. Il n'a pas non plus établi qu'ils pourraient être confisqués comme produits de la criminalité. Pour les autres véhicules, la preuve rejetée erronément par le juge siégeant en révision rattache ces véhicules à des activités criminelles de fraude, falsification et recel et les intimés n'ont présenté aucune preuve qui contredise effectivement les informations invoquées au soutien de la demande de blocage. Quant aux immeubles, les intimés devaient démontrer, selon la norme des probabilités, qu'ils n'étaient pas des produits de la criminalité et donc qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables pour l'autorisation de blocage. Il ne s'agit pas à cette étape d'une démonstration de l'innocence. En substance, ils devaient établir, selon cette norme, l'origine des fonds qui avaient permis l'acquisition des immeubles, ce qu'ils n'ont pas réussi à faire.

Per McLachlin C.J. and Arbour J. (dissenting in part): The Superior Court erred in setting aside the warrants and the restraint order on the vehicles covered by the warrants. Assuming without deciding that the court had the power to exclude the evidence obtained as a result of the initial seizures, its decision to do so cannot be justified. The SAAQ was entitled to report the information it obtained in the course of its own internal audit to the police. It is difficult to conclude that there was a reasonable expectation of privacy in the basic information turned over. The subsequent warrants flow directly from the discoveries the police made in connection with the first five vehicles. This is textbook police work, not a "fishing expedition".

The Superior Court did not err in setting aside the restraint order with respect to L's real property. It found that the evidence did not support a reasonable belief that the real property was the proceeds of crime and it was not asserted that this property was needed for the purpose of investigation or evidence. Section 462.34(6)(a) of the *Code* does not envisage a further requirement that the owner demonstrate that the affected property was not acquired with the proceeds of crime to have a restraint order lifted. This reflects the presumption of innocence.

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Lanteigne* (1994), 156 N.B.R. (2d) 17; *R. v. Fremanco Ltd.* (1995), 135 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. v. Domm* (1996), 111 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; **not followed:** *R. v. Seman* (1994), 93 Man. R. (2d) 151; *British Columbia (Attorney General) v. Felix*, [1993] B.C.J. No. 1870 (QL); **referred to:** *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Wilson v. Canada* (1993), 86 C.C.C. (3d) 464; *Oerlikon Aérospatiale Inc. v. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680; *170888 Canada Ltée c. La Reine*, [1999] R.J.Q. 1008; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24; *R. v. Lamy*, [2002] 1 S.C.R. 860, 2002 SCC 25; *R. v. Bisson*, [1994] 3 S.C.R. 1097; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R.*

Le juge en chef McLachlin et le juge Arbour (dissidentes en partie) : La Cour supérieure a commis une erreur en annulant les mandats et l'ordonnance de blocage à l'égard des véhicules visés par les mandats. En supposant, sans toutefois le décider, que la cour pouvait écarter la preuve obtenue grâce aux saisies initiales, sa décision de le faire ne peut pas être justifiée. La SAAQ avait le droit de communiquer à la police les renseignements qu'elle avait obtenus en vérifiant ses propres dossiers. Il est difficile de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements de base communiqués. Les mandats subséquents découlent directement des découvertes de la police relatives aux cinq premiers véhicules. Il s'agit d'un travail de policier conforme à la procédure prescrite, et non d'une recherche à l'aveuglette.

La Cour supérieure n'a commis aucune erreur en annulant l'ordonnance de blocage en ce qui concerne les biens immeubles de L. Elle a conclu que la preuve n'était pas la croyance raisonnable que ces biens immeubles étaient des produits de la criminalité. De plus, on n'avait pas fait valoir que l'on aurait besoin des immeubles soit pour une enquête soit à titre d'éléments de preuve. L'alinéa 462.34(6)a du *Code* ne prévoit pas que, pour obtenir l'annulation d'une ordonnance de blocage, le propriétaire du bien en question doit démontrer, en plus, que ce bien n'a pas été acquis grâce aux produits de la criminalité. Cela reflète la présomption d'innocence.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *R. c. Lanteigne* (1994), 156 R.N.-B. (2^e) 17; *R. c. Fremanco Ltd.* (1995), 135 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. c. Domm* (1996), 111 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; **arrêts non suivis :** *R. c. Seman* (1994), 93 Man. R. (2d) 151; *British Columbia (Attorney General) c. Felix*, [1993] B.C.J. No. 1870 (QL); **arrêts mentionnés :** *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Wilson c. Canada* (1993), 86 C.C.C. (3d) 464; *Oerlikon Aérospatiale Inc. c. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680; *170888 Canada Ltée c. La Reine*, [1999] R.J.Q. 1008; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24; *R. c. Lamy*, [2002] 1 R.C.S. 860, 2002 CSC 25; *R. c. Bisson*, [1994] 3 R.C.S. 1097; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994]

v. *Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. c. 42 (4th Supp.)], ss. 462.3 “proceeds of crime” [am. 1993, c. 25, s. 95; am. c. 37, s. 32; am. 1996, c. 19, s. 70(b)], 462.3 “judge”, 462.31 [am. 1996, c. 19, s. 70(c); am. 1997, c. 18, s. 28], 462.32 [am. 1997, c. 18, s. 29], 462.33 [am. 1993, c. 37, s. 21; am. 1996, c. 16, s. 60(1)(d); am. 1997, c. 18, s. 30], 462.34 [am. 1996, c. 19, s. 70(d) and (e); am. 1997, c. 18, ss. 31 and 140(d)(i)], 462.35 [am. 1997, c. 18, s. 33], 462.37 [am. 1995, c. 22, s. 10 (Sch. 1, items 15 to 17)], 462.38 [am. 1997, c. 18, s. 35], 462.43, 487 to 492, 490.8, 490.9, 504, 552, 673.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 546.1 et seq.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 65.1.

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 7^e éd. Montréal: Thémis, 2000.
 Chevrette, François, and Hugo Cyr. “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce”, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1.
 German, Peter Maurice. *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2002, release 1).
 Gold, Alan D. *Proceeds of Crime: A Manual with Commentary on Bill C-61*. Toronto: Carswell, 1989.
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2002, release 2).
 Reynolds, D. D. Graham. “Selected Aspects of the Proceeds of Crime Provisions of the Criminal Code”, in Renee Pomerance and Anil K. S. Kapoor, eds., *Search and Seizure: New Developments*. Toronto: Department of Continuing Legal Education, Law Society of Upper Canada, 1998, 5-1.

APPEAL from a decision of the Quebec Superior Court, [2001] Q.J. No. 7209 (QL), granting an

3 R.C.S. 835; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. ch. 42 (4^e suppl.)], art. 462.3 « produits de la criminalité » [mod. 1993, ch. 25, art. 95; mod. ch. 37, art. 32; mod. 1996, ch. 19, art. 70b)], 462.3 « juge », 462.31 [mod. 1996, ch. 19, art. 70c); mod. 1997, ch. 18, art. 28], 462.32 [mod. 1997, ch. 18, art. 29], 462.33 [mod. 1993, ch. 37, art. 21; mod. 1996, ch. 16, art. 60(1)d); mod. 1997, ch. 18, art. 30], 462.34 [mod. 1996, ch. 19, art. 70d) et e); mod. 1997, ch. 18, art. 31 et 140d(i)], 462.35 [mod. 1997, ch. 18, art. 33], 462.37 [mod. 1992, ch. 1, art. 60 (ann. 1, art. 29); mod. 1995, ch. 22, art. 10 (ann. 1, art. 15 à 17); mod. 1999, ch. 5, art. 15], 462.38 [mod. 1997, ch. 18, art. 35], 462.43, 487 à 492, 490.8, 490.9, 504, 552, 673.
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 546.1 et suiv.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 65.1.

Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 7^e éd. Montréal: Thémis, 2000.
 Chevrette, François, et Hugo Cyr. « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, 521.
 German, Peter Maurice. *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2002, release 1).
 Gold, Alan D. *Proceeds of Crime: A Manual with Commentary on Bill C-61*. Toronto: Carswell, 1989.
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2002, release 2).
 Reynolds, D. D. Graham. « Selected Aspects of the Proceeds of Crime Provisions of the Criminal Code », in Renee Pomerance and Anil K. S. Kapoor, eds., *Search and Seizure: New Developments*. Toronto: Department of Continuing Legal Education, Barreau du Haut Canada, 1998, 5-1.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec, [2001] J.Q. n° 7209 (QL), qui

application for review and setting aside a restraint order and seven special warrants of seizure issued by the Court of Québec. Appeal allowed in part, McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting in part.

Serge Brodeur, Alain Pilotte, Gilles Laporte and Patrick Michel, for the appellant.

Christian Desrosiers and Denis Lavigne, for the respondents.

Bernard Laprade and François Lacasse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Trevor Shaw, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The reasons of McLachlin C.J. and Arbour J. were delivered by

a accueilli une demande de révision et annulé une ordonnance de blocage et sept mandats spéciaux de saisie délivrés par la Cour du Québec. Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef McLachlin et le juge Arbour sont dissidentes en partie.

Serge Brodeur, Alain Pilotte, Gilles Laporte et Patrick Michel, pour l'appellant.

Christian Desrosiers et Denis Lavigne, pour les intimés.

Bernard Laprade et François Lacasse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Trevor Shaw, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Arbour rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — Les articles 462.32 et 462.33 du *Code criminel* (partie XII.2, Produits de la criminalité), L.R.C. 1985, ch. C-46, autorisent la police à saisir un bien et à empêcher son propriétaire d'effectuer des opérations s'y rapportant, même avant le dépôt d'accusations contre lui. Il se peut que l'ordonnance de blocage ou la saisie initiale ne soit pas précédée d'un préavis au propriétaire du bien en question. Cependant, l'art. 462.34 ajoute que le propriétaire du bien peut contester la saisie devant un juge et alors présenter des éléments de preuve et exposer sa version des faits. Se pose en l'espèce la question de savoir ce qu'une personne accusée d'une « infraction de criminalité organisée » doit établir pour obtenir l'annulation de la saisie en application de cette disposition.

L'article 462.34 prévoit qu'il peut y avoir annulation d'un mandat spécial de saisie ou d'une ordonnance de blocage si le juge saisi de la demande de révision est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, 1) que le mandat « n'aurait pas dû être délivré » ou que l'ordonnance « n'aurait pas dû être rendue » et 2) qu'« on n'a plus besoin [des] biens soit pour une enquête soit à titre d'éléments de preuve dans d'autres procédures ». En voici l'extrait pertinent :

1 THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — Sections 462.32 and 462.33 of the *Criminal Code* (Part XII.2, Proceeds of Crime), R.S.C. 1985, c. C-46, allow the police to impound property and prevent an owner from dealing with it, even before charges are laid. The initial restraint order or seizure may be made without notice to the property owner. However, s. 462.34 goes on to provide that the property owner may challenge the seizure before a judge, at which time he can present evidence and tell his side of the story. This appeal raises the issue of what a person charged with an “enterprise crime offence” must show to set aside a seizure under this provision.

2 Section 462.34 provides that a special search warrant or a restraint order may be set aside if the reviewing judge is satisfied on a balance of probabilities: (1) that the warrant “should not have been issued” or that the order “should not have been made”; and (2) that the property “will no longer be required for the purpose of any investigation or as evidence in any proceeding”. The section reads, in pertinent part:

(6) An order under paragraph (4)(b) in respect of property may be made by a judge if the judge is satisfied

(a) where the application is made by

(i) a person charged with an enterprise crime offence or a designated substance offence, or

that a warrant should not have been issued pursuant to section 462.32 or a restraint order under subsection 462.33(3) should not have been made in respect of that property, or

and that the property will no longer be required for the purpose of any investigation or as evidence in any proceeding.

Mr. Laroche was in the automobile reconstruction business. He owned real property as well as a large inventory of motor vehicles. The Crown alleged that he was in the business of selling vehicles constructed from stolen parts, commonly called a “chop shop”. Charges were laid against him on May 4, 2000. On July 13, 2000, on the basis of an affidavit of Inspector Morin, the Crown obtained seven warrants and a restraint order seizing five Toyota Tacoma vehicles, 70 other vehicles and six parcels of real property.

Mr. Laroche applied to Grenier J. of the Quebec Superior Court to have the orders set aside under s. 462.34 of the *Criminal Code* and s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He called evidence from his accountants showing that he had legitimate assets sufficient to acquire the real property and challenging Inspector Morin’s affidavit as flawed, misleading and incomplete.

Grenier J. set aside the orders with respect to the vehicles and the real property. On the real property, he found that Inspector Morin’s assertions had been discredited, removing the basis for the order. On the vehicles, he took the view that the Société de

(6) L’ordonnance visée à l’alinéa (4)b) peut être rendue si le juge est convaincu qu’on n’a plus besoin de ces biens soit pour une enquête soit à titre d’éléments de preuve dans d’autres procédures et :

a) qu’un mandat de perquisition n’aurait pas dû être délivré en vertu de l’article 462.32 ou qu’une ordonnance de blocage visée au paragraphe 462.33(3) n’aurait pas dû être rendue à l’égard de ces biens, lorsque la demande est présentée par :

(i) soit une personne accusée d’une infraction de criminalité organisée ou d’une infraction désignée,

Monsieur Laroche exploitait une entreprise de reconstruction de véhicules automobiles. Il possédait des biens immeubles ainsi qu’un stock considérable de véhicules à moteur. Le ministère public a allégué qu’il exploitait une entreprise de vente de véhicules construits à partir de pièces volées, communément appelée « chop shop » (« atelier de cannibalisation »). Des accusations ont été portées contre M. Laroche le 4 mai 2000. Le 13 juillet de la même année, le ministère public a obtenu, sur la foi de l’affidavit de l’inspecteur Morin, sept mandats de saisie et une ordonnance de blocage visant cinq véhicules Toyota Tacoma, 70 autres véhicules et six biens immeubles.

Monsieur Laroche a demandé au juge Grenier, de la Cour supérieure du Québec, d’annuler les ordonnances en application de l’art. 462.34 du *Code criminel* et du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a fait témoigner ses comptables afin de démontrer, d’une part, qu’il possédait assez d’éléments d’actif légitimes pour acquérir les biens immeubles et, d’autre part, que l’affidavit de l’inspecteur Morin était vicié, trompeur et incomplet.

Le juge Grenier a annulé l’ordonnance relativement aux véhicules et aux biens immeubles. Il a conclu, au sujet de ces derniers, que les prétentions de l’inspecteur Morin avaient été démolies et que l’ordonnance se trouvait ainsi dénuée de

3

4

5

l'assurance automobile du Québec (SAAQ), the provincial vehicle licensing agency, had erred in giving the Quebec Police the information that had initiated the investigation without a warrant. He concluded that this amounted to an illegal search or seizure, and held that all the subsequent warrants and seizures were invalid as a result of the initial illegal search. Characterizing the investigation as a mere [TRANSLATION] "fishing expedition", Grenier J. excluded the evidence relating to the vehicles and set aside the orders with respect to them.

fondement. Quant aux véhicules, il a estimé que l'organisme provincial responsable de l'immatriculation des véhicules automobiles, la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ), avait commis une erreur en communiquant à la Sûreté du Québec les renseignements à l'origine de l'enquête effectuée sans mandat. Il a décidé qu'il en avait résulté une perquisition ou une saisie illégale et que tous les mandats et saisies subséquents étaient invalides en raison du caractère illégal de la perquisition initiale. Qualifiant l'enquête de simple « expédition de pêche », le juge Grenier a écarté la preuve relative aux véhicules et a annulé l'ordonnance à leur égard.

6

The question before us is whether Grenier J. erred in setting aside the orders. I agree with my colleague Justice LeBel that he erred in setting aside the warrants and the restraint order on the vehicles covered by the warrants. Assuming without deciding that Grenier J. had the power to exclude the evidence obtained as a result of the initial seizures, his decision to do so cannot be justified. The SAAQ became aware of the alleged crimes with respect to the first five Toyota Tacomas in the course of an audit of its own files. It was entitled to report this information to the police. Indeed, s. 504 of the *Criminal Code* allows an entity like the SAAQ to swear out an information directly when it discovers a crime. If it can do this, surely it can report basic information to the police for further investigation. Moreover, it is difficult to conclude that there was a reasonable expectation of privacy in the basic information turned over — name, product and registration information. The subsequent warrants flow directly from the discoveries the police made in connection with the first five Toyota Tacomas. This is textbook police work, not a "fishing expedition". It follows that the first condition of setting aside a warrant or an order — showing that the warrant should not have been issued or that the order should not have been made — was not fulfilled, and that Grenier J. ought not to have set it aside.

Nous devons décider si le juge Grenier a commis une erreur en annulant les ordonnances. Je suis d'accord avec mon collègue le juge LeBel pour dire qu'il a commis une erreur en annulant les mandats et l'ordonnance de blocage à l'égard des véhicules visés par les mandats. En supposant, sans toutefois le décider, que le juge Grenier pouvait écarté la preuve obtenue grâce aux saisies initiales, sa décision de le faire ne peut pas être justifiée. C'est en vérifiant ses propres dossiers que la SAAQ a pris connaissance des actes criminels allégués relativement aux cinq premières Toyota Tacoma. Elle avait le droit de communiquer ces renseignements à la police. En effet, l'art. 504 du *Code criminel* permet à une entité comme la SAAQ de faire directement une dénonciation sous serment lorsqu'elle réalise qu'un acte criminel a été commis. Si elle peut agir ainsi, elle peut sûrement communiquer des renseignements de base à la police pour lui permettre de pousser l'enquête plus loin. De plus, il est difficile de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements de base communiqués — nom, produit et données d'immatriculation. Les mandats subséquents découlent directement des découvertes de la police relatives aux cinq premières Toyota Tacoma. Il s'agit d'un travail de policier conforme à la procédure prescrite, et non d'une « expédition de pêche ». Il s'ensuit que la première condition d'annulation d'un mandat ou d'une ordonnance — établir que le mandat n'aurait pas dû être délivré ou que l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue — n'était pas remplie, et que le juge Grenier n'aurait pas dû annuler l'ordonnance en question.

However, I cannot agree that the restraint order should stand with respect to Mr. Laroche's real property. The order required evidence supporting a reasonable belief that the property was the proceeds of crime; mere insinuations cannot justify a restraint order. Grenier J. found that Inspector Morin had failed to disclose documents showing that Laroche had taken out substantial loans to purchase and build the real estate in question, and heard testimony from accountants who discredited Inspector Morin's allegations that the buildings could only have been constructed with the proceeds of crime. Based on the evidence before him, he concluded that [TRANSLATION] "[d]espite insinuations, nothing in the evidence establishes a connection between the real property seized and enterprise crime offences" ([2001] Q.J. No. 7209 (QL), at para. 10). Grenier J. accordingly discounted the allegations that the real property had been acquired with the proceeds of crime. This removed the foundation for the order. It was not asserted that the property was needed for the purpose of investigation or evidence. Accordingly, the two conditions for setting aside the order against an accused person under s. 462.34 were met with respect to the real property, and Grenier J.'s ruling to that effect should stand.

My colleague LeBel J. suggests that, so as to have the restraint order lifted, it is not enough for the property owner to show that the order should not have been made and for the judge to determine that the property is not required for the purpose of investigation or evidence. In his view, to have a restraint order lifted, the owner must also demonstrate that the affected property was not acquired with the proceeds of crime. With the greatest respect, this requirement is not envisaged by the *Code* for persons charged with an "enterprise crime offence" under s. 462.34(6)(a). Showing lawful ownership or possession is only required for other applicants under s. 462.34(6)(b), which reads:

7
Cependant, je ne puis convenir qu'il y a lieu de maintenir l'ordonnance de blocage en ce qui concerne les biens immeubles de M. Laroche. Pour obtenir l'ordonnance, il fallait produire une preuve étayant la croyance raisonnable que les biens en cause étaient des produits de la criminalité; de simples insinuations ne sauraient justifier la délivrance d'une ordonnance de blocage. Le juge Grenier a conclu que l'inspecteur Morin n'avait pas communiqué des documents démontrant que M. Laroche avait contracté des emprunts importants pour acheter ou construire les biens immeubles en question, et il a entendu le témoignage de comptables démolissant les allégations de l'inspecteur Morin selon lesquelles la construction des bâtiments n'avait pu être réalisée que grâce aux produits de la criminalité. À la lumière de la preuve dont il était saisi, il a décidé que « [m]algré des insinuations, rien dans la preuve ne démontr[ait] un lien entre les immeubles saisis et des infractions de criminalité organisée » ([2001] J.Q. n° 7209 (QL), par. 10). Le juge Grenier a donc rejeté les allégations voulant que les biens immeubles aient été acquis grâce aux produits de la criminalité. L'ordonnance se trouvait ainsi dénuée de fondement. On n'avait pas fait valoir que l'on aurait besoin des immeubles soit pour une enquête soit à titre d'éléments de preuve. Par conséquent, les deux conditions auxquelles l'art. 462.34 assujettit l'annulation de l'ordonnance délivrée contre un accusé étaient remplies en ce qui concernait les biens immeubles, et il y a lieu de confirmer la décision rendue en ce sens par le juge Grenier.

8
Mon collègue le juge LeBel affirme que, pour obtenir l'annulation d'une ordonnance de blocage, il ne suffit pas que le propriétaire du bien bloqué établisse qu'elle n'aurait pas dû être rendue, ni que le juge décide que l'on n'a pas besoin de ce bien pour une enquête ou à titre d'élément de preuve. Il estime que le propriétaire du bien en question doit démontrer, en plus, que ce bien n'a pas été acquis grâce aux produits de la criminalité. En toute déférence, le *Code* ne prévoit pas que la personne accusée d'une « infraction de criminalité organisée » en vertu de l'al. 462.34(6)a) doit remplir cette condition. Aux termes de l'al. 462.34(6)b), la preuve de la propriété ou possession légitime n'est requise que dans le cas des autres demandeurs. Voici le libellé de cet alinéa :

(b) in any other case, that the applicant is the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property and appears innocent of any complicity in an enterprise crime offence or designated substance offence or of any collusion in relation to such an offence, and that no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property

b) dans tous les autres cas, que le demandeur est le propriétaire légitime de ces biens ou a droit à leur possession légitime et semble innocent de toute complicité ou de toute collusion à l'égard de la perpétration d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée, et que nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime;

9 The burden in the two situations is importantly different. The absence of the need to demonstrate lawful ownership or possession in the case of a person charged with an enterprise crime offence reflects the presumption of innocence, even at the expense of the possibility that not all proceeds of crime will be frozen pending the outcome of a criminal trial.

La charge de la preuve dans les deux cas diffère sensiblement. En raison de la présomption d'innocence, il n'est pas nécessaire d'établir la propriété ou possession légitime dans le cas d'une personne accusée d'une infraction de criminalité organisée, et ce, malgré le risque que les produits de la criminalité ne soient pas tous bloqués jusqu'à l'issue d'un procès criminel.

10 I would allow the appeal in part, varying the original restraint order of Judge Pinard of the Court of Québec to release the real property and those vehicles that were seized without a warrant.

J'accueillerais le pourvoi en partie en modifiant l'ordonnance initiale de blocage délivrée par le juge Pinard de la Cour du Québec, de manière à débloquent les biens immeubles et les véhicules ayant fait l'objet d'une saisie sans mandat.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache and LeBel JJ. delivered by

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache et LeBel a été rendu par

LEBEL J. —

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

I. Introduction

11 This is an appeal concerning the validity of a restraint order made and seven special warrants of seizure issued under ss. 462.32 and 462.33 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in the course of a police investigation into a business involving the possession and sale of stolen car parts that the respondents, Garage Côté Laroche Inc. and its principal shareholder and owner, Laurent Laroche ("Laroche"), were allegedly running in Victoriaville, Quebec. The Attorney General has appealed from the judgment of the Superior Court quashing a restraint order and special warrants relating to a large number of motor vehicles and immovable properties owned by or in the possession of the respondents. This appeal raises the issue of the scope of the power of review exercised by the Superior Court under s. 462.34 *Cr. C.* For the following reasons, but without adopting the position

Ce pourvoi met en cause la validité d'une ordonnance de blocage et de sept mandats spéciaux de saisie délivrés en vertu des art. 462.32 et 462.33 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, au cours d'une enquête policière sur un commerce de recel et revente de pièces d'automobiles volées que les intimés, Garage Côté Laroche Inc. et son actionnaire principal et propriétaire Laurent Laroche (« Laroche »), auraient exploité à Victoriaville, dans la province de Québec. Après l'annulation par la Cour supérieure d'une ordonnance de blocage et de mandats spéciaux visant un grand nombre d'automobiles et des immeubles appartenant aux intimés ou se trouvant en leur possession, le Procureur général a interjeté appel. Ce pourvoi impose l'examen de l'étendue du pouvoir de révision exercé par la Cour supérieure en vertu de l'art. 462.34 *C. cr.* Pour les motifs qui suivent, mais sans adopter cependant

advanced by the appellant as to the nature and extent of that power of review, I conclude that the restraint order and the special warrants of seizure must be restored in part, in respect of a certain number of vehicles and all of the immovable properties.

II. Facts

For several years, the respondent Laurent Laroche and his wife operated Garage Côté Laroche Inc., whose principal business was repairing seriously damaged road vehicles. A few years later, they added renting out industrial condominiums to that business, and the rentals are now an important source of income for the respondent Laroche. The building of the condominiums was financed out of substantial investments, the source and legality of which the appellant has questioned.

In Quebec, for road safety reasons, strict regulations have been put in place and must be complied with when a rebuilt vehicle is put on the road. Under ss. 546.1 *et seq.* of the *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2, a person who wishes to license a rebuilt vehicle must obtain a certificate of technical compliance from the Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ). The SAAQ or one of its agents will issue a certificate of compliance only when the rebuilt vehicle has been inspected and meets the manufacturer's standards.

In the course of an internal audit at Charest Automobile Ltée, which is an agent of the SAAQ, an SAAQ employee found serious irregularities in five rebuilt vehicle files submitted by Garage Côté Laroche Inc. When the invoices and photos in the files were compared, it appeared that the same parts from a damaged vehicle had apparently been used to rebuild more than one vehicle. The employee was convinced that the certificates of technical compliance for the vehicles in question had been obtained illegally, and referred the five fraudulent files to the Victoriaville police. The files involved five Toyota Tacomas which, miraculously, shared some of the same parts.

la position défendue par l'appellant au sujet de la nature et de l'étendue de ce pouvoir de révision, je conclus que l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie doivent être rétablis en partie à l'égard d'un certain nombre de véhicules et de l'ensemble des immeubles.

II. Les faits

L'intimé Laurent Laroche et son épouse exploitent depuis plusieurs années le Garage Côté Laroche Inc. dont la principale activité est la réparation de véhicules routiers gravement accidentés. Quelques années plus tard, la location de condominiums industriels s'ajoute à ce commerce et représente désormais une source importante de revenus pour l'intimé Laroche. Ces condominiums ont été construits grâce à des investissements substantiels dont l'appellant remet en cause l'origine et la légitimité.

Au Québec, pour des raisons de sécurité routière, la mise en circulation d'un véhicule reconstruit est rigoureusement réglementée. Selon les art. 546.1 et suiv. du *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2, la personne qui désire immatriculer un véhicule reconstruit doit obtenir un certificat de conformité technique de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ). La SAAQ ou l'un de ses mandataires ne délivre un certificat de conformité que lorsque le véhicule reconstruit, après inspection, respecte les normes du fabricant.

Au cours d'une vérification interne chez Charest Automobiles Ltée, un mandataire de la SAAQ, un employé de cette dernière constate que cinq dossiers de reconstruction présentés par Garage Côté Laroche Inc. comportent des irrégularités graves. La comparaison des factures et des photos contenues dans les dossiers révèle en effet que les mêmes pièces d'un véhicule accidenté auraient servi à la reconstruction de plusieurs véhicules. Convaincu que les certificats de conformité technique des véhicules en cause ont été obtenus illégalement, le fonctionnaire remet au service de police de Victoriaville les cinq dossiers frauduleux. Ceux-ci concernent cinq véhicules de type « Toyota Tacoma » qui, par miracle, partageraient parfois les mêmes pièces.

12

13

14

15 After an investigation, the five Toyota Tacomas were seized from their new owners pursuant to a warrant issued under s. 487 *Cr. C.* Investigations by experts from the Sûreté du Québec and the Groupement des assureurs automobiles showed that no major repairs had been done on the allegedly rebuilt vehicles and that the serial numbers on some of the parts had been altered. On May 4, 2000, based on those analyses, the Crown filed charges of forgery, uttering forged documents and possession of stolen property against Laurent Laroche.

16 Over the next few months, the police investigation took on dimensions that had been unsuspected at the outset. It covered dozens of rebuilt vehicle files submitted between 1998 and 2000. During the period of the investigation, the police obtained a number of search warrants under ss. 487 and 487.01 *Cr. C.*, and in addition, on February 18, 2000, they seized 154 rebuilt vehicle files involving Garage Côté Laroche Inc. and other companies related to Laurent Laroche from the SAAQ agent, which had issued the certificates of compliance for the five Toyota Tacomas. An analysis of 142 of those 154 files showed serious irregularities in 98 cases. They included the fact that identical invoices and photographs were found in more than one file, as well as invalid serial numbers. A number of invoices were from businesses either non-existent or no longer in operation on the billing date. As well, parts that had apparently been purchased in the United States had been invoiced in French, with the G.S.T. and Q.S.T. shown on the invoice!

17 The scope of the respondents' illegal activities prompted the police to extend their investigation to Laurent Laroche's recent real estate acquisitions. The title searches done regarding Laroche's properties showed that he had apparently purchased immovables valued at about \$1,800,000, and that there were no hypothecary charges against them. On those findings being made, a police officer who was an investigator with the city of Victoriaville, Luc Morin, signed an affidavit in support of an application for a restraint order and special warrants of seizure, and the affidavit was submitted to Judge Pinard of the Court of Québec. That application is what led to these proceedings.

Après enquête, les cinq véhicules Toyota Tacoma sont saisis entre les mains de leurs nouveaux possesseurs par mandat délivré en vertu de l'art. 487 *C. cr.* Les expertises réalisées par les spécialistes de la Sûreté du Québec et du Groupement des assureurs automobiles révèlent que les véhicules prétendument reconstruits n'ont subi aucune réparation majeure et que les numéros de série de certaines pièces ont été altérés. Sur la foi de ces analyses, le 4 mai 2000, le ministère public porte des accusations de faux, d'usage de faux, et de recel contre Laurent Laroche.

Au fil des mois, l'enquête policière prend une envergure insoupçonnée au départ. Elle s'étend à des dizaines de dossiers de reconstruction de véhicules automobiles présentés entre 1998 et 2000. Au cours de cette période, les policiers obtiennent plusieurs mandats de perquisition en vertu des art. 487 et 487.01 *C. cr.* En outre, le 18 février 2000, ils saisissent chez le mandataire de la SAAQ, qui avait délivré les certificats de conformité des cinq Toyota Tacoma, 154 dossiers de reconstruction impliquant Garage Côté Laroche Inc. et d'autres compagnies liées à Laurent Laroche. L'analyse de 142 de ces 154 dossiers révèle des irrégularités graves dans 98 cas. Entre autres, des factures et des photos identiques se retrouvent dans plus d'un dossier et des numéros de série sont invalides. Plusieurs factures proviennent de commerces inexistantes ou qui n'étaient plus en activité à la date de facturation. Enfin, des pièces apparemment achetées aux États-Unis sont facturées en français, T.P.S. et T.V.Q. figurant sur la facture!

L'ampleur des activités illicites des intimés amène les policiers à étendre leur enquête aux récentes acquisitions immobilières de Laurent Laroche. Les recherches effectuées sur les propriétés de Laroche révèlent qu'il aurait acquis des immeubles évalués à environ 1 800 000 \$ et que ceux-ci seraient libres de charges hypothécaires. À la suite de ces constatations, un policier de la ville de Victoriaville, l'enquêteur Luc Morin, signe un affidavit au soutien d'une demande d'ordonnance de blocage et de mandats spéciaux de saisie qui est présentée au juge Pinard de la Cour du Québec. Cette demande déclenche le présent débat judiciaire.

III. Judicial History

A. *Court of Québec*

On July 13, 2000, based on the allegations in the affidavit of the investigator Luc Morin, Judge Pinard granted a restraint order and issued seven special warrants of seizure under ss. 462.32 and 462.33 *Cr. C.* The restraint order covered both the immovable properties and the vehicles described in the special warrants of seizure, in case some of the vehicles had been resold by the time the special warrants were executed. When the police executed the special warrants of seizure, they seized 24 vehicles that were not covered by the warrants and restraint order.

B. *Quebec Superior Court*, [2001] Q.J. No. 7209 (QL)

The respondents brought an application for review in the Superior Court under s. 462.34 *Cr. C.* and s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In that application, they sought to have the restraint order and special warrants of seizure quashed and the property that had been seized restored to them.

At the hearing before Grenier J., the parties presented new testimony and documentary evidence concerning the respondents' financial situation, the source of the respondents' property and the conduct of the police investigation. When the hearing concluded on February 8, 2001, the Superior Court quashed the restraint order and special warrants of seizure in full. Grenier J. agreed at the outset that the applicants bore the burden of proof. However, in his opinion, all of the proceedings had been vitiated by a serious defect from their very beginning. In Grenier J.'s opinion, the SAAQ employee could not hand over the five fraudulent files discovered at Charest Automobiles Ltée to the police. The disclosure of that information was prohibited by the judgment in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20. Second, he said that the search warrants issued prior to the application for the restraint order and special warrants of seizure had been issued on the basis of mere suspicions, without reasonable or probable cause.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour du Québec*

Le 13 juillet 2000, sur la foi des allégations contenues dans l'affidavit de l'enquêteur Luc Morin, le juge Pinard rend une ordonnance de blocage et délivre sept mandats spéciaux de saisie en vertu des art. 462.32 et 462.33 *C. cr.* L'ordonnance de blocage vise à la fois les immeubles et les véhicules décrits aux mandats spéciaux de saisie au cas où certains de ces véhicules seraient déjà revendus au moment de l'exécution des mandats spéciaux de saisie. Au cours de l'exécution des mandats spéciaux de saisie, les policiers saisissent 24 véhicules qui n'étaient pas visés par les mandats et par l'ordonnance de blocage.

B. *Cour supérieure du Québec*, [2001] J.Q. n° 7209 (QL)

Les intimés présentent devant la Cour supérieure une requête en révision fondée sur l'art. 462.34 *C. cr.* et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans cette procédure, ils demandent l'annulation de l'ordonnance de blocage et des mandats spéciaux de saisie ainsi que la restitution des biens saisis.

Au cours du débat devant le juge Grenier, les parties présentent une preuve testimoniale et documentaire nouvelle sur la situation financière des intimés, l'origine de leurs biens et le déroulement de l'enquête policière. À l'issue de l'audition, le 8 février 2001, la Cour supérieure annule en totalité l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie. Le juge Grenier admet au départ que le fardeau de la preuve repose sur les requérants. Cependant, à son avis, toutes les procédures sont entachées d'un vice grave dès l'origine. Selon le juge Grenier, le fonctionnaire de la SAAQ ne pouvait pas remettre à la police les cinq dossiers frauduleux découverts chez Charest Automobiles Ltée. Cette communication d'information était interdite par l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20. De plus, les mandats de perquisition antérieurs à la demande d'ordonnance de blocage et de mandats spéciaux de saisie auraient été décernés sur la foi de simples soupçons, sans cause raisonnable et probable. La police aurait

18

19

20

In his opinion, therefore, the police had gone on a giant fishing expedition into the respondents' business, with no legal authority and in breach of their constitutional rights. Third, the restraint order, in his opinion, had been obtained on the basis of incomplete and misleading information regarding the respondents' business activities and the source of their movable or immovable property. For one thing, nothing in the evidence could connect the fraud, the possession of stolen property and the purchase of the real estate.

C. *Quebec Superior Court*

21 On March 6, 2001, De Blois J. of the Superior Court granted a stay of execution under s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, until judgment was rendered on the application for leave to appeal to this Court. Leave to appeal was then granted. This is a direct appeal under s. 40 of the Act, because the legislation in question does not provide for any appeal to another court.

IV. Issues

22 The central issue in this appeal is whether Grenier J. properly exercised his power of review when he quashed the restraint order and special warrants of seizure issued in respect of the respondents' property. To answer that question, I shall examine, first, the legal nature and the purpose of restraint orders. Although the respondents have not challenged the constitutionality of the provisions of Part XII.2 of the *Criminal Code* governing restraint orders and special warrants of seizure, I shall also, in the course of that review, consider whether a restraint order constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Second, I shall examine the procedure for reviewing restraint orders and special warrants of seizure, and the extent of the powers of a judge to whom an application for review is made. Finally, I shall consider whether Grenier J.'s judgment was correct, having regard to the principles and legal rules that have been identified. Before doing this, however, we should briefly review the legislative framework governing restraint orders and special warrants of seizure, in order to gain a better understanding of

ainsi réalisé une vaste opération de pêche dans les affaires des intimés, sans autorisation légale et en violation de leurs droits constitutionnels. Enfin, l'ordonnance de blocage aurait été obtenue sur la foi de renseignements incomplets et trompeurs quant aux activités commerciales des intimés et à l'origine de leurs biens mobiliers ou immobiliers. Notamment, rien dans la preuve ne permettrait d'établir un lien entre les activités de fraude et de recel et l'acquisition des immeubles.

C. *Cour supérieure du Québec*

Le 6 mars 2001, le juge De Blois de la Cour supérieure accorde un sursis du jugement en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, jusqu'au jugement sur la requête pour autorisation de pourvoi devant notre Cour. Cette autorisation lui est accordée. Il s'agit d'un appel direct en vertu de l'art. 40 de la Loi, la législation pertinente ne prévoyant aucune possibilité d'appel devant un autre tribunal.

IV. Questions en litige

La question centrale de ce pourvoi consiste à déterminer si le juge Grenier a correctement exercé son pouvoir de révision en annulant l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie qui visaient les biens des intimés. Pour répondre à cette question, j'examinerai d'abord la nature juridique et l'objet des ordonnances de blocage. Bien que les intimés ne contestent pas la constitutionnalité des dispositions de la partie XII.2 du *Code criminel* gouvernant les ordonnances de blocage et les mandats spéciaux de saisie, j'étudierai, en outre, lors de cet examen, si une ordonnance de blocage constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans un second temps, j'examinerai les modalités de révision des ordonnances de blocage et des mandats spéciaux de saisie ainsi que l'étendue des pouvoirs du juge chargé d'une demande de révision. Enfin, à la lumière des principes et règles de droit ainsi définis, je passerai à l'étude du bien-fondé du jugement rendu par le juge Grenier. Mais auparavant, il convient de réviser brièvement le cadre législatif gouvernant l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie afin de mieux comprendre la nature

the nature of the legal issues raised by this appeal and the difficulties they present.

V. Legislative Framework Governing Restraint Orders and Special Warrants of Seizure

The procedure governing restraint orders and special warrants of seizure is found in Part XII.2 of the *Criminal Code*. Parliament introduced those measures into Canadian criminal procedure as one of the components of a set of legislative reforms made for the purpose of combatting enterprise crime and drug trafficking. For that purpose, Bill C-61, which was enacted in September 1988 and was proclaimed in force on January 1, 1989, created new offences and gave the state and police forces expanded powers (on this point, see P. M. German, *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (loose-leaf), at pp. 3-1 *et seq.*; A. D. Gold, *Proceeds of Crime: A Manual with Commentary on Bill C-61* (1989), at pp. 15 *et seq.*).

The enactment of Part XII.2, entitled “Proceeds of Crime”, was a central element of those major reforms of the criminal law and criminal procedure. Part XII.2 provides for a new offence in relation to laundering proceeds of crime (s. 462.31 *Cr. C.*), interim measures that apply before conviction or even trial or charge, and provisions that facilitate the forfeiture of proceeds of crime once a finding of guilt has been made. That Part, at the relevant time, applied only to two new categories of offence: enterprise crime and designated drug offences (s. 462.3 *Cr. C.*). However, those two categories encompassed virtually all offences in the *Criminal Code*, other than minor offences, as well as crimes associated with drug trafficking, not including simple possession (see Gold, *supra*, at p. 5).

The legislative objective of Part XII.2 plainly goes beyond mere punishment of crime: an analysis of the provisions of that Part shows that Parliament intended to neutralize criminal organizations by taking the proceeds of their illegal activities away from them. Part XII.2 intends to give effect to the

et les difficultés des questions juridiques soulevées par cet appel.

V. L’encadrement législatif des ordonnances de blocage et des mandats spéciaux de saisie

La procédure régissant l’ordonnance de blocage et le mandat spécial de saisie se retrouve dans la partie XII.2 du *Code criminel*. Le Parlement du Canada l’a introduite dans la procédure pénale canadienne comme l’une des composantes d’un ensemble de réformes législatives destinées à combattre le crime organisé et le trafic des stupéfiants. Dans ce but, le projet de loi C-61, adopté en septembre 1988 et entré en vigueur par proclamation le 1^{er} janvier 1989, créait de nouvelles infractions et accordait des pouvoirs accrus à l’État et aux corps policiers (voir à ce sujet, P. M. German, *Proceeds of Crime : The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (feuilles mobiles), p. 3-1 *et suiv.*; A. D. Gold, *Proceeds of Crime : A Manual with Commentary on Bill C-61* (1989), p. 15 *et suiv.*).

L’adoption de la partie XII.2, intitulée « Produits de la criminalité », constitue un élément central de ces réformes importantes du droit criminel et de la procédure pénale. Cette partie prévoit une nouvelle infraction portant sur le recyclage des produits de la criminalité (art. 462.31 *C. cr.*), des mesures conservatoires applicables avant la condamnation ou même le procès ou la mise en accusation et des dispositions qui facilitent la confiscation des produits de la criminalité, une fois la culpabilité établie. Cette partie, à l’époque pertinente, ne s’appliquait qu’à deux nouvelles catégories d’infractions : les infractions de criminalité organisée et les infractions désignées (art. 462.3 *C. cr.*). Cependant, ces deux catégories englobaient virtuellement toutes les infractions autres que mineures prévues au *Code criminel* ainsi que les crimes liés au commerce des stupéfiants, à l’exception de la possession simple (voir Gold, *op. cit.*, p. 5).

L’objectif législatif poursuivi par la partie XII.2 dépasse visiblement la simple punition du crime. L’analyse de ses dispositions démontre en effet que le législateur entendait neutraliser les organisations criminelles en les privant du fruit de leurs activités illicites. Pour reprendre le vieil adage, le but de

23

24

25

old adage that crime does not pay (see *Wilson v. Canada* (1993), 86 C.C.C. (3d) 464 (Ont. C.A.), at p. 469; *Oerlikon Aérospatiale Inc. v. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680 (C.A.), at p. 2687). As German, *supra*, has observed, Part XII.2 organizes the fight against organized crime around a strategy that focuses on the proceeds of crime, as opposed to the offender. As well, the effectiveness of that struggle depends largely on the speed with which proceeds of crime can be identified, located, seized and ultimately forfeited. For that reason, Part XII.2 provides for new enforcement techniques that enable the police to freeze or immobilize the property of criminal organizations regardless of whose possession it may be in, even before charges are laid.

la partie XII.2 est de s'assurer que le crime ne paie pas (voir *Wilson c. Canada* (1993), 86 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Ont.), p. 469; *Oerlikon Aérospatiale Inc. c. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680 (C.A.), p. 2687). Comme le fait remarquer German, *op. cit.*, la partie XII.2 organise la lutte contre le crime organisé sur la base d'une stratégie qui cible davantage les produits de la criminalité que les criminels eux-mêmes. Aussi, son efficacité dépend en grande partie de la rapidité avec laquelle les produits de la criminalité peuvent être identifiés, localisés, saisis et éventuellement confisqués. Pour cette raison, la partie XII.2 prévoit de nouvelles techniques d'intervention qui permettent à la police de geler ou immobiliser les biens des organisations criminelles en quelques mains qu'ils se trouvent et ce, avant même que des accusations ne soient portées.

26

Part XII.2 creates two procedures for the interim preservation of property, which are governed by ss. 462.32 and 462.33 *Cr. C.* respectively: special warrants of seizure and restraint orders. Those two provisions plugged the loopholes in the *Criminal Code*, which, until then, had not permitted the seizure and restraint of immovable property, intangible property or proceeds of crime associated with certain serious drug offences. The purpose of these measures, which precede trial, is to prevent the wasting of illegally obtained property and to make it possible for that property to be forfeited after a conviction is secured. Although the objective of the two procedures is the same, they apply to separate matters, and certain aspects of the procedural rules that govern them are different. While a special warrant of seizure deals with movable, tangible property such as vehicles and jewellery, a restraint order targets real estate, or intangible property such as bank accounts (see D. D. G. Reynolds, "Selected Aspects of the Proceeds of Crime Provisions of the Criminal Code", in R. Pomerance and A. K. S. Kapoor, eds., *Search and Seizure: New Developments* (1998), 5-1, at p. 5-4; P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (7th ed. 2000), at pp. 264 *et seq.*).

La partie XII.2 crée deux procédures de type conservatoire, régies respectivement par les art. 462.32 et 462.33 *C. cr.* : le mandat spécial de saisie et l'ordonnance de blocage. Ces deux dispositions comblent des lacunes du *Code criminel* qui, jusqu'alors, ne permettait pas la saisie et le blocage d'immeubles, de biens intangibles ou de produits de la criminalité reliés à certaines infractions graves de stupéfiants. Ces mesures préalables au procès visent à empêcher la dilapidation de biens obtenus illégalement et à rendre possible leur confiscation, après un verdict de culpabilité. Bien que ces procédures poursuivent un même objectif, leur domaine d'application respectif se distingue de même que certains aspects des règles procédurales qui les gouvernent. Alors que le mandat spécial de saisie vise des biens meubles et tangibles comme les véhicules ou les bijoux, l'ordonnance de blocage vise des immeubles ou des biens intangibles comme les comptes de banque (voir D. D. G. Reynolds, « Selected Aspects of the Proceeds of Crime Provisions of the Criminal Code », dans R. Pomerance et A. K. S. Kapoor, dir., *Search and Seizure : New Developments* (1998), 5-1, p. 5-4; P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (7^e éd. 2000), p. 264 et suiv.).

27

These interim preservation measures applied, at the relevant time, only to "proceeds of crime", which included any property, benefit or advantage

Ces mesures conservatoires ne s'appliquaient, à l'époque pertinente, qu'aux « produits de la criminalité », lesquels comprenaient tous les biens,

that may relate to the commission of an enterprise crime offence or a designated drug offence (s. 462.3 *Cr. C.* “proceeds of crime”). Because of the possible effect of those measures on the rights of third parties, the judge to whom an application for authorization is made may require that certain precautions be taken to protect those rights (see Gold, *supra*, at p. 3). For example, before issuing a warrant of seizure or making a restraint order, the judge may require notice to be given to third parties who appear to have a valid interest in the property. However, the judge may not order that notice be given if giving notice could result in the disappearance, dissipation or reduction in value of the property (ss. 462.32(5) and 462.33(5) *Cr. C.*). In all cases, however, the judge must make sure that the Attorney General has given appropriate undertakings to compensate the persons affected for any damages and costs that might be caused by the execution of the warrant of seizure or restraint order (ss. 462.32(6) and 462.33(7) *Cr. C.*).

Moreover, the procedural rules that apply to these two mechanisms differ somewhat, although they are closely related. I shall therefore examine seizures and restraint orders separately, and then go on to examine the procedure for reviewing the decisions of the authorizing judge.

A. *Seizure*

A judge may issue a warrant under s. 462.32 if there exist reasonable grounds to believe that there is to be found, in a particular place, property in respect of which an order of forfeiture may be made under s. 462.37(1) or 462.38(2) because it is connected to a designated drug offence. The procedure for obtaining a warrant of seizure is substantially similar to the rules governing the issuance of search warrants, set out in ss. 487 to 492 *Cr. C.* However, a special warrant may be obtained only on the application of the Attorney General in writing (s. 462.32 *Cr. C.*). In addition, the application must be made to a judge of a superior court, who may hear it *ex parte* (s. 462.32(2) *Cr. C.*). In Quebec, however, a judge of the Court of Québec

bénéfices ou avantages que peut rapporter la perpétration d’une infraction de criminalité organisée ou d’une infraction désignée (art. 462.3 *C. cr.* « produits de la criminalité »). En raison de l’effet possible de ces mesures sur les droits de tiers, le juge saisi d’une demande d’autorisation peut exiger que certaines précautions soient prises à leur égard (voir Gold, *op. cit.*, p. 3). Ainsi, avant de décerner un mandat de saisie ou de rendre une ordonnance de blocage, le juge peut prescrire qu’un avis soit notifié aux tiers semblant détenir un droit sur les biens visés. Le juge ne peut toutefois ordonner la notification si le fait de donner un avis risque d’entraîner la disparition, la diminution de valeur ou la dissipation des biens visés (par. 462.32(5) et 462.33(5) *C. cr.*). Dans tous les cas, cependant, le juge doit s’assurer que le procureur général a pris des engagements adéquats pour indemniser les personnes touchées des dommages et des frais que pourrait causer l’exécution du mandat de saisie ou de l’ordonnance de blocage (par. 462.32(6) et 462.33(7) *C. cr.*).

Par ailleurs, le régime procédural de ces deux méthodes d’intervention comporte quelques variantes malgré leur connexité. J’examinerai donc successivement la saisie et l’ordonnance de blocage. Je passerai ensuite à la procédure de révision des décisions du juge saisi de la demande d’autorisation.

A. *La saisie*

Un juge peut décerner un mandat de saisie en vertu de l’art. 462.32 s’il existe des motifs raisonnables de croire que des biens se trouvent dans un lieu déterminé et qu’ils pourraient faire l’objet d’une ordonnance de confiscation en vertu des par. 462.37(1) ou 462.38(2) parce qu’ils sont liés à une infraction désignée. La procédure à suivre pour obtenir un mandat de saisie est substantiellement semblable à celle régissant la délivrance des mandats de perquisition prévue aux art. 487 à 492 *C. cr.* Cependant, le mandat spécial ne peut être obtenu que sur demande écrite du procureur général (art. 462.32 *C. cr.*). De plus, la demande doit être présentée à un juge d’une cour supérieure qui peut l’entendre *ex parte* (par. 462.32(2) *C. cr.*). Au Québec,

also has jurisdiction to hear the application (ss. 462.3 “judge” and 552 *Cr. C.*).

30

The warrant of seizure must specify the property to be seized. However, the officer who carries out the seizure may seize, in addition to the property named in the warrant, any other property that he finds in the place if he believes, on reasonable grounds, that an order of forfeiture may be made in respect of that property (final portion of s. 462.32(1) *Cr. C.*). The officer who carries out the seizure must retain the property seized or give custody of it to another person, taking the necessary care, however, to ensure that the property is preserved. The officer must also report within seven days of the seizure (s. 462.32(4) *Cr. C.*).

B. *Restraint Order*

31

Like an application for a warrant of seizure, an application for a restraint order is made in writing by the Attorney General to a judge of a superior court or, in Quebec, a judge of the Court of Québec. The application may also be heard *ex parte*. However, the procedure involves a number of additional requirements and special rules. The affidavit of the Attorney General in support of the application must state the offence or matter under investigation. It must also name the person who is believed to be in possession of the property, describe it, and state the grounds for the belief that an order of forfeiture may be made (s. 462.33(2) *Cr. C.*).

32

The authorizing judge may make a restraint order only if the judge is satisfied of the existence of reasonable grounds to believe that an order of forfeiture may be made in respect of the property under s. 462.37(1) or 462.38(2) *Cr. C.* The restraint order prohibits any person from disposing of, or otherwise dealing with any interest in, the property specified in the order otherwise than in such manner as may be indicated in it (s. 462.33(3) *Cr. C.*). Any person who has been served with a restraint order and breaches it is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction (s. 462.33(11) *Cr. C.*). Where the Attorney General so requests, the judge may appoint a person to take control of the

cependant, un juge de la Cour du Québec a également compétence pour entendre une telle demande (art. 462.3 « juge » et 552 *C. cr.*).

Le mandat de saisie précise les biens visés. Cependant, l'officier saisissant peut saisir, en plus des biens énumérés au mandat, tout autre bien qu'il trouve sur les lieux, s'il a des motifs raisonnables de croire que ce bien pourrait être confisqué (par. 462.32(1) *C. cr., in fine*). L'officier saisissant conserve la garde des biens saisis ou les confie à un gardien en prenant toutefois les précautions nécessaires pour garantir leur préservation. Il fait de plus rapport dans les sept jours de la saisie (par. 462.32(4) *C. cr.*).

B. *L'ordonnance de blocage*

À l'instar de la demande de saisie, la demande d'ordonnance de blocage est présentée par écrit par le procureur général à un juge d'une cour supérieure ou, au Québec, à un juge de la Cour du Québec. Cette demande peut aussi être entendue *ex parte*. La procédure comporte cependant quelques exigences et particularités supplémentaires. L'affidavit du procureur général qui accompagne la demande doit comporter la désignation de l'infraction ou de l'objet de l'enquête. Il précise également le nom de la personne que l'on croit en possession du bien visé, la description de ce dernier ainsi que les motifs de croire qu'une ordonnance de confiscation pourrait être rendue (par. 462.33(2) *C. cr.*).

Le juge ne peut prononcer une ordonnance de blocage que s'il est convaincu de l'existence de motifs raisonnables de croire que les biens visés pourraient être confisqués en vertu des par. 462.37(1) ou 462.38(2) *C. cr.* L'ordonnance interdit à toute personne de se départir des biens qui y sont mentionnés ou d'effectuer toute opération à l'égard des droits qu'elle détient sur ceux-ci, sauf dans la mesure prévue par l'ordonnance (par. 462.33(3) *C. cr.*). Toute personne qui contrevient à une ordonnance de blocage dont elle a reçu notification se rend coupable d'un acte criminel ou d'une infraction sommaire (par. 462.33(11) *C. cr.*). À la demande du procureur général, le juge peut nommer

property subject to the restraint order and require the person in possession of the property to give possession of it to that person (s. 462.33(3)(b) *Cr. C.*, now s. 462.331(1) *Cr. C.*). If the Attorney General of Canada so requests, the judge shall appoint the Minister of Public Works and Government Services Canada to take control of and manage the property subject to the restraint order (s. 462.33(3.1) *Cr. C.*, now s. 462.331(2) *Cr. C.*). In any case, the order may be made subject to such reasonable conditions as the judge thinks fit (s. 462.33(4) *Cr. C.*).

C. The Connection Between Restraint and Seizure Proceedings and Orders of Forfeiture

As we saw earlier, restraint orders and warrants of seizure are procedures that the Crown may use to preserve property prior to conviction. On the other hand, an order of forfeiture is a sentence within the meaning of the criminal law, as is expressly recognized in s. 673 *Cr. C.* (See *170888 Canada Ltée v. La Reine*, [1999] R.J.Q. 1008 (C.A.), at p. 1011, *per* Fish J.A.)

This fundamental distinction between the legal characterization of the procedures, however, does not preclude the need for a careful consideration of the nature of the relationship between them at the point when a warrant of seizure is issued or a restraint order made and when they are reviewed. The decision to authorize the use of those procedures requires that it first be established that there are “reasonable grounds”, the terminology applicable under ss. 462.32(1) and 462.33(3), to believe that an order of forfeiture may be made in respect of the property.

The application for forfeiture is necessarily framed in terms of the either/or situation created by ss. 462.37(1) and 462.38(2), which correspond to two different legal situations. The standard of proof that applies when an order of forfeiture is made is different, based on the different legal situation that justifies making that order.

Section 462.37(1) defines the purpose of forfeiture more narrowly; it requires that it be established that the property is proceeds of the actual offence

un administrateur des biens bloqués et ordonner à leur possesseur de les remettre à cette personne (al. 462.33(3)b) *C. cr.*, maintenant par. 462.331(1) *C. cr.*). Si le procureur général du Canada le requiert, le juge désigne le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada comme administrateur des biens bloqués (par. 462.33(3.1) *C. cr.*, maintenant par. 462.331(2) *C. cr.*). Enfin, dans tous les cas, le juge peut assortir l’ordonnance des conditions raisonnables qu’il estime appropriées (par. 462.33(4) *C. cr.*).

C. Les liens entre les procédures de blocage et de saisie et les ordres de confiscation

Comme on l’a vu plus haut, l’ordonnance de blocage et le mandat de saisie constituent des procédures conservatoires que le ministère public peut utiliser avant la déclaration de culpabilité. Par contre, l’ordonnance de confiscation représente une peine au sens du droit pénal, comme le reconnaît d’ailleurs explicitement l’art. 673 *C. cr.* (Voir *170888 Canada Ltée c. La Reine*, [1999] R.J.Q. 1008 (C.A.), p. 1011, le juge Fish.)

Cette distinction fondamentale entre les qualifications juridiques de ces procédures n’élimine pas toutefois l’exigence de prendre en compte soigneusement la nature des liens qui les rattachent, au moment de l’autorisation d’un mandat de saisie ou du prononcé d’une ordonnance de blocage ou lors de leur révision. En effet, la décision de permettre l’emploi de ces procédures exige, au départ, la démonstration de l’existence de « motifs raisonnables », selon le vocabulaire des par. 462.32(1) et 462.33(3), de croire que les biens visés peuvent faire l’objet éventuellement d’un ordre de confiscation.

La demande de confiscation vise nécessairement les termes d’une alternative créée par les par. 462.37(1) et 462.38(2). Ceux-ci correspondent à des situations juridiques différentes. En effet, l’ordonnance de confiscation est rendue, le cas échéant, suivant des normes de preuve qui diffèrent selon la situation juridique qui la justifie.

Définissant plus étroitement l’objet de la mesure de confiscation, le par. 462.37(1) exige la démonstration que le bien provient de l’infraction même

33

34

35

36

of which the accused has been convicted. However, the less rigorous standard of proof on a balance of probabilities will govern the application of this section. On the other hand, in the case of an order of forfeiture for which application is made under s. 462.38(2), the *Criminal Code* does not require evidence that the property be connected to the offence to which the conviction relates. At the relevant time, it was enough that the prosecution establish that the property represented the proceeds of other designated drug offences or other enterprise crime offences, but in this case, according to the stricter standard of proof beyond a reasonable doubt.

dont le prévenu a été déclaré coupable. Cependant, cette démonstration s'effectue conformément à la norme de preuve moins rigoureuse de la prépondérance des probabilités. Par contre, dans le cas d'un ordre de confiscation demandé en vertu du par. 462.38(2), le *Code criminel* n'exige pas une preuve de rattachement du bien au crime visé par la déclaration de culpabilité. À l'époque pertinente, il suffisait que le poursuivant établisse que les biens provenaient d'autres infractions désignées ou d'autres infractions de criminalité organisée, mais alors selon la norme plus stricte de la preuve hors de tout doute raisonnable.

37

The fact that there exist two separate standards of proof inevitably affects how the mechanisms for authorizing seizures and restraint orders operate, and how those warrants and orders are reviewed. At those stages, the judge must attempt to forecast the future. He or she must determine, on a balance of probabilities, whether an order of forfeiture would be made under either of ss. 462.37(1) and 462.38(2). Because the standards of proof that apply to an order of forfeiture depend on their source, it is important that the prosecution specify the provision under which it would be seeking forfeiture, and the legal and factual basis for its application. In that context, as in this case, situations will arise in which orders of forfeiture could be made under different provisions of the *Criminal Code* in relation to different property. It might even be imagined that situations could arise in which the provisions authorising the making of the order could be invoked in the alternative.

La présence de ces normes de preuve distinctes affecte inévitablement le fonctionnement des mécanismes d'autorisation des saisies et ordonnances de blocage et de leur révision. À ces étapes, le juge se voit contraint à un exercice de prospective. Il lui faut évaluer, selon la prépondérance des probabilités, si une ordonnance de confiscation serait rendue en vertu de l'un ou l'autre des par. 462.37(1) et 462.38(2). Comme les normes de preuve applicables à l'ordonnance de confiscation dépendent de leur source, il importe alors que la poursuite précise la disposition en vertu de laquelle elle réclamerait la confiscation et la base juridique et factuelle de celle-ci. Dans ce contexte, comme dans la présente affaire, des situations se présenteront où, en rapport avec des biens différents, des ordonnances de confiscation seraient susceptibles d'être rendues selon des dispositions différentes du *Code criminel*. On imaginerait même des situations où les dispositions habilitantes seraient invoquées alternativement ou subsidiairement l'une à l'autre.

38

In this case, as may be seen in the decision of Judge Pinard, the appellant submitted in applying for the warrant of seizure that there were reasonable and probable grounds to believe that orders of forfeiture would be made under ss. 462.37(1) and 462.38(2). The application seemed to be based on the first provision in the case of the vehicles, and the second in the case of the immovables.

En l'espèce, tel qu'il appert de la décision rendue par le juge Pinard, lors de l'autorisation, l'appelant a invoqué l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que des ordonnances de confiscation seraient rendues en vertu des par. 462.37(1) et 462.38(2). La demande paraissait s'appuyer sur la première disposition quant aux véhicules et sur la seconde quant aux immeubles.

39

Accordingly, Judge Pinard, as the authorizing judge, had to be satisfied that there were reasonable and probable grounds to believe that an order of

Dans ce cadre, comme juge de l'autorisation, le juge Pinard devait se convaincre de l'existence de motifs raisonnables et probables de conclure que

forfeiture would eventually be made according to the applicable standards of proof. However, at that stage of the proceeding, the judge did not rule as if he were finding guilt and passing sentence. As well, the reviewing judge had to remember that he was not ruling on the forfeiture, but only on whether there were reasonable and probable grounds to believe that forfeiture would be ordered.

The procedure that Parliament has created for authorizing and reviewing seizures and restraint orders is certainly complex. It involves multi-stage judicial proceedings, and separate assessments of a changing legal situation, at its various stages, based on varying standards of proof. The difficulty of the exercise increases when the prosecution does not state the bases for its application with sufficient clarity.

D. *Duration and Review of Seizures and Restraint Orders*

Property that is seized may be detained for six months. The same rule applies to restraint orders. However, the Attorney General may apply for an extension of that time, if the Attorney General establishes to the satisfaction of the judge that the property will be subject to an order of forfeiture or establishes that it may be required for the purpose of any investigation or as evidence in any proceeding (s. 462.35 *Cr. C.*).

Judicial review of the special warrant or restraint order is possible, but only in three specific cases. First, where the property is not useful for the purpose of an investigation or as evidence in another case, the lawful owner of the property may obtain the return of the property where that person appears innocent of any complicity in an offence under Part XII.2. If the applicant is a person charged with an offence under Part XII.2 or a person who acquired a right of possession of the property under circumstances that give rise to a reasonable inference that the right was transferred for the purpose of avoiding the forfeiture of the property, the scope of the review narrows down. The application may be granted only if it is shown that the special warrant of seizure should not have been issued or the restraint order

des ordonnances de confiscation seraient éventuellement rendues conformément aux normes de preuve applicables. Cependant, à cette étape de la procédure, le juge ne statuait pas comme s'il se prononçait sur la culpabilité et la peine. De même, le juge siégeant en révision devait se souvenir qu'il ne statuait pas sur la confiscation, mais seulement sur l'existence des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle se produirait.

Le législateur a mis en place un mécanisme d'autorisation et de révision certainement complexe. S'y articulent des interventions judiciaires distinctes et des appréciations successives d'une situation juridique évolutive, à des étapes différentes de sa formation, suivant des normes de preuve variables. La difficulté de cet exercice augmente lorsque la poursuite ne précise pas les bases de sa demande avec une clarté suffisante.

D. *Durée et révision des saisies et des ordonnances de blocage*

La détention des biens sous saisie vaut pour six mois. La même règle s'applique au blocage. Cependant, le procureur général peut demander la prolongation de cette période, s'il démontre à la satisfaction du juge que les biens feront l'objet d'une ordonnance de confiscation ou s'il établit leur nécessité pour une enquête ou à titre d'éléments de preuve dans d'autres procédures (art. 462.35 *C. cr.*).

La révision judiciaire du mandat spécial ou de l'ordonnance de blocage reste possible, mais dans trois cas précis. D'abord, lorsque les biens ne sont plus utiles pour une enquête ou comme éléments de preuve dans une autre affaire, leur propriétaire légitime peut en obtenir la remise lorsqu'il paraît innocent de toute complicité à l'égard d'une infraction visée par la partie XII.2. Si le demandeur est une personne accusée d'une infraction visée par la partie XII.2 ou une personne qui a obtenu des droits sur les biens en cause dans des circonstances qui permettent raisonnablement de croire que l'opération effectuée visait à éviter leur confiscation, la possibilité de révision est plus restreinte. Elle ne peut être accordée que si le mandat spécial de saisie n'aurait pas dû être décerné ou

40

41

42

should not have been made (s. 462.34(4) and (6) *Cr. C.*).

43

Second, the judge may authorize the person in possession of the property that has been seized or in respect of which a restraint order has been made or any other person holding a valid interest in that property to pay the reasonable living expenses of that person or of his or her dependants and that person's legal expenses, or to give security therefor, out of the property (s. 462.34(4)(c) and (5) *Cr. C.*). Finally, the application may be granted where the applicant offers the court sufficient security for the recovery of the seized property (s. 462.34(4)(a) and (8) *Cr. C.*).

44

In addition, the judge must revoke a restraint order, or order that the property be returned, where he or she is satisfied that the property will no longer be useful for the purpose of an investigation or as evidence. The judge may make that decision on his or her own motion or on application by the Attorney General or a person having an interest in the property (s. 462.43 *Cr. C.*).

45

Analogous procedures are found elsewhere in the *Criminal Code*. One example is s. 490.8, which also contains a provision for a restraint order in respect of offence-related property and procedures for review and return of property that are similar to the procedures in issue in this appeal (see also s. 490.9). That fact heightens the importance of the issues before this Court.

46

Again, it will have been noted that the *Criminal Code* as it now stands does not make satisfactory provision for the appeal of decisions made under Part XII.2. The legislation contains no procedure for an appeal to the intermediate appellate courts in the case before this Court. Those courts are therefore unable to perform their error correction function in the application of the law. The legislation as it stands also deprives these courts of the opportunity to take part in the development of this particular part of the law. Criminal trials have undergone changes. The number of situations in which pre-trial, interlocutory or incidental decisions are made has risen substantially. The evolution of the law, and particularly the need to protect the constitutional rights

l'ordonnance de blocage rendue (par. 462.34(4) et (6) *C. cr.*).

Dans un second temps, le juge peut permettre au possesseur des biens bloqués ou saisis ou à toute autre personne détenant un droit valable sur ceux-ci de prélever des sommes raisonnables pour ses dépenses courantes ou celles des personnes à charge, pour le paiement de ses frais juridiques ou pour son cautionnement (al. 462.34(4)c) et par. 462.34(5) *C. cr.*). Enfin, le troisième cas de révision se présente lorsque le requérant offre une garantie suffisante au tribunal pour le recouvrement du bien saisi (al. 462.34(4)a) et par. 462.34(8) *C. cr.*).

Par ailleurs, le juge est tenu d'annuler une ordonnance de blocage ou d'ordonner la restitution des biens saisis lorsqu'il est convaincu que les biens ont cessé d'être utiles soit pour une enquête ou à titre d'éléments de preuve. Le juge prend cette décision d'office ou sur demande du procureur général ou du titulaire d'un droit sur le bien (art. 462.43 *C. cr.*).

Des procédures analogues se retrouvent ailleurs dans le *Code criminel*. Notamment, l'art. 490.8 contient également un mécanisme de blocage de biens infractionnels et des procédures de révision et remise qui s'apparentent à celles dont le présent pourvoi requiert l'étude (voir aussi l'art. 490.9). Cette situation souligne l'importance du débat engagé devant notre Cour.

On aura noté encore une fois que la rédaction actuelle du *Code criminel* n'aménage pas de façon satisfaisante les procédures d'appel des décisions rendues en vertu de la partie XII.2. La législation ne prévoit aucune procédure d'appel dans le cas soumis à notre Cour devant les cours d'appel intermédiaires. Celles-ci ne peuvent alors remplir le rôle de surveillance de la régularité et de l'exactitude de l'application de la loi. L'état de la législation ne leur permet pas non plus d'apporter une collaboration nécessaire au développement du droit dans le domaine en cause. Le procès pénal a évolué. Les occasions de décisions préparatoires, interlocutoires ou incidentes se sont multipliées. L'évolution du droit et, particulièrement, la nécessité

of third parties such as victims, persons bound by professional privilege or the media, have given rise to new kinds of issues, which remain incidental to the main issue between the Crown and the accused. Unfortunately, criminal procedure has scarcely kept up with these changes, as Major J. recently pointed out in the case of a direct appeal to this Court concerning a problem involving professional privilege (*R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32, at paras. 105-10). We must therefore examine this case in a situation in which the parties have been denied an opportunity for a comprehensive review of the issues by the Quebec Court of Appeal.

VI. Analysis

A. *The Issues and the Parties' Positions*

The case as it was argued in this Court raised three main issues between the parties. First, I must examine the nature and scope of restraint orders. Second, I will focus on the extent of the powers of the judge who hears an application for review of the decision to issue a warrant of seizure or to make a restraint order. Third, having defined the legal framework, I will analyse the judgment of the Superior Court, and conclude, as indicated earlier, that it must be set aside in part and the warrants of seizure and restraint order restored to that extent.

In the appellant's submission, a correct interpretation of the relevant provisions of the *Criminal Code* supports the position that the immovables in question were subject to forfeiture under s. 462.37 *Cr. C.* and that a restraint order could therefore have been made in respect of them. The Attorney General also advances a restrictive interpretation of the powers of the reviewing judge, submitting that the reviewing judge could not review the merits of the decision to issue the warrant or make the order. As is the case for review of wiretap authorizations, in the opinion of the Attorney General, that judge's powers are limited to determining whether the authorization could have been given, and not whether it should have been granted. In the appellant's submission, the standards of review outlined by this Court in

d'assurer la protection des droits constitutionnels de tiers comme les victimes, les détenteurs du secret professionnel ou les médias, ont introduit des débats nouveaux incidents au litige principal entre le ministère public et l'accusé. La procédure pénale ne tient malheureusement guère compte de ces changements, comme le rappelait encore récemment le juge Major, à l'occasion d'un appel direct devant notre Cour sur un problème de secret professionnel (*R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32, par. 105-110). Il faut donc étudier la présente affaire dans une situation où les parties ont été privées de l'occasion d'approfondir l'étude des questions en litige devant la Cour d'appel du Québec.

VI. Analyse

A. *Les questions en litige et la position des parties*

Tel qu'il s'est déroulé devant notre Cour, le débat entre les parties soulève trois questions principales. Il faut d'abord examiner la nature et la portée des ordonnances de blocage. Puis, on passera à l'étude de l'étendue des pouvoirs du juge saisi d'une demande de révision de la décision qui décerne un mandat de saisie ou qui rend une ordonnance de blocage. Dans le cadre juridique ainsi défini, on examinera ensuite le jugement de la Cour supérieure pour conclure, tel qu'indiqué plus haut, qu'il doit être cassé en partie et les mandats de saisie ainsi que l'ordonnance de blocage rétablis pour autant.

Pour l'appellant, suivant une interprétation correcte des dispositions pertinentes du *Code criminel*, les immeubles visés étaient susceptibles de confiscation en vertu de l'art. 462.37 *C. cr.* et pouvaient ainsi faire l'objet d'une ordonnance de blocage. Par ailleurs, le procureur général donne une interprétation restrictive des pouvoirs du juge siégeant en révision. Celui-ci ne pourrait réviser le bien-fondé de la décision d'autorisation. Comme dans le cas de la révision des autorisations d'écoute électronique, ses pouvoirs se limiteraient à vérifier si l'autorisation pouvait être donnée et non si elle le devait. Selon l'appellant, les normes d'intervention définies par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, trouveraient application. De plus, on ne saurait tolérer, à cette occasion, la

47

48

R. v. Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, apply. In addition, the Attorney General submits that in this instance, the search warrants underlying the restraint and special seizure proceedings cannot be attacked, even based on allegations that the constitutional rights of the persons affected were violated. The Attorney General for Ontario, who intervened in support of the appellant, is also concerned by the risk of encouraging collateral or incidental attacks here, at the expense of the principle of the finality and stability of judgments. Ultimately, based on all these premises, the appellant challenges every aspect of the decision of the Superior Court, which was allegedly grounded on an erroneous definition of the powers of the reviewing judge. That decision, it is submitted, was also extended improperly to the underlying search warrants because of an incorrect interpretation of the decision in *Colarusso*, *supra*. As correctly understood, based on the appropriate legal principles, correctly defined, all aspects of the warrants of seizure and restraint order were justified by the evidence, in respect of both the motor vehicles and the immovable properties.

49

The respondents concede that the Superior Court interpreted *Colarusso* incorrectly. However, in their submission, that error of law does not affect the validity of its conclusions. The court, in this instance, was exercising a broad power of review, pursuant to which it had to decide whether the warrants of seizure and restraint order could have been issued. In the course of that review, the Superior Court considered the evidence submitted to the authorizing judge, and the new evidence presented by the respondents at the review hearing in order to establish that the property that was seized or in respect of which the restraint order was made was not proceeds of crime, or had no connection with an enterprise crime offence. The respondents put particular stress on that last argument as it relates to the real estate, in respect of which no order of forfeiture could have been made, and in respect of which no restraint order could therefore have been made. They made the same submission in respect of the vehicles seized which, on the evidence, could not have been considered to be proceeds of crime, and which were therefore not subject to forfeiture. The respondents' final submission is that the reasonable

remise en cause de mandats de perquisition sous-jacents aux procédures de blocage et de saisie spéciale, même sur la base d'allégations de violation des droits constitutionnels des intéressés. Le procureur général de l'Ontario, intervenant au soutien de l'appelant, y voit d'ailleurs un risque de favoriser des contestations indirectes ou incidentes au détriment du principe de finalité et de stabilité des jugements. Enfin, à partir de ces prémisses, l'appelant s'attaque à tous les volets de la décision de la Cour supérieure. Celle-ci aurait été rendue sur la base d'une définition erronée des pouvoirs du juge siégeant en révision. Elle aurait de plus été étendue indûment aux mandats de perquisition sous-jacents en raison d'une interprétation inexacte de l'arrêt *Colarusso*, précité. Correctement appréciée sur la base des principes juridiques appropriés et correctement définis, la preuve justifiait les mandats de saisie et l'ordonnance de blocage sous tous leurs volets, tant à l'égard des véhicules automobiles qu'à l'égard des immeubles.

Les intimés concèdent que la Cour supérieure a mal interprété l'arrêt *Colarusso*. Cependant, à leur avis, cette erreur de droit ne porte pas atteinte à la validité de ses conclusions. Le tribunal exerçait alors un large pouvoir de révision en vertu duquel il lui appartenait de décider si les mandats de saisie et l'ordonnance de blocage pouvaient être délivrés. Dans le cours de cette révision, la Cour supérieure tenait compte de la preuve soumise au juge qui a accordé l'autorisation et de la preuve nouvelle présentée par les intimés lors de la révision pour démontrer que les biens saisis ou bloqués ne constituaient pas des produits de la criminalité ou n'avaient aucun lien avec une infraction de criminalité organisée. Les intimés font valoir ce dernier argument avec une insistance particulière en ce qui concerne les immeubles. Ceux-ci ne pouvaient être confisqués et ne pouvaient donc faire l'objet d'une ordonnance de blocage. Il en allait de même des véhicules saisis qui, selon la preuve, ne pouvaient être considérés comme des produits de la criminalité et n'étaient donc pas sujets à confiscation. Enfin, selon les intimés, les motifs raisonnables invoqués au soutien des saisies et de l'ordonnance de blocage

grounds cited in support of the seizures and restraint order carried no weight in law. Because they were based on information obtained from illegal searches, the reviewing judge could exclude all of the information that was obtained under those warrants and find that the seizures and restraint order had been authorized without sufficient legally admissible grounds. The respondents conclude by submitting that the appellant is seeking a review of the findings of fact made by the Superior Court in circumstances where no errors that would justify such a re-examination on appeal have been made out.

B. *Nature and Scope of Restraint Orders*

As noted earlier, the respondents are not challenging the constitutionality of the provisions of Part XII.2 of the *Criminal Code*. It is nonetheless necessary, when examining the nature of that procedure, to correctly identify its effects and its scope in order to determine whether a restraint order is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

That question has certainly not been definitively answered by the courts, which have so far not exhausted the rich vein of the concepts of search and seizure, let alone explored the diverse situations of fact and law in which those concepts will apply. However, this Court has on several occasions examined the definition of the word “seizure” in the context of s. 8 of the *Charter*, which protects individuals against “unreasonable search or seizure”. Some comments in the case law suggest that actual change of possession is an essential element of a seizure within the meaning of s. 8.

In a 1988 decision concerning the application of s. 8 of the *Charter*, La Forest J. wrote that “the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person’s consent” (*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 431). Similarly, two years later, Wilson J. defined a seizure as “the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person’s will” (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425,

n’avaient aucune valeur juridique. Comme ces dernières se fondaient sur des informations obtenues grâce à des perquisitions illégales, le juge siégeant en révision pouvait écarter tous les renseignements qui en dérivait pour conclure que les saisies et l’ordonnance de blocage avaient été autorisées sans motifs suffisants et légalement admissibles. Enfin, les intimés soutiennent que l’appelant recherche une révision des constatations de fait de la Cour supérieure en l’absence d’erreurs qui justifieraient un tel réexamen en appel.

B. *Nature et portée des ordonnances de blocage*

Tel que mentionné plus haut, les intimés ne contestent pas la constitutionnalité des dispositions de la partie XII.2 du *Code criminel*. Il s’avère néanmoins nécessaire, dans l’étude de la nature de cette procédure, d’identifier correctement ses effets et sa portée afin de déterminer si une ordonnance de blocage constitue une saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

Cette question n’est certes pas définitivement réglée par la jurisprudence qui n’a pas épuisé à ce jour toute la richesse des notions de saisie et de perquisition, et encore moins exploré la diversité des situations de fait et de droit dans lesquelles elles trouveront application. Notre Cour a toutefois examiné à quelques reprises la définition du mot « saisie » dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* qui protège contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Certains commentaires jurisprudentiels suggèrent qu’une dépossession effective constitue un élément essentiel d’une saisie au sens de l’art. 8.

À l’occasion d’un arrêt prononcé en 1988 sur l’application de l’art. 8 de la *Charte*, le juge La Forest écrivait qu’« il y a saisie au sens de l’art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement » (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431). Dans la même veine, deux années plus tard, le juge Wilson définissait une saisie comme une « appropriation par un pouvoir public d’un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne » (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes*

50

51

52

at p. 493). It will be noted that in that case, this Court held that the sending of a *subpoena duces tecum* or order to produce documents for an administrative investigation by a public body constituted a search. Those definitions stress the process rather than its purpose. They counter the risk of an overbroad interpretation of s. 8 under which it would be possible to challenge mere restrictions on the exercise of property rights. Such an interpretation would eventually transform a provision intended to protect individual privacy into a constitutional guarantee of property rights, which was deliberately not included in the *Charter*.

et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425, p. 493). On notera que, dans cette affaire, notre Cour avait assimilé à une saisie l'envoi d'un *subpoena duces tecum* ou ordonnance de produire des documents à fins d'enquête administrative par un organisme public. Ces définitions mettent l'accent sur le procédé lui-même plutôt que sur sa finalité. Elles pallient le risque d'une interprétation trop large de l'art. 8 qui permettrait de remettre en cause de simples restrictions à l'exercice du droit de propriété. Cette interprétation transformerait éventuellement une disposition axée sur la protection de la vie privée de la personne en une garantie constitutionnelle du droit de propriété qui a été délibérément exclue de la *Charte*.

53

However, just as an overbroad interpretation of the word "seizure" might defeat the purpose of s. 8, so too might a strict literal interpretation of that concept. In interpreting the word "seizure", we cannot look only at the process. We must examine the context and the objective of the guarantee. By ignoring the purpose and context of the provision, we might deprive it of part of its effect in numerous situations in which constitutional interests in privacy, not to mention the regularity and fundamental fairness of criminal procedure, are in issue. Accordingly, if there is to be any limit on the definition of the word "seizure", it must not relate to the process *per se*, but rather to the context in which it is carried out. The issues involved in interpreting and applying s. 8 are clearly explained in the following comments by S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury:

Toutefois, à l'instar d'une interprétation trop large du mot saisie, une interprétation rigoureusement littérale de la notion risquerait de détourner l'art. 8 de son objet. Dans l'interprétation du mot « saisie », il ne suffit pas de s'arrêter au procédé. Il faut examiner le contexte et l'objectif de la garantie. Faire fi de la finalité et du cadre de cette disposition risque de la vider d'une partie de son effet dans bien des situations où les intérêts constitutionnels de protection de la vie privée, sinon de régularité et d'équité fondamentale de la procédure pénale se trouvent en jeu. Alors, si une limite doit s'appliquer à la définition du mot saisie, elle ne doit pas se rattacher au procédé lui-même mais bien au contexte dans lequel elle est exécutée. Des commentaires de S. C. Hutchison, J. C. Morton et M. P. Bury expriment bien cette problématique de l'interprétation et de l'application de l'art. 8 :

One limitation ought to be put on the scope of "seizure" under the Charter. The "enjoyment of property" as a specific right, as protected in the Canadian Bill of Rights, is not protected in the Charter. The prohibition of unreasonable search and seizure is designed to promote privacy interests and not property rights. Hence, Charter protections against unreasonable seizure should not apply to governmental actions merely because those actions interfere with property rights. Specifically, where property is taken by governmental action for reasons other than administrative or criminal investigation a "seizure" under the Charter has not occurred. A number of cases illustrate this view of seizure. A detention of property, in itself, does not amount to a seizure for Charter

[TRADUCTION] Il convient d'établir une limite à la portée du mot « saisie » utilisé dans la Charte. Le droit particulier d'une personne à la « jouissance de ses biens », que garantit la Déclaration canadienne des droits, n'est pas garanti par la Charte. L'interdiction des fouilles, perquisitions et saisies abusives vise à promouvoir le droit à la vie privée et non le droit de propriété. Par conséquent, la protection que la Charte assure contre les saisies abusives ne devrait pas s'appliquer à des mesures gouvernementales du seul fait que ces mesures portent atteinte au droit de propriété. En particulier, lorsqu'un bien est confisqué par l'État autrement que dans le cadre d'une enquête administrative ou criminelle, il n'y a pas « saisie » au sens de la Charte. Un certain nombre de

purposes — there must be a superadded impact upon privacy rights occurring in the context of administrative or criminal investigation. [Emphasis added.]

(S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury, *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 2-5; see also: F. Chevrette and H. Cyr, “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 10-1, at pp. 10-8 and 10-9).

No difficulties arise in determining the legal character of special warrants of seizure under Part XII.2 of the *Criminal Code*. Even if we were to apply the strictest interpretation of that concept, what we have is a seizure with change of possession. The legal character of restraint orders is more problematic, in that such an order does not involve a change in possession of the property to which it applies. However, when the objectives of a restraint order are considered, there is no doubt that it may be characterized as a seizure within the meaning of s. 8. The name given to that order perhaps too easily invites a comparison to a mere restriction on the exercise on property rights. The conservatory nature of the order reinforces such an inclination. However, given that a restraint order is intended to supplement seizures that are taking place contemporaneously, and that they place property under the control of the justice system that might otherwise have eluded it, whether for the purpose of a criminal investigation or for the punishment of crimes that fall within Part XII.2 of the *Criminal Code*, such an order must be characterized as a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

First, a restraint order freezes the property. As provided in s. 462.33(3)(a) (now s. 462.33(3)), it prohibits disposing of or dealing with the property in question otherwise than as specified by the court. The person in possession of the property is then reduced to the status of caretaker or administrator of his or her own property, and must even obtain judicial permission to receive income or resources

décisions illustrent cette perception de la saisie. La rétention d’un bien ne constitue pas en soi une saisie au sens de la Charte — l’enquête administrative ou criminelle doit avoir une incidence additionnelle sur le droit à la vie privée. [Je souligne.]

(S. C. Hutchison, J. C. Morton et M. P. Bury, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-5; voir aussi : F. Chevrette et H. Cyr, « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce », dans G.-A. Beaudoin et E. P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 1996), 521, p. 529.)

La qualification juridique du mandat spécial de saisie de la partie XII.2 du *Code criminel* ne pose pas de difficulté. Même en retenant l’interprétation la plus étroite de la notion, on se trouve devant une saisie avec dépossession. La qualification juridique de l’ordonnance de blocage est plus problématique puisqu’une telle ordonnance n’emporte pas la dépossession des biens qu’elle vise. Toutefois, lorsqu’on s’arrête aux objectifs de l’ordonnance de blocage, sa qualification de saisie au sens de l’art. 8 ne fait pas de doute. Sa désignation invite peut-être trop facilement à la comparer à une simple restriction à l’exercice du droit de propriété. Son caractère conservatoire accentue cette tendance. Toutefois, dans la mesure où l’ordonnance de blocage est destinée à compléter les saisies courantes et qu’elle place sous le contrôle de la justice des biens qui, autrement, pourraient y échapper, que ce soit pour les besoins d’une enquête criminelle ou pour la punition des crimes tombant sous le coup de la partie XII.2 du *Code criminel*, elle doit être qualifiée de saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

Tout d’abord, l’ordonnance de blocage immobilise le bien. Comme le prévoit l’al. 462.33(3)a) (maintenant 462.33(3)), cet ordre interdit d’aliéner le bien visé et de l’utiliser autrement que de la manière prescrite par le tribunal. Le possesseur se retrouve alors réduit au statut de gardien ou d’administrateur de son propre bien. Il lui faut même obtenir une autorisation judiciaire pour en tirer des

from it. As we saw earlier, that person must bring an application in order to be able to do so, under s. 462.34(4) *Cr. C.* As well, under s. 462.33(3)(b) (now s. 462.331(1)), a judge may order that the management of the property be transferred to a person appointed by the judge. In that case, the decision involves a straightforward change in possession away from the person in possession of the property. In both cases, the property is placed under the legal and actual control of the criminal justice system. Moreover, the objectives of this measure for exercising control are twofold. First, Parliament intended to facilitate criminal investigations, by enacting procedural provisions that make property, and information about it, more readily accessible to the police and the Crown. Second, the purpose of those procedures is to prevent the disappearance or wasting of the property. Doing this makes it possible to punish the crimes in question more effectively, and facilitates the enforcement of the orders of forfeiture that may be made in future. We can conclude from those characteristics, and the context and objectives, that a restraint order must be regarded as a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

56

The issue of the scope of application of these restraint orders is also raised in this appeal. The respondents submit, having regard to the facts in evidence, that because of certain aspects of the wording of the provisions in Part XII.2 in relation to orders of forfeiture, neither the motor vehicles nor the immovables in issue could have been the subject of a restraint order. In their submission, the possibility of an order of forfeiture being made would have to have been established. That requires that it be established that the property is proceeds of crime or was acquired using proceeds of crime. In arguing this position, the respondents placed particular emphasis on the immovable properties in respect of which the restraint order was made. That argument calls for an examination of the difference of opinion that has divided trial courts on the question of the interpretation and application of these provisions.

57

The argument made results from a problem in the wording of ss. 462.32 and 462.33 *Cr. C.* We saw earlier that a judge may make a restraint order or issue

revenus ou des ressources. Comme on l'a vu plus haut, il doit présenter une requête à cette fin sous le régime du par. 462.34(4) *C. cr.* De plus, en vertu de l'al. 462.33(3)b) (maintenant par. 462.331(1)), le juge peut ordonner le transfert de la gestion des biens à un administrateur qu'il désigne. Dans ce cas, la décision implique la dépossession pure et simple du possesseur. Dans les deux hypothèses, le bien se trouve placé sous le contrôle juridique et effectif de la justice pénale. Par surcroît, cette mesure de contrôle vise alors deux objectifs. D'abord, on entend faciliter les enquêtes criminelles, par des dispositions procédurales qui rendent les biens et les informations qui s'y rattachent plus facilement accessibles à la police et au ministère public. Ensuite, ces procédures cherchent à prévenir la disparition ou la dilapidation des biens. Ceci permet de punir plus efficacement les crimes visés et facilite la mise à exécution des ordonnances de confiscation qui pourraient être prononcées dans l'avenir. Ces caractéristiques, ce contexte et ces objectifs permettent de conclure que l'ordonnance de blocage doit être assimilée à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

La question de la détermination du domaine d'application de ces ordonnances de blocage s'est aussi posée dans cet appel. Selon les intimés, devant les faits établis, en raison de certaines modalités de rédaction des dispositions de la partie XII.2, relatives aux ordonnances de confiscation, ni les véhicules automobiles ni les immeubles en cause ne pouvaient tomber sous le coup d'une ordonnance de blocage. En effet, il aurait fallu démontrer la possibilité d'une ordonnance de confiscation. Or, celle-ci exige la démonstration que les biens constituent des produits de la criminalité ou des biens acquis à l'aide de ceux-ci. Les intimés ont défendu cette thèse avec une insistance particulière au sujet des propriétés immobilières visées par l'ordonnance de blocage. Cette prétention exige l'examen d'une controverse jurisprudentielle qui a divisé les tribunaux de première instance, à propos de l'interprétation et de l'application de ces dispositions.

L'argument soulevé résulte d'un problème de rédaction des art. 462.32 et 462.33 *C. cr.* On a vu plus haut qu'un juge peut rendre une ordonnance de

a general warrant of seizure in respect of property if there are reasonable and probable grounds to believe that an order of forfeiture may be made in respect of the property under s. 462.37(1) or 462.38(2). Those sections read as follows, respectively, at the relevant time:

Forfeiture of Proceeds of Crime

462.37 (1) [Order of forfeiture of property on conviction] Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of an enterprise crime offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the enterprise crime offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

462.38 . . .

(2) [Order of forfeiture of property] Subject to sections 462.39 to 462.41, where an application is made to a judge under subsection (1), the judge shall, if the judge is satisfied that

- (a) any property is, beyond a reasonable doubt, proceeds of crime,
- (b) proceedings in respect of an enterprise crime offence committed in relation to that property were commenced, and
- (c) the accused charged with the offence referred to in paragraph (b) has died or absconded,

order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

The interpretation of s. 462.38(2) is not in issue in this case, which revolves around the nature of the reference in ss. 462.32 and 462.33 to s. 462.37(1). Does it include a reference to s. 462.37(2)? Section 462.37(2) provided:

462.37 . . .

(2) [Proceeds of crime derived from other offences] Where the evidence does not establish to the satisfaction of the court that the enterprise crime offence of which the

blocage ou décerner un mandat général de saisie à l'égard de biens s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être confisqués en vertu des par. 462.37(1) ou 462.38(2). Ceux-ci se lisaient respectivement, à l'époque pertinente :

Confiscation des produits de la criminalité

462.37 (1) [Confiscation lors de la déclaration de culpabilité] Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction de criminalité organisée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction de criminalité organisée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

462.38 . . .

(2) [Ordonnance de confiscation] Sous réserve des articles 462.39 à 462.41, le juge saisi de la demande est tenu de rendre une ordonnance de confiscation au profit de Sa Majesté de certains biens s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) ces biens constituent hors de tout doute raisonnable des produits de la criminalité;
- b) des procédures à l'égard d'une infraction de criminalité organisée commise à l'égard de ces biens ont été commencées;
- c) la personne accusée de l'infraction visée à l'alinéa b) est décédée ou s'est esquivée.

L'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

L'interprétation du par. 462.38(2) n'est pas en jeu dans ce débat. Celui-ci s'articule autour de la nature du renvoi qu'opèrent les art. 462.32 et 462.33 vers le par. 462.37(1). Celui-ci comprend-il un renvoi au par. 462.37(2)? Celui-ci disposait en effet :

462.37 . . .

(2) [Produits de la criminalité obtenus par la perpétration d'une autre infraction] Le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation au titre du paragraphe

offender is convicted, or discharged under section 730, was committed in relation to property in respect of which an order of forfeiture would otherwise be made under subsection (1) but the court is satisfied, beyond a reasonable doubt, that that property is proceeds of crime, the court may make an order of forfeiture under subsection (1) in relation to that property.

462.37 . . .

(2) [Produits de la criminalité obtenus par la perpétration d'une autre infraction] Le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation au titre du paragraphe (1) à l'égard des biens d'un contrevenant dont il n'est pas prouvé qu'ils ont été obtenus par la perpétration de l'infraction de criminalité organisée dont il a été déclaré coupable — ou à l'égard de laquelle il a été absous sous le régime de l'article 730 — à la condition d'être convaincu, hors de toute doute raisonnable, qu'il s'agit de produits de la criminalité.

(1) à l'égard des biens d'un contrevenant dont il n'est pas prouvé qu'ils ont été obtenus par la perpétration de l'infraction de criminalité organisée dont il a été déclaré coupable — ou à l'égard de laquelle il a été absous sous le régime de l'article 730 — à la condition d'être convaincu, hors de toute doute raisonnable, qu'il s'agit de produits de la criminalité.

462.37 . . .

(2) [Proceeds of crime derived from other offences] Where the evidence does not establish to the satisfaction of the court that the enterprise crime offence of which the offender is convicted, or discharged under section 730, was committed in relation to property in respect of which an order of forfeiture would otherwise be made under subsection (1) but the court is satisfied, beyond a reasonable doubt, that that property is proceeds of crime, the court may make an order of forfeiture under subsection (1) in relation to that property.

59

Relying on the wording of s. 462.37(2) *Cr. C.*, the respondents submit that Judge Pinard could not have made the restraint order or issued the seven special warrants of seizure, on the ground that an order of forfeiture could not have been made in relation to the vehicles in question under s. 462.37(1). The respondents answer that the reference to s. 462.37 is solely to subs. (1). Hence, absent any evidence to establish that the property was proceeds of crime obtained in relation to the offences alleged, no order of forfeiture, and accordingly no restraint order, could have been made, at least in relation to the immovables. The Crown replies that the reference to subs. (1) necessarily includes subs. (2). At that point, it would have only to establish that an order of forfeiture could have been made in relation to the property as proceeds of crime, and this would satisfy the requirements of subs. (1). The respondents then counter that in any event, there was no such evidence and the restraint order was therefore without any factual basis.

S'appuyant sur le libellé du par. 462.37(2) *C. cr.*, les intimés soutiennent que le juge Pinard ne pouvait pas rendre l'ordonnance de blocage ni délivrer les sept mandats spéciaux de saisie au motif que les immeubles et les véhicules visés n'étaient pas susceptibles de confiscation en vertu du par. 462.37(1). D'après les intimés, le renvoi à l'art. 462.37 s'arrête au par. (1). En conséquence, en l'absence d'une preuve démontrant que les biens constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec les infractions alléguées, aucune ordonnance de confiscation et, partant, de blocage n'aurait pu être rendue, au moins quant aux immeubles. Le ministère public répond que le renvoi au par. (1) inclut nécessairement le par. (2). À ce moment, il lui suffirait de démontrer que les biens sont susceptibles de confiscation comme produits de la criminalité, ce qui satisferait aux exigences du par. (1). Les intimés rétorquent alors que, de toute façon, cette preuve fait défaut et que l'ordonnance de blocage se trouvait ainsi dépourvue de base factuelle.

60

The decisions of the trial courts on this question have been contradictory. Two of them support the respondents' position (see *R. v. Seman* (1994), 93 Man. R. (2d) 151 (Q.B.), and *British Columbia (Attorney General) v. Felix*, [1993] B.C.J. No. 1870 (QL) (S.C.)). In those decisions, the courts held that Parliament would not have referred specifically to ss. 462.37(1) and 462.38(2) if it had not intended to

Les tribunaux de première instance ont rendu des jugements contradictoires sur la question. Deux d'entre eux appuient la position des intimés (voir *R. c. Seman* (1994), 93 Man. R. (2d) 151 (B.R.), et *British Columbia (Attorney General) c. Felix*, [1993] B.C.J. No. 1870 (QL) (C.S.)). Selon ces décisions, le législateur n'aurait pas renvoyé spécifiquement aux par. 462.37(1) et 462.38(2) s'il n'avait pas voulu

limit the situations in which a restraint order may be made or a special warrant of seizure issued.

Two other judgments have rejected that literal interpretation because it is inconsistent with the intention of Parliament (see *R. v. Fremanco Ltd.* (1995), 135 Nfld. & P.E.I.R. 327 (Nfld. S.C.), and *R. v. Lanteigne* (1994), 156 N.B.R. (2d) 17 (Q.B.)). In *Lanteigne*, Deschênes J., now of the New Brunswick Court of Appeal, explained that the express reference to subs. (1) in the English version of s. 462.37(2) *Cr. C.* meant that any order of forfeiture made under that subsection was in fact made under subs. (1). Deschênes J. summarized his interpretation of the legislation and the reasons why he rejected the contrary position as follows, at paras. 29, 30 and 32:

It is important to note that subs. 462.37(2) merely provides that in cases where the link or nexus has not been established, the court may still make an order of forfeiture under subs. 462.37(1) if satisfied beyond a reasonable doubt that the property to be forfeited is “proceeds of crime”. Subsection 462.37(2) merely provides the evidentiary rules to be applied so an order of forfeiture under subs. 462.37(1) can be made. In fact, subs. 462.37(2) specifically says that “the court may make an order of forfeiture under subs. (1)” in relation to that property.

I do not agree with the suggestions being made in *Seman* that subs. 462.37(2) is a provision under which orders of forfeiture can be made. In my view, if an order of forfeiture is made, it is made under subs. 462.37(1) and not 462.37(2).

Accordingly, when faced with an application for a restraint order, the judge must consider whether there are reasonable grounds to believe that the property sought to be restrained could eventually be the subject of an order of forfeiture under subs. 462.37(1) in the sense that such property may be related to the enterprise crime offence under investigation. If the judge is not satisfied that there are reasonable grounds to believe that an order of forfeiture may eventually be made on the basis of a balance of probabilities referred to in subs. 462.37(1), he

limiter les situations dans lesquelles une ordonnance de blocage peut être rendue ou un mandat spécial de saisie délivré.

Deux autres jugements ont écarté cette interprétation littérale en raison de son incompatibilité avec l'intention du législateur (voir *R. c. Fremanco Ltd.* (1995), 135 Nfld. & P.E.I.R. 327 (C.S.T.-N.), et *R. c. Lanteigne* (1994), 156 R.N.-B. (2^e) 17 (B.R.)). Dans l'affaire *Lanteigne*, le juge Deschênes, aujourd'hui membre de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, a expliqué que la référence explicite au par. (1) dans la version anglaise du par. 462.37(2) *C. cr.* signifiait que toute ordonnance de confiscation rendue en vertu de ce paragraphe l'était en fait en vertu du par. (1). Le juge Deschênes résumait ainsi aux par. 29, 30 et 32 son interprétation des textes législatifs et les motifs pour lesquels il écartait la thèse opposée :

[TRADUCTION] Il est important de souligner que ce paragraphe [par. 462.37(2)] ne fait que prévoir que dans les cas où le lien n'a pas été établi, le tribunal peut toujours rendre une ordonnance de confiscation en vertu du paragraphe 462.37(1), s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que les biens que l'on veut saisir sont des « produits de la criminalité ». Le paragraphe 462.37(2) énonce seulement les règles de preuve applicables lorsqu'une ordonnance de confiscation prévue au paragraphe 462.37(1) peut être rendue. De fait, il est spécifiquement mentionné au paragraphe 462.37(2) que « le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation (en vertu du paragraphe 1) » à l'égard de ces biens.

Je ne me rallie pas aux déclarations faites dans *Seman* qui laissent entendre que le paragraphe 462.37(2) est une disposition qui permet de rendre des ordonnances de confiscation. À mon avis, si une ordonnance de confiscation est rendue, elle l'est en vertu du paragraphe 462.37(1) et non du paragraphe 462.37(2).

Par conséquent, le juge saisi d'une requête visant l'obtention d'une ordonnance de blocage doit examiner si des motifs raisonnables permettent de croire que les biens que l'on veut bloquer pourraient éventuellement faire l'objet d'une ordonnance de confiscation en vertu du paragraphe 462.37(1), c'est-à-dire que ces biens peuvent être reliés à une infraction de criminalité organisée faisant l'objet d'une enquête. Si le juge n'est pas convaincu de l'existence de ces motifs raisonnables, selon la prépondérance des probabilités mentionnées au

or she must then go on to determine if there are reasonable grounds to believe that an order of forfeiture may be made under subs. 462.37(1) on the basis that a judge may eventually grant an order of forfeiture upon being satisfied beyond a reasonable doubt that the property in question is “proceeds of crime” despite the absence of a connection or nexus between the property and the enterprise crime offence or designated drug offence for which the person has been convicted. [Emphasis in original.]

paragraphe 462.37(1), il doit alors décider s’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une ordonnance de confiscation pourrait être rendue en vertu du paragraphe 462.37(1), compte tenu du fait qu’un juge peut éventuellement rendre une ordonnance de confiscation s’il est convaincu hors de tout doute raisonnable que les biens en cause sont des “produits de la criminalité”, malgré l’absence de lien entre ces biens et l’infraction de criminalité organisée ou l’infraction désignée en matière de drogue dont la personne visée a été déclarée coupable. [Souligné dans l’original.]

62

Like Deschênes J., I am of the opinion that the English version of the provision is a better reflection of the intention of Parliament. Accordingly, and pursuant to the principles governing the interpretation of bilingual legislation, it should be preferred (see: *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24, *R. v. Lamy*, [2002] 1 S.C.R. 860, 2002 SCC 25). In fact, Parliament has confirmed the interpretation adopted by Deschênes J.: in 1999, the Parliament of Canada amended the French version of s. 462.37(2) to include an express reference to subs. (1) of s. 462.37. Based on that interpretation, we must determine whether the restraint order could have been made and the special warrants of seizure issued, and more specifically whether the reviewing judge was correct to quash them. First, however, we will have to turn to a question that is crucial to the outcome of this appeal: the nature and extent of the review of restraint orders and warrants of seizure.

Tout comme le juge Deschênes, je suis d’avis que la version anglaise du texte reflétait mieux l’intention du législateur. À ce titre, conformément aux principes gouvernant l’interprétation de la législation bilingue, elle devait être préférée (voir : *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24, *R. c. Lamy*, [2002] 1 R.C.S. 860, 2002 CSC 25). Le législateur a d’ailleurs confirmé l’interprétation adoptée par le juge Deschênes. En effet, en 1999, le Parlement du Canada a modifié la version française du par. 462.37(2) pour y inclure un renvoi exprès au par. (1) de l’art. 462.37. Sur la base de cette interprétation, il faudra déterminer si l’ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie pouvaient être autorisés et, plus particulièrement, si le juge siégeant en révision a eu raison de les annuler. Auparavant, on devra toutefois se pencher sur une question cruciale pour le résultat de cet appel, soit la nature et l’étendue de la révision des ordonnances de blocage et mandats de saisie.

C. *Nature and Extent of the Review of Warrants of Seizure and Restraint Orders*

C. *Nature et étendue de la révision des mandats de saisie et ordonnances de blocage*

63

An examination of the power to review restraint orders and special warrants of seizure involves two separate but related problems which were the subject of heated debate in this case. First, can the question of whether the authorizing judge decided correctly in granting the authorization be reopened, or is the review limited, as it is in the case of wiretaps, to determining whether there was sufficient basis to justify it? Second, does the power of review give the judge authority to examine the validity of the search warrants underlying the order, having regard to the *Charter*, and if so, to grant a form of remedy under s. 24 of the *Charter*?

L’étude du pouvoir de révision des ordonnances de blocage et mandats spéciaux de saisie soulève deux problèmes distincts, mais liés, qui ont provoqué un vif débat dans cette affaire. D’abord, la révision permet-elle de réexaminer si le juge saisi de la demande d’autorisation a jugé correctement en l’accordant ou est-elle limitée, comme dans le cas des écoutes électroniques, à une vérification de l’existence d’une base adéquate pour la justifier? Ensuite, le pouvoir de révision autorise-t-il le juge à examiner la validité des mandats de perquisition sous-jacents à l’autorisation en regard de la *Charte* et, le cas échéant, à accorder une forme de réparation prévue par l’art. 24 de la *Charte*?

According to the appellant, the power of review may be exercised only within the limits defined by the courts in wiretap authorization reviews, and that the only thing to be done is to determine whether the authorizing judge could have given the authorization, not whether he or she should have given it, in accordance with the rule laid down in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1452 (see also: *R. v. Bisson*, [1994] 3 S.C.R. 1097, at p. 1098; *Araujo*, *supra*, at para. 51). If the reviewing judge determines that at least one such piece of evidence existed and could reasonably have been believed, to justify the application for the warrant, the judge's examination should stop there (see *Araujo*, at para. 51). That position, which the respondents strongly disputed, must be rejected for reasons grounded primarily on the wording of the legislation in issue and on legal policy considerations relating to the requirements of the sound administration of justice and procedural fairness in criminal matters.

As attractive as an extension of the rules derived from the decision in *Garofoli* and the subsequent decisions of this Court might look, it would fly in the face of the particularly clear wording of s. 462.34(6) *Cr. C.*, which creates the review procedure. In the case of a review application made under that provision by either the accused or a third party who claims an interest in the property in question, the judge must determine whether the “warrant should not have been issued” or a “restraint order under subsection 462.33(3) should not have been made . . .”, as set out in s. 462.34(6)(a) as it read at the relevant time:

462.34 . . .

(6) [Conditions to be satisfied] An order under paragraph (4)(b) in respect of property may be made by a judge if the judge is satisfied

- (a) where the application is made by
 - (i) a person charged with an enterprise crime offence or a designated substance offence, or

L'appelant plaide que le pouvoir de révision s'exerce seulement dans les limites définies par la jurisprudence en matière de révision d'autorisations d'écoute électronique. Il s'agirait uniquement selon lui de déterminer si le juge qui a accordé l'autorisation pouvait l'accorder, et non s'il le devait, conformément à la norme fixée par l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1452 (voir aussi : *R. c. Bisson*, [1994] 3 R.C.S. 1097, p. 1098; *Araujo*, précité, par. 51). Si le juge siégeant en révision constatait qu'il existait au moins quelque élément de preuve raisonnablement susceptible d'être cru pour justifier la demande d'autorisation, son examen devrait s'arrêter là (voir *Araujo*, par. 51). Vivement contestée par les intimés, cette thèse doit être écartée pour des raisons tenant d'abord à la rédaction des textes de loi en cause et des considérations de politique juridique reliées aux exigences d'une saine administration de la justice et de l'équité procédurale dans les affaires pénales.

Pour attrayante que paraisse l'extension des règles dérivées de l'arrêt *Garofoli* et de la jurisprudence subséquente de notre Cour, elle n'est pas justifiée par le texte particulièrement limpide du par. 462.34(6) *C. cr.* qui crée la procédure de révision. Dans le cas d'une demande de révision présentée en vertu de cette disposition soit par le prévenu, soit par un tiers qui prétend à des droits sur les biens en cause, le juge doit déterminer si le « mandat de perquisition n'aurait pas dû être délivré » ou si une « ordonnance de blocage visée au paragraphe 462.33(3) n'aurait pas dû être rendue . . . », comme le prévoit l'al. 462.34(6)a) tel qu'il se lisait à l'époque pertinente :

462.34 . . .

(6) [Conditions] L'ordonnance visée à l'alinéa (4)b) peut être rendue si le juge est convaincu qu'on n'a plus besoin de ces biens soit pour une enquête soit à titre d'éléments de preuve dans d'autres procédures et :

- a) qu'un mandat de perquisitions n'aurait pas dû être délivré en vertu de l'article 462.32 ou qu'une ordonnance de blocage visée au paragraphe 462.33(3) n'aurait pas dû être rendue à l'égard de ces biens, lorsque la demande est présentée par :

(ii) any person who acquired title to or a right of possession of that property from a person referred to in subparagraph (i) under circumstances that give rise to a reasonable inference that the title or right was transferred from that person for the purpose of avoiding the forfeiture of the property,

that a warrant should not have been issued pursuant to section 462.32 or a restraint order under subsection 462.33(3) should not have been made in respect of that property

66

This wording calls for the use of an analytical framework which differs substantially from the framework by which a judge who must review a wiretap authorization is governed. The judge must decide whether he or she would have made the same decision as the authorizing judge, having regard to all of the evidence in the judge's possession following the hearing of the application for review. If the reviewing judge does not share the opinion of his or her colleague, the authorizing judge, the reviewing judge must correct the previous judge's error. The reviewing judge cannot simply identify sufficient basis for belief on reasonable and probable grounds, as could be done in wiretap cases.

67

In the context of applications for review, the applicant undeniably bears the burden of proof, and must establish, on a balance of probabilities, that the authorization should not have been granted. The applicant may simply attack that decision and the sufficiency of the evidence submitted in support of it, such as the affidavits. It must also be recalled, in this area, that the principles stated in the wiretap case law concerning the importance of the role of the authorizing judge, and the obligations of the public officials who seek those wiretaps, remain relevant. The judge must carefully examine the documents and evidence submitted to him or her, and not be reluctant to require additional information. Moreover, the party seeking the wiretap authorization is required to provide an accurate and sufficiently complete statement of the reasons for seeking the wiretap, and the factual bases for doing so. That party must not attempt to mislead the judge. Respect for the law and for the fundamental rights protected by it is at stake in this process. The procedure cannot be allowed to lead to the rubber-stamping of the authorizations requested, or to

(i) soit une personne accusée d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée,

(ii) soit une personne qui a obtenu un titre ou un droit sur ces biens d'une personne visée au sous-alinéa (i) dans des circonstances telles qu'elles permettent raisonnablement d'induire que l'opération a été effectuée dans l'intention d'éviter la confiscation des biens;

Cette rédaction impose un cadre d'analyse qui diffère substantiellement de celui dans lequel se trouve placé le juge chargé de réviser une autorisation d'écoute électronique. Il lui faut décider s'il aurait rendu la même décision que le juge saisi de la demande d'autorisation en tenant compte de tous les éléments de preuve qu'il possède à la suite de l'audition de la demande de révision. S'il diffère d'opinion avec son collègue qui a accordé l'autorisation, le juge siégeant en révision doit corriger la décision de ce dernier. Il ne saurait se contenter, comme en matière d'écoute électronique, d'identifier un fondement suffisant pour une croyance raisonnable et probable.

Dans le contexte de ces requêtes en révision, le requérant assume indéniablement le fardeau de la preuve. Il lui faut démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'autorisation obtenue n'aurait pas dû être accordée. Il peut se contenter d'attaquer la décision d'autorisation et la suffisance des preuves soumises à son soutien comme les affidavits. Il faut d'ailleurs se rappeler, en cette matière, que les principes dégagés dans la jurisprudence sur les écoutes électroniques quant à l'importance du rôle du juge saisi de la demande d'autorisation, et aux obligations des autorités publiques qui les sollicitent, demeurent toujours pertinents. Le juge doit examiner avec soin les documents et les éléments de preuve qui lui sont soumis et ne doit pas hésiter à exiger des compléments d'information. Par ailleurs, la partie qui demande l'autorisation est tenue d'exposer loyalement et de manière suffisamment complète les motifs de l'autorisation demandée et ses bases factuelles. Elle ne doit pas chercher à tromper le juge. Il y va du respect de la loi et des droits fondamentaux qu'elle protège. On ne saurait permettre

condonation of overly crafty tactics, even in the service of the best causes (see *Araujo, supra*, at paras. 46-49). An application for authorization that does not comply with those principles may be challenged on that basis and on the sufficiency of the evidence submitted to the judge.

As in this case, the applicant may also present evidence to rebut or undermine the justifications offered for authorization. In that case, the Crown may also offer rebuttal evidence. While we need not examine this question here, we might be somewhat sceptical as to the possibility of remedying, by amplification, the defects of an authorization for which the argument or evidence presented to the reviewing judge has been shown to be fundamentally flawed (see the comments on amplification in *Araujo*, at para. 59). Subject to that *caveat*, the reviewing judge will assess the whole of the evidence submitted to him or her and to the authorizing judge, and will then decide whether the authorization should have been given. The reviewing judge will begin the analysis by recalling that the law regards the authorization as facially valid, and that it is the task of the applicant, on review, to demolish that appearance of validity. If that attempt fails, the authorization will be upheld.

It will also be noted that, even in cases in which the judge concludes that the authorization should not have been given, the Crown still has the option of asking that the property remain under restraint or seizure, if it is still required for a criminal investigation or as evidence in other cases. Section 462.34(6) *in fine* contemplates this possibility, apparently even where there was no basis for issuing the warrant or making the order in the first place. Because the legal and factual basis of the original warrant or order would then have ceased to exist, the proceeding would amount to a fresh application, in which the burden of proof could not rest on the accused. We need not consider the constitutional problems that might arise in relation to this aspect of the restraint and seizure procedures here.

que cette procédure conduise à l'octroi mécanique des autorisations demandées ou que l'on tolère des manœuvres trop habiles, même dans l'intérêt des meilleures causes (voir *Araujo*, précité, par. 46-49). La demande d'autorisation qui ne respecte pas ces principes peut être contestée sur cette base et sur la suffisance des faits soumis au juge.

Comme dans le présent cas, le requérant peut aussi présenter une preuve pour contredire ou affaiblir les justifications de l'autorisation. Dans ce cas, le ministère public peut lui-même offrir une contre-preuve. Bien que nous n'ayons pas à examiner cette question ici, on peut cependant éprouver quelque scepticisme à l'égard de la possibilité de remédier, par amplification, aux vices d'une autorisation dont l'argumentation ou la preuve présentée devant le juge de la révision aurait démontré les vices fondamentaux (voir les commentaires sur l'amplification dans *Araujo*, par. 59). Sous cette réserve, le juge siégeant en révision évaluera l'ensemble de la preuve portée devant lui et devant le juge saisi de la demande d'autorisation, puis décidera si celle-ci aurait dû être accordée. Il commencera son analyse en se rappelant que la loi considère l'autorisation comme apparemment valide et qu'il appartient au requérant en révision de détruire cette apparence. Si cette tentative échoue, l'autorisation doit être confirmée.

On notera également que, même dans les cas où le juge conclut que l'autorisation n'aurait pas dû être accordée, le ministère public conserve la faculté de demander que les biens demeurent bloqués ou saisis, s'ils demeurent nécessaires pour une enquête criminelle ou à titre d'éléments de preuve dans d'autres affaires. Le premier alinéa du par. 462.34(6) envisage cette possibilité, apparemment même lorsque l'autorisation initiale se serait avérée sans fondement. Comme la base juridique et factuelle de l'autorisation originale serait alors disparue, la procédure équivaldrait à une nouvelle demande d'autorisation, où le fardeau de preuve ne saurait être imposé au prévenu. Par ailleurs, on n'a pas à étudier ici les problèmes constitutionnels que pourrait soulever cet aspect des procédures de blocage et de saisie.

70

In this procedural context, it would be difficult to do justice to the party affected by a restraint order or warrant of seizure if the reviewing judge were not permitted to consider the merits of the decision to make the order or issue the warrant. In fact, this is the only procedure available for challenging those decisions, with the exception of the admittedly rare remedy of a direct appeal to the Supreme Court of Canada. The broad reach of those measures may also have a serious effect on an individual's personal situation or economic interests, or even, in some instances, the survival of a business. Given that Parliament has chosen to circumscribe the remedies of the parties affected in this way, the scope of those remedies should be interpreted in such a way as to preserve their effectiveness and usefulness. In any event, the wording of the law itself demands such an interpretation.

71

The problem of defining the scope of the power of review arises also in relation to the examination of the search warrants underlying the restraint and seizure procedures. On that question, the appellant, with the vigorous support of the Attorney General for Ontario, denied that the reviewing judge could exercise any jurisdiction in relation to those warrants, even where they were challenged on constitutional grounds, *inter alia* under the *Charter*. It was argued that recognizing such jurisdiction would open the floodgates to collateral or incidental attacks on judgments, at the expense of the principles of the stability and finality of judicial decisions. The fact that these are purely interim measures to ensure the preservation of the property, it was submitted, means that it is unnecessary to grant an opportunity to make representations regarding constitutional questions relating to the application of the *Charter*. In addition, the trial judge could take any appropriate measure in respect of the property subject to the restraint order or seizure at that stage of the case. As well, *certiorari* proceedings, separate from the application for review, could be brought against the underlying search warrants. It was submitted that the fact that the judge of the Superior Court has jurisdiction over both procedures does not, however, justify failing to distinguish them, because each has its own set of legal rules and they each have different objectives.

Dans ce contexte procédural, on rendrait difficilement justice à la partie visée par une ordonnance de blocage ou un mandat de saisie si on ne permettrait pas au juge siégeant en révision de s'interroger sur le bien-fondé de la décision d'autorisation. Il s'agit d'ailleurs ici de la seule procédure de contestation de ces décisions, sous réserve du recours rare, admettons-le, de l'appel direct à la Cour suprême du Canada. L'étendue de ces mesures peut aussi compromettre gravement la situation personnelle d'un individu ou ses intérêts économiques sinon, parfois, la survie d'une entreprise. Dans un contexte où le législateur a choisi de circonscrire les recours des parties touchées de cette façon, il convient d'en interpréter la portée de manière à en préserver l'efficacité et l'utilité. De toute façon, cette interprétation est commandée par la rédaction même de la loi.

Le problème de la définition de l'étendue du pouvoir de révision se pose aussi à l'égard de l'examen des mandats de perquisition sous-jacents aux procédures de blocage et de saisie. Sur cette question, l'appelant, appuyé vigoureusement par le procureur général de l'Ontario, nie toute compétence au juge siégeant en révision à l'égard de ces mandats, même lorsqu'ils sont contestés pour des motifs d'ordre constitutionnel, rattachés notamment à l'application de la *Charte*. La reconnaissance de cette compétence favoriserait la multiplication des contestations indirectes ou incidentes des jugements, au détriment des principes de stabilité et de finalité des décisions judiciaires. Le caractère purement conservatoire de ces mesures ne rendrait pas nécessaire la reconnaissance d'une possibilité d'intervention à l'égard de questions constitutionnelles reliées à l'application de la *Charte*. De plus, le juge du procès pourrait prendre toute mesure appropriée à l'égard des biens bloqués ou saisis à cette étape du dossier. De plus, des procédures de *certiorari* distinctes de la requête en révision pourraient être engagées à l'égard des mandats de perquisition sous-jacents. Le fait que le juge de la Cour supérieure ait compétence sur ces types de procédures ne justifierait cependant pas leur confusion, puisqu'elles possèdent un régime juridique propre et visent des objectifs différents.

The question is not of merely theoretical interest in this appeal. It will be recalled that the seizure and restraint proceedings were the result of an administrative investigation into the respondents' rebuilt motor vehicles files. That investigation led to a search under the general provisions of the *Criminal Code* in relation to the Toyota Tacomas. Based on the information obtained, and the expansion of the administrative investigation, further search warrants were issued. As a result of all of these proceedings, information was collected that constituted a large part of the information alleged in support of the application for warrants of seizure and a restraint order under Part XII.2 of the *Criminal Code*. A successful challenge to those underlying search warrants would mean that a substantial portion of the factual basis of the restraint order and seizures would have been wiped out. Such was in fact the result in the Quebec Superior Court. The respondents succeeded in their application, after representing that the rules against collateral attacks had to be relaxed somewhat when constitutional rights guaranteed by the *Charter* were in issue.

One may not deny that well-settled jurisprudential principles, as a general rule, prohibit collateral or incidental attacks on judgments of the courts. A judgment will be valid and binding on the parties for as long as it has not been varied or set aside pursuant to the exercise of the appropriate appeal rights or right to have a rectification made, as McIntyre J. stated in comments which are still relevant:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment. Where appeals have been exhausted and other means of direct attack upon a judgment or order, such as proceedings by prerogative writs or proceedings for judicial review, have been unavailing, the only recourse open to one who seeks to set aside a court order is an action

La question ne présente pas seulement un intérêt théorique dans le présent appel. En effet, on se souviendra que la procédure de saisie et de blocage résulte d'une enquête administrative sur les dossiers de reconstruction de véhicules automobiles des intimés. Celle-ci a mené à une perquisition sous le régime des dispositions générales du *Code criminel*, relativement aux Toyota Tacoma. Sur la base des informations obtenues et d'un élargissement de l'enquête administrative, de nouveaux mandats de perquisition ont été décernés. L'ensemble de ces procédures a permis de réunir les renseignements qui constituent une grande partie des informations alléguées au soutien de la demande de mandats de saisie et d'ordonnance de blocage en vertu de la partie XII.2 du *Code criminel*. Une contestation couronnée de succès de ces mandats de perquisition sous-jacents permettrait d'anéantir en grande partie la base factuelle de l'ordonnance de blocage et des saisies. Tel fut d'ailleurs le résultat devant la Cour supérieure du Québec. Les intimés ont alors eu gain de cause après avoir plaidé que les règles relatives aux contestations indirectes devaient recevoir des atténuations, lorsque des droits constitutionnels garantis par la *Charte* étaient en jeu.

Il existe indéniablement des principes jurisprudentiels bien établis qui interdisent, en règle générale, les contestations indirectes ou incidentes des jugements des tribunaux. Un jugement demeure valable et lie les parties aussi longtemps qu'il n'est pas modifié ou cassé à la suite de l'exercice des droits d'appel ou de correction pertinents, comme le rappelait le juge McIntyre dans des commentaires toujours pertinents :

Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Lorsqu'on a épuisé toutes les possibilités d'appel et que les autres moyens d'attaquer directement un jugement ou une ordonnance, comme par exemple les procédures par brefs de préroga-

for review in the High Court where grounds for such a proceeding exist.

(*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599; see also *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at pp. 972-73, *per* McLachlin J. (as she then was).)

tive ou celles visant un contrôle judiciaire, se sont révélés inefficaces, le seul recours qui s'offre à une personne qui veut faire annuler l'ordonnance d'une cour est une action en révision devant la Haute Cour, lorsqu'il y a des motifs de le faire.

(*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594 p. 599-600; voir aussi *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 972-973, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef).)

74

Certainly those judgments of this Court do not incite to so-called collateral attacks (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 179, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting on this issue)). However, in *Wilson*, McIntyre J. acknowledged that exceptions to the general prohibition were possible, and mentioned the cases of fraud or an apparent defect on the face of the authorization attacked. Other decisions have imported some limited flexibility into this principle. For instance, in *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, Iacobucci J. acknowledged that a pre-trial order relating to the severance of a trial could be reviewed. It would enable a court, in a matter related to the control of its own process and the conduct of its affairs, to remedy a decision that was so flawed as to fundamentally vitiate the judicial process. Form should not triumph over substance (see *Litchfield*, *supra*, at pp. 348-50; see to the same effect: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 870-72; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 11, *per* Bastarache J.).

Ces jugements de notre Cour n'encouragent certainement pas les contestations dites « collatérales » ou indirectes (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 179, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente sur cette question)). Cependant, dans l'arrêt *Wilson*, le juge McIntyre admettait la possibilité d'exceptions à la prohibition générale, en mentionnant les cas de fraude ou de vice apparent à la face même de l'autorisation contestée. D'autres décisions ont aussi apporté des atténuations limitées à ce principe. Ainsi dans l'arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, le juge Iacobucci avait reconnu la possibilité de réviser une ordonnance préparatoire relative à la division d'un procès. Il permettrait à une cour, dans une matière qui concernait le contrôle de sa propre procédure et la conduite de ses affaires de remédier à une décision si erronée qu'elle vicierait fondamentalement le processus judiciaire. La forme ne devait pas l'emporter sur le fond (voir *Litchfield*, précité, p. 348-350; voir au même effet : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 870-872; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 11, le juge Bastarache).

75

A particularly interesting analysis of the scope of the rule against collateral attacks is found in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Domm* (1996), 111 C.C.C. (3d) 449. In that case, the Court of Appeal rejected a collateral attack on a non-publication order made in a trial that was receiving a great deal of media attention. Domm was convicted of disobeying that order, and tried to argue that the order was constitutionally invalid in defence to the charges laid against him, which he could have done in the proceedings in relation to that order, and in appeal proceedings if necessary. His challenge failed. The trial judge and the Court

Une analyse particulièrement intéressante de la portée de la prohibition des contestations indirectes se retrouve dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Domm* (1996), 111 C.C.C. (3d) 449. Dans cette affaire, la Cour d'appel rejeta une contestation incidente d'une ordonnance de non-publication rendue dans un procès criminel très médiatisé. Condamné pour violation de cette ordonnance, Domm tenta de plaider l'invalidité constitutionnelle de l'ordonnance en défense aux accusations portées contre lui, alors qu'il aurait pu l'obtenir dans le débat relatif à celle-ci et dans un appel éventuel. Sa contestation échoua. Le juge de première instance

of Appeal cited the rules against collateral attacks. However, Doherty J.A., the author of the unanimous opinion of the Court of Appeal, pointed out that exceptions had to be made to this principle, in the fundamental interests of the administration of justice, *inter alia* to ensure compliance with the rule of law. That objective demands that the reputation of the justice system be preserved while guaranteeing the orderly and functional administration of that system. In so far as they contribute to preserving those values, narrow limits may be placed on the rule against collateral attacks as, he noted, may be seen in the judgments of this Court, such as *Litchfield*, to which he referred to illustrate his comments (*Domm*, at pp. 460-62). Doherty J.A. noted on this point that in order to preserve the integrity of the rule of law, individuals must be provided with meaningful access to independent courts with the power to enforce the law by granting remedies to those individuals whose rights have been violated (*Domm*, at p. 455). He added that this aspect of the values involved takes on particular importance in the case of a violation of the Constitution, which represents the foundational element of our country's legal system: "where constitutional rights are implicated, the court must be particularly concerned about the availability of an effective remedy apart from collateral attack when considering whether an exception should be made to the rule against collateral attack" (*Domm*, at p. 460). It is therefore important to avoid immunizing court orders from any form of review (*Domm*, at p. 462).

Limited exceptions, controlled by the courts, to the rule against collateral attacks do not offend the principle of the stability of judicial decisions, which retains its place as a central element in a sound administration of justice and an orderly judicial system. Recognition of such exceptions, on the other hand, also allows for the integrity of the fundamental rule of law to be maintained, by ensuring compliance with that rule in situations where constitutional rights would otherwise be severely impaired, absent such a remedy.

In the case at bar, recognizing that the reviewing judge has jurisdiction that permits him or her to

et la Cour d'appel invoquèrent les règles interdisant les contestations indirectes. Cependant, le juge Doherty, auteur de l'opinion unanime de la Cour d'appel, souligna que ce principe devait connaître des exceptions au nom des intérêts fondamentaux du système d'administration de la justice, notamment, pour assurer le respect de la règle de droit. Cet objectif exige alors de préserver la réputation de la justice, en garantissant son fonctionnement ordonné et efficace. Dans la mesure où elles contribuent à préserver ces valeurs, des limites restreintes peuvent être apportées à l'interdiction des contestations indirectes comme on le voit, selon lui, dans les jugements de notre Cour, comme l'arrêt *Litchfield*, auxquels il renvoyait pour illustrer ses réflexions (*Domm*, p. 460-462). Le juge Doherty rappelait à ce propos que, pour préserver l'intégrité de la règle de droit, il convient d'assurer un accès utile à des tribunaux indépendants capables d'accorder des réparations appropriées aux individus dont les droits ont été violés (*Domm*, p. 455). Il ajoutait que cet aspect des valeurs impliquées prenait une importance particulière dans le cas d'une violation de la Constitution qui représente l'élément fondateur de l'ordre juridique de notre pays : [TRADUCTION] « lorsque des droits constitutionnels sont en jeu, le tribunal doit prêter une attention particulière à la possibilité d'accorder une réparation efficace autre que l'attaque indirecte, lorsqu'il se demande s'il y a lieu de faire exception à la règle interdisant l'attaque indirecte » (*Domm*, p. 460). Il importait alors d'éviter de rendre des décisions judiciaires imperméables à toute forme de révision ou de contrôle (*Domm*, p. 462).

Des exceptions limitées et contrôlées par les tribunaux à l'interdiction des contestations incidentes ne portent pas atteinte au principe de stabilité des décisions judiciaires qui demeure un élément central d'une saine administration de la justice et d'un système juridique ordonné. Leur reconnaissance permet par contre de préserver également l'intégrité de la règle de droit fondamentale, en assurant son respect dans des situations où des droits constitutionnels seraient autrement lésés de façon grave, à défaut d'un tel remède.

Dans le cas en discussion, reconnaître que la compétence du juge siégeant en révision lui permet

consider allegations that fundamental constitutional rights have been seriously violated, in this instance rights under s. 8 of the *Charter*, does not adversely affect the fundamental interests of the administration of justice. On the other hand, such acknowledgment makes it possible to offer an effective remedy against a restraint order and warrants of seizure. The restraint order itself, unlike the evidence obtained when wiretap authorization is granted, will not necessarily be debated and reviewed in the course of the criminal trial. Moreover, when the defects in the decision authorizing a warrant of seizure or restraint order result from some unconstitutional illegality in the underlying search warrants, it would be difficult to examine the legal situation properly without considering those various proceedings as a whole, and without having regard to their legal and factual connections. In this appeal, the manner in which the case has proceeded since the administrative investigation first began shows how closely connected they are.

78 Moreover, a requirement that the remedy be sought by *certiorari*, in circumstances such as those in this case, would amount to undue procedural strictness. First, the court seized with the matter in both cases would be the Superior Court, which exercises inherent jurisdiction over all aspects of these proceedings. We do not need to examine here the problem that review proceedings in the Court of Québec, which may occur in the province of Quebec, would pose. Second, an application for a remedy under s. 24 of the *Charter* may be joined with the application for review under the *Criminal Code* and so allows that aspect of the case to be brought before the court in any event. There seems to be no procedural obstacle to such an application being joined, and that is what happened in this case.

79 The Superior Court correctly held that it could review the warrants underlying the seizure and restraint proceedings. However, when we look at the record, it seems that it exercised that jurisdiction incorrectly. As a result, all of the warrants of seizure and the restraint order were quashed. Such an outcome should not have happened, if the issues had been considered correctly. Having regard to the framework for the exercise of the reviewing judge's

d'examiner les allégations de violation grave de droits constitutionnels fondamentaux, en l'espèce de l'art. 8 de la *Charte*, ne lèse pas les intérêts fondamentaux de l'administration de la justice. Cette reconnaissance permet par contre d'offrir un recours efficace à l'égard de l'ordonnance de blocage et des mandats de saisie. Le blocage, comme tel, contrairement à la preuve obtenue à la suite d'une autorisation d'écoute électronique, ne fera pas nécessairement l'objet d'un débat et d'une révision au cours du procès criminel. Par ailleurs, si les vices d'une autorisation de saisie ou de blocage résultaient de l'illégalité constitutionnelle des mandats de perquisition sous-jacents, il serait difficile d'examiner la situation juridique de manière adéquate, sans considérer dans leur ensemble ces diverses procédures et sans tenir compte de leurs liens juridiques et factuels. Dans le présent pourvoi, le déroulement des procédures depuis le début des enquêtes administratives démontre l'étroitesse de ces liens.

Par ailleurs, on doit aussi retenir qu'exiger le recours au *certiorari* constituerait, dans des circonstances comme celles du présent dossier, une rigueur procédurale excessive. D'abord, dans les deux cas, le tribunal saisi serait la Cour supérieure qui possède une compétence plénière sur tous les aspects de ces procédures. Nous n'avons pas à examiner ici le problème que poserait la révision devant la Cour du Québec, comme cela peut survenir dans la province de Québec. Ensuite, une demande de réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte* peut être jointe à la requête en révision présentée en vertu du *Code criminel* et permet de toute façon d'introduire cet aspect du débat devant le tribunal. Aucun obstacle procédural ne semble interdire cette jonction, qui a eu lieu dans le présent dossier.

La Cour supérieure a eu raison de conclure qu'elle pouvait examiner les mandats sous-jacents aux procédures de saisies et de blocage. Cependant, à l'examen du dossier, il appert qu'elle a mal exercé cette compétence. Cette erreur a provoqué une annulation globale des mandats de saisie et de l'ordonnance de blocage, qui n'aurait pas dû survenir si l'étude du dossier avait été menée correctement. Compte tenu du cadre d'exercice de la compétence

jurisdiction, and the nature of that jurisdiction, we must now review how the evidence was examined, as it relates to the different classes of property in issue.

D. Exercise of the Power of Review and Quashing of the Restraint Order and the Seizures

This Court is actually exercising first level appellate jurisdiction in this appeal. The situation in which appellate courts stand in relation to questions of fact that are submitted to them is common knowledge. In fact, a recent decision has once again examined the nature and limits of their functions when they review the findings of fact made by a trial court (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33). The criticism of the Superior Court's findings of fact in this case is based on the determination that its analysis was so fundamentally flawed that intervention by this Court became necessary. These flaws vitiated its assessment of the facts and, accordingly, of the basis on which the restraint order and special warrants of seizure were made.

The trial judge did correctly identify the burden of proof that rested on the respondents, who were required to show, on a balance of probabilities, that the restraint order should not have been made. With respect, that is the point at which the Superior Court's analysis of the evidence went off track. The error made tainted the assessment of the Crown's evidence by the Superior Court and its understanding of the nature of the evidence needed to justify a review.

The trial judge's reasoning was based on two separate but closely related fundamental elements. First, in his opinion, the appellant's evidence was obtained through illegal seizures carried out in contravention of s. 8 of the *Charter*. The disclosure of information to the police by an SAAQ employee constituted an illegal seizure of documents and information, according to the decision of this Court in *Colarusso*, *supra*. That conclusion necessarily had an effect on most of the evidence presented by the Crown in support of the application for the restraint order and warrants of seizure. The information regarding the respondents' activities that was obtained in that way had to be excluded. Consequently, there were

du juge siégeant en révision et de la nature de celle-ci, il faudra maintenant revoir comment la preuve a été examinée, par rapport aux différentes catégories de biens en litige.

D. L'exercice du pouvoir de révision et l'annulation de l'ordonnance de blocage et des saisies

Notre Cour exerce effectivement une juridiction d'appel de premier niveau dans ce pourvoi. La situation des cours d'appel à l'égard des questions de fait dont elles sont saisies est bien connue. Un arrêt récent a d'ailleurs examiné à nouveau la nature et les limites de leurs fonctions, lorsqu'elles révisent les constatations de fait d'un tribunal de première instance (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33). La critique des conclusions de fait de la Cour supérieure dans la présente affaire repose sur le constat, dans son analyse, de problèmes fondamentaux qui exigent une intervention de notre Cour. Ceux-ci ont vicié son appréciation des faits et, partant, des fondements de l'ordonnance de blocage et des mandats spéciaux de saisie.

Le premier juge a certes bien identifié le fardeau de preuve imposé aux intimés. Ceux-ci devaient démontrer que l'ordonnance de blocage n'aurait pas dû être rendue, selon la prépondérance des probabilités. À partir de ce point, avec égards, l'analyse de la preuve par la Cour supérieure s'est mal orientée. Il en a résulté un problème d'appréciation de la preuve du ministère public et de compréhension de la nature de celle que devaient présenter les intimés pour justifier la révision.

Le raisonnement du premier juge repose sur deux éléments fondamentaux distincts, mais étroitement liés. D'abord, à son avis, la preuve de l'appellant provenait de saisies illégales, effectuées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. La communication de renseignements par un fonctionnaire de la SAAQ à la police aurait constitué une saisie illégale de documents et d'informations, selon l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Colarusso*, précitée. Cette conclusion touchait nécessairement la majeure partie de la preuve présentée par le ministère public pour obtenir l'ordonnance de blocage et les mandats de saisie. L'information ainsi obtenue sur les activités des intimés devait être écartée. En

80

81

82

no reasonable grounds left to justify the underlying search warrants and thus the applications for a restraint order and warrants of seizure, which were based, at least in part, on the information obtained as a result of those search warrants. The judge next criticized the investigator Morin, who had sworn the affidavit submitted in support of the application for a restraint order, for presenting an incomplete picture of the respondents' financial situation and the resources available to them to finance the construction of the industrial condos. Contrary to what the affidavit said, having regard to the information that was omitted and the information presented at the hearing of the review application, in the opinion of the Superior Court, no evidence connected the immovables to criminal activities, and they did not represent "proceeds of crime" within the meaning of the *Criminal Code*.

conséquence, on ne retrouvait plus de motifs raisonnables pour justifier les mandats de perquisition sous-jacents, puis les demandes d'ordonnance de blocage et de mandats de saisie qui reposaient, au moins en partie, sur les informations obtenues grâce à ceux-ci. Ensuite, le juge reprochait à l'enquêteur Morin, qui avait souscrit l'affidavit présenté au soutien de la demande d'ordonnance de blocage, d'avoir présenté un tableau incomplet de la situation financière des intimés et des ressources dont ils disposaient pour financer la construction des condos industriels. Contrairement à ce qu'affirmait l'affidavit, en tenant compte des informations omises et de celles qui avaient été présentées lors de l'audition de la demande de révision, de l'avis de la Cour supérieure, aucune preuve ne reliant les immeubles à des activités criminelles et ils ne représentaient pas des « produits de la criminalité » au sens du *Code criminel*.

83 The judgment contained a major error from the outset, about the judgment in *Colarusso*. In fact, the respondents did not defend the judgment on that point either in their factum or at the hearing. They conceded the error. The judge misinterpreted *Colarusso*, in which he seemed to think he had discovered a rule prohibiting the disclosure of information collected in the course of an administrative investigation to the police or the Crown for the purposes of a criminal investigation. In his view, disclosure of that information breached the privacy interests protected by s. 8 of the *Charter*.

Le jugement comportait une erreur importante dès le départ quant à l'arrêt *Colarusso*. D'ailleurs ni dans leur mémoire ni à l'audience, les intimés n'ont défendu le jugement sur ce point. Ils ont concédé l'erreur. Le juge a mal interprété l'arrêt *Colarusso*, où il semble avoir cru trouver une règle interdisant la communication d'informations recueillies au cours de vérifications administratives à la police ou à la Couronne pour fins d'enquête criminelle. Cette communication entraînerait une violation des intérêts de vie privée protégés par l'art. 8 de la *Charte*.

84 We need not dwell on the interpretation of *Colarusso*. Suffice it to note that the SAAQ employee was auditing rebuilt vehicle files submitted by the respondents in order to obtain certificates of technical compliance. The information thus obtained had originally been provided by the respondents, in compliance with the obligations imposed by the legislation and the regulations that applied under the legislation. Laroche and Garage Côté Laroche Inc. should have known that this information would necessarily be examined and audited by the SAAQ and was not, properly speaking, private in relation to the government. In carrying out and expanding his investigation, the employee was merely performing the duties of his position. Transmitting

Il n'est pas nécessaire de s'arrêter longuement à l'interprétation de l'arrêt *Colarusso*. Il suffit de noter que le fonctionnaire de la SAAQ vérifiait des dossiers de reconstruction de véhicules, soumis par les intimés pour obtenir des certificats de conformité technique. Les informations obtenues à cette occasion avaient été fournies à l'origine par les intimés en exécution d'obligations imposées par la législation et les règlements applicables en vertu de cette dernière. Laroche et le Garage Côté Laroche Inc. devaient savoir que ces renseignements seraient nécessairement examinés et vérifiés par la SAAQ et n'avaient pas, à proprement parler, de caractère privé à l'égard de l'administration publique. En effectuant et en amplifiant son enquête, le

information to the police, to initiate an investigation into the irregularities that had been observed, was connected with the performance of his duties. That information constituted reasonable and probable grounds for obtaining the underlying search warrants at the stage when the restraint order was made and the warrants of seizure issued, and when they were reviewed; it was a major source of information concerning the respondents' criminal activities. The judge's error concerning *Colarusso* seems to have misled him into neither giving any attention to nor placing any weight on this fact, because the seizures and restraint order were quashed even in respect of the Toyota Tacomas and the allegedly rebuilt vehicles.

The affidavit sworn by Morin unfortunately contained weaknesses and errors, but they did not mean that it could be given no weight at all for the purposes of making the restraint order and issuing the warrants of seizure. In particular, Morin presented an inaccurate picture of Laroche's criminal record. His document listed a series of criminal charges, but did not identify the acquittals or withdrawn charges in which the prosecutions had ended. Nonetheless, after those cases are eliminated, the pending cases and the information obtained from the administrative investigations and the searches gave an essentially correct idea of the respondents' involvement in large-scale transactions involving the sale and possession of stolen car parts. It would have been preferable, however, to file an accurate record of the criminal convictions. While this type of error or omission is not always determinative, it can take on considerable importance in determining the legality of the order and warrants in issue here, and should be scrupulously avoided.

The other errors Morin is alleged to have made relate to the description of the respondents' financial situation and the financing of Laroche's industrial condos. In short, the appellant initially justified the restraint of the immovables by saying that purchasing them implied access to sources of funding derived from criminal activities. Having regard to the income reported by Laroche between 1995 and 2000, and the income of the respondent Garage, there could have been no other way to explain the

fonctionnaire ne faisait que remplir les devoirs de ses fonctions. La transmission de renseignements à la police pour ouvrir une enquête sur les irrégularités constatées se rattachait à l'exécution de ses fonctions. Ces renseignements constituaient une base raisonnable et probable pour l'obtention des mandats de perquisition sous-jacents au stade de l'émission et de la révision de l'ordonnance de blocage et des mandats de saisie; ils constituaient une source d'information importante sur les activités criminelles des intimés. L'erreur du juge sur l'arrêt *Colarusso* paraît l'avoir conduit à n'y accorder ni attention ni valeur, puisque les saisies et le blocage ont été annulés même à l'égard des Toyota Tacoma et des véhicules supposément reconstruits.

L'affidavit de l'enquêteur Morin comportait malheureusement des faiblesses et des erreurs. Celles-ci ne le privaient toutefois pas de toute valeur pour la délivrance de l'ordonnance de blocage et des mandats de saisie. En particulier, le policier a présenté un tableau erroné du dossier pénal de Laroche. Son document relevait une série d'accusations criminelles, sans noter les acquittements ou abandons de procédure qui avaient suivi ces poursuites. Néanmoins, après élimination de ces cas, les affaires pendantes et les renseignements obtenus grâce aux vérifications administratives et aux perquisitions démontraient de manière essentiellement exacte l'implication des intimés dans des opérations importantes de vente et recel de pièces et de véhicules automobiles volés. Il eût cependant été préférable de présenter la réalité exacte des condamnations criminelles. Ce genre d'erreur ou d'omission, sans être toujours décisif, peut revêtir une importance considérable dans l'appréciation de la légalité des autorisations en cause ici et devrait être évité soigneusement.

Les autres erreurs reprochées à l'enquêteur Morin se rattachent à la présentation de la situation financière des intimés et du financement des condos industriels de Laroche. En bref, l'appelant a justifié à l'origine le blocage en soulignant que l'acquisition de ces immeubles supposait l'accès à des sources de financement découlant d'activités criminelles. En tenant compte des revenus déclarés entre 1995 et 2000 par Laroche et de ceux du garage intimé, on ne pouvait comprendre autrement l'apparition

85

86

sudden appearance in about 1998 of a source of the additional income derived from the operation of those condos. The judge then criticized Morin for failing to include information in the financial information submitted to Judge Pinard, at the authorization stage, concerning loans and sources of financing and the construction costs of the condos. That information is alleged to have been available in the financial statements attached to the annual income tax returns filed with the Quebec Ministère du Revenu.

87 The information submitted by Morin definitely did not include all of the fine points and details which would have been desirable. If, at that stage of the proceeding, he had consulted a professional accountant, he would have been better able to use and describe the documents and information to which he had access when the application was made. Those lacunae, however, do not destroy the facial validity of the overall picture presented to the authorizing judge. For one thing, the respondents were to all appearances, on the evidence presented by the prosecution at the time of the authorization and the review, engaged in criminal activities connected with the stolen car trade. For another, Laroche had suddenly, within a very few years, acquired land and built industrial condos that were valued, for municipal tax purposes, at about \$1,800,000. Those transactions were going on at a time when he was declaring only modest income, and the operations of his garage did not seem to be capable of generating sufficient funds. Despite indications in the documents attached to the income tax returns regarding certain loans and liquid assets, the picture presented to the authorizing judge was not fundamentally misleading. Having regard, as noted earlier, to the information obtained through the administrative investigations and searches, the appellant had reasonable and probable grounds, at the authorization stage, to believe that the property in respect of which the restraint order and warrants of seizure were sought was proceeds of crime and could eventually have been the subject of an order of forfeiture under Part XII.2 of the *Criminal Code*.

88 The order and warrants affected about 80 motor vehicles, including the Toyota Tacomas. Twenty-

soudaine, vers 1998, d'une source de revenus additionnels provenant de l'exploitation de ces condos. Le juge a reproché alors à l'inspecteur Morin d'avoir omis d'inclure dans les renseignements financiers soumis au juge Pinard, lors de l'autorisation, des renseignements sur des prêts et sources de financement et sur les coûts de construction des condos. Ces renseignements auraient été disponibles dans les états financiers annexés aux déclarations de revenus annuelles transmises au ministère du Revenu du Québec.

Les informations soumises par l'inspecteur Morin ne comportaient certes pas toutes les nuances et tous les détails souhaitables. S'il avait eu recours à cette étape de la procédure à un expert comptable, il aurait pu mieux exploiter et présenter les documents et informations auxquels il avait accès lors du dépôt de la demande d'autorisation. Ces insuffisances ne détruisent pas toutefois la valeur apparente du tableau d'ensemble présenté au juge qui a accordé l'autorisation. D'une part, les intimés sont engagés, selon toute apparence, d'après la preuve présentée par la poursuite lors de l'autorisation et de la révision, dans des activités criminelles reliées au commerce de véhicules volés. D'autre part, soudainement en peu d'années, Laroche acquiert des terrains et construit des condos industriels évalués, pour les besoins de la fiscalité municipale, à environ 1 800 000 \$. Ces activités se réalisent, alors qu'il ne déclare que des revenus modestes et que les opérations de son garage ne semblent pas pouvoir générer des fonds propres suffisants. Malgré des indications dans les documents annexés aux déclarations de revenus sur certains prêts et disponibilités, le tableau présenté au juge de l'autorisation n'était pas fondamentalement trompeur. En tenant compte, tel que mentionné plus haut, des renseignements obtenus à la suite des vérifications administratives et des perquisitions, l'appelant, au stade de l'autorisation, avait établi des motifs raisonnables et probables de croire que les biens visés par l'ordonnance de blocage et les mandats de saisie étaient des produits de la criminalité et pouvaient être éventuellement confisqués en vertu de la partie XII.2 du *Code criminel*.

L'ordonnance et les mandats ont touché environ 80 véhicules automobiles dont les Toyota Tacoma.

four other vehicles seized were not the subject of any authorization. The restraint order itself was in respect of the immovables. The onus was then on the respondents to establish that the warrants of seizure should not have been issued and the restraint order should not have been made by the authorizing judge. Having failed in their attack on the underlying warrants, the respondents then had to present evidence to explain the source of the property, in order to establish, on a balance of probabilities, that it was not proceeds of crime. If the reviewing judge had applied *Colarusso* correctly, and had correctly understood the nature of the evidence that was required for judicial review, he would have had to dismiss the application for review, except in respect of the 24 vehicles seized without authorization. There was no basis in law for the restraint or seizure of those vehicles, and the appellant was unable to establish that those vehicles were connected with criminal activities, nor did the appellant establish that the vehicles might be the subject of an order of forfeiture as proceeds of crime.

The situation is totally different for the other vehicles. The evidence wrongly excluded by the review judge related those vehicles to criminal activities involving fraud, falsifying documents and possession of stolen property. The case presented by the appellant more than established that vehicle parts had been altered or disguised, and the information in the technical certification files submitted to the SAAQ had been systematically falsified. The respondents presented no evidence that effectively contradicted the information relied on in support of the application for the restraint order, which information was admissible and valid as a source for reasonable and probable grounds that an order of forfeiture might be made under s. 462.37(1).

With respect for the opinion stated by the Chief Justice, given the evidence presented by the Crown, the burden of proof that the respondents had to meet at the review hearing required that they establish the origin of the funds that would explain their real estate investments in such a way as to show that there was no reasonable and probable cause for the restraint order against the immovables in issue. It was not required that innocence be proved at that

Vingt-quatre autres véhicules saisis ne faisaient l'objet d'aucune autorisation. Enfin, l'ordonnance de blocage visait les immeubles. Il appartenait alors aux intimés d'établir que les mandats de saisie et l'ordonnance de blocage n'auraient pas dû être délivrés par le juge de l'autorisation. Échouant dans leur contestation des mandats sous-jacents, les intimés devaient alors présenter une preuve expliquant l'origine des biens pour démontrer, selon la norme des probabilités, qu'il ne s'agissait pas de produits de la criminalité. Si le juge siégeant en révision avait appliqué correctement l'arrêt *Colarusso* et saisi exactement la nature de la preuve nécessaire pour obtenir la révision, il aurait dû rejeter la requête en révision, sauf à l'égard des 24 véhicules saisis sans autorisation. Il n'existait aucune base légale pour le blocage ou la saisie de ces véhicules et l'appellant n'a pu démontrer un rattachement de ces véhicules à des activités criminelles. Il n'a pas non plus établi qu'ils pourraient être confisqués comme produits de la criminalité.

Pour les autres véhicules, la situation est totalement différente. La preuve rejetée erronément par le juge siégeant en révision rattache ces véhicules à des activités criminelles de fraude, falsification et recel. Le dossier soumis par l'appellant établissait à l'envi les altérations ou maquillages de pièces de véhicules et la falsification systématique des informations contenues dans les dossiers de certification technique soumis à la SAAQ. Les intimés n'ont présenté aucune preuve qui contredise effectivement les informations invoquées au soutien de la demande de blocage et qui étaient recevables et valables comme source de motifs raisonnables et probables que la confiscation pourrait être effectuée en vertu du par. 462.37(1).

Avec égards pour l'opinion exprimée par le Juge en chef, devant la preuve présentée par le ministère public, le fardeau de preuve imposé aux intimés lors de l'audience en révision exigeait une démonstration de l'origine des fonds qui expliquerait leurs investissements immobiliers de façon à établir l'absence de cause raisonnable et probable pour l'ordonnance de blocage visant les immeubles en litige. Il ne s'agissait pas à cette étape d'une

stage, any more than that the prosecution prove guilt by the standard calling for proof beyond a reasonable doubt, or, if forfeiture were to occur, by that same standard. At the stage when the restraint order and warrants of seizure are issued and challenged, the proceeding is subject to the probabilities standard, and relates to the existence of reasonable and probable grounds. However, lest the procedure be stripped of its meaning and left without the efficacy that Parliament intended it to have, once the basis for the restraint order has been established, the applicant in the review proceeding may not avoid the burden of presenting evidence that is sufficient and such as will establish that there were no reasonable and probable grounds in support of the restraint order. The problem of the respondents' innocence or guilt, by the standards that apply to a criminal trial, is not to be addressed in this part of the proceeding. That issue will have to be considered during the criminal trial, at which, irrespective of what was argued during the interim preservation proceedings, the respondents will enjoy the full protection of the appropriate constitutional guarantees, including the presumption of innocence.

91

The position taken by the Chief Justice may jeopardize the distinction between very different stages of criminal procedure. That approach tends to blur the line between preparatory, interim preservation measures, that is, seizures and restraint orders, and forfeiture itself. It fails to distinguish between stages and proceedings within criminal procedure that Parliament intended to differentiate. In the context of this procedural system, cases will inevitably arise in which restraint orders are not followed by forfeiture, if, in the course of the trial, evidence that meets the strict criminal standard cannot be assembled and presented. The fact that this remains possible, as it always is, does not mean that the courts may ignore the line between measures for the interim preservation of property, in which guilt is not in issue and is left undetermined, and the criminal trial in which that issue is decided. At this preparatory stage, each party has its own burden of proof. On a careful and complete examination of the evidence presented by the parties, avoiding the errors made by the reviewing judge, it is clear that the respondents failed to meet their burden.

démonstration de l'innocence. La poursuite n'avait d'ailleurs pas davantage à démontrer la culpabilité, selon la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable, ni si la confiscation se réaliserait, conformément à la même norme. Au stade de la délivrance et de la contestation de l'ordonnance de blocage et des mandats de saisie, le débat est régi par la norme des probabilités et porte sur l'existence de motifs raisonnables et probables. Toutefois, sous peine de vider de son sens cette procédure et de la priver de l'efficacité recherchée par le législateur, une fois la base de l'ordonnance de blocage établie, le requérant en révision ne peut se dispenser de présenter une preuve adéquate, de nature à démontrer l'absence de motifs raisonnables et probables au soutien de l'ordonnance de blocage. Le problème de l'innocence ou de la culpabilité des intimés, suivant les normes du procès criminel, ne relève pas de cette partie des procédures. Cette question devra être examinée au moment du procès criminel, au cours duquel, sans égard au contenu de débats sur les procédures conservatoires, les intimés bénéficieront pleinement des garanties constitutionnelles pertinentes, notamment de la présomption d'innocence.

La position adoptée par le Juge en chef comporte le risque d'assimiler des étapes fort différentes de la procédure criminelle. Elle tend à confondre les mesures préparatoires et conservatoires que sont les saisies et ordonnances de blocage à la confiscation elle-même. Elle brouille la distinction entre des stades et des actes de la procédure criminelle que le législateur entend différencier. Dans le contexte de ce système procédural, il arrivera inéluctablement que des ordonnances de blocage ne seront pas suivies de confiscation, si le déroulement du procès ne permet pas de constituer et de présenter une preuve conforme à la norme pénale stricte. Cette possibilité, toujours présente, n'autorise pas les cours à confondre des mesures conservatoires, qui n'engagent pas la culpabilité et laissent intact le débat sur celle-ci, avec le procès pénal qui réglera cette question. À ce stade préparatoire, chaque partie assume son fardeau de preuve. L'examen attentif et complet de la preuve présentée par les parties, en évitant les erreurs commises par le juge de la révision, établit que les intimés ont échoué dans cette tâche.

The most difficult part of the case involves the immovables. Here again, however, it must be kept in mind that the respondents had the burden of proof. Because a restraint order had been made in respect of the immovables, based on the apparently sufficient information provided by the Crown at the authorization stage, which established at the very least that the forfeiture power set out in s. 462.38(2) would apply, the respondents had to establish that those immovables were not proceeds of crime. They had to provide sufficient proof, applying the standard of the balance of probabilities, that there were no reasonable and probable grounds for making the restraint order. Essentially, they had to establish the origin of the funds with which those immovables had been purchased, according to that standard of proof. On this point, the reviewing judge seems to have misunderstood their obligation to establish the source of the funds that were used to carry out the industrial condo plans.

The evidence that was central to the respondents' case consisted of an expert accounting opinion and the testimony of a chartered accountant from the firm Raymond, Chabot, Grant, Thornton. That witness gave a clear explanation of the limits of his functions as an accountant, which were limited to preparing unaudited financial statements using the figures supplied by his clients, and explaining those statements using information that was generally not verified.

The work done by that expert was used to organize a diverse series of accounting entries to try to establish a correlation between the investments and the funding sources. Except for a line of credit of about \$175,000 opened by a caisse populaire, and possibly a loan from one of Laroche's family members, after she sold her house, all that the expert report shows is that funds were used. In a majority of the cases, the origin of the funds is left uncertain or unexplained. In order to meet the burden of proof that rested on the respondents, an explanation would have had to be given concerning the funds or advances used by the respondents — the source and nature of the liquid assets that meant that they were able to finance the construction while seeking only very little assistance from a financial institution. The

La partie la plus difficile du débat concerne les immeubles. Encore ici, toutefois, il faut au départ se souvenir que les intimés assumaient le fardeau de la preuve. Dans la mesure où les immeubles se trouvaient bloqués, sur la base des informations apparemment suffisantes fournies par le ministère public à l'étape de l'autorisation, qui établissaient à tout le moins que le pouvoir de confiscation prévu au par. 462.38(2) serait applicable, les intimés devaient démontrer que ces immeubles n'étaient pas des produits de la criminalité. Il leur fallait établir une preuve suffisamment forte, conforme à la norme des probabilités, qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables pour l'autorisation de blocage. Ils devaient en substance établir selon cette norme l'origine des fonds qui avaient permis l'acquisition de ces immeubles. Le juge siégeant en révision semble, à cet égard, avoir mal compris cette obligation d'établir la source des fonds qui ont permis la réalisation des projets de condos industriels.

La partie centrale de la preuve soumise par les intimés se retrouvait dans une expertise comptable et dans le témoignage d'un comptable agréé du cabinet Raymond, Chabot, Grant, Thornton. Celui-ci a bien expliqué les limites de sa mission comptable. Cette dernière se limitait à la préparation d'états financiers non vérifiés à l'aide de données fournies par ses clients et à les expliquer à partir d'informations généralement non contrôlées.

Le travail de cet expert a permis de mettre en ordre un ensemble d'entrées comptables diverses pour tenter d'établir une équivalence entre les investissements et des sources de fond. Sauf pour une marge de crédit d'environ 175 000 \$ ouverte par une Caisse populaire et, possiblement, un prêt d'une parente de Laroche, après la vente de sa maison, tout ce que cette expertise démontre est que des fonds auraient été utilisés. Dans la majeure partie des cas, l'origine de ceux-ci demeure incertaine ou inexpliquée. Pour satisfaire au fardeau de preuve imposé aux intimés, il aurait fallu présenter des explications sur les fonds ou les avances utilisés par les intimés, sur l'origine et la nature de ces liquidités qui auraient permis de financer ces constructions en ne recourant que de manière très limitée à une

92

93

94

evidence on this point was inadequate and did not justify review of the authorization granted in respect of the immovables.

VII. Conclusion

95

For these reasons, the appeal should be allowed in part. The judgment of the Superior Court quashing the restraint order and warrants of seizure should be set aside, except in respect of the 24 motor vehicles seized without authorization. Subject to that exception, the restraint order and warrants of seizure authorized by Judge Pinard of the Court of Québec should be restored.

Appeal allowed in part, McLACHLIN C.J. and ARBOUR J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's Prosecutor, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

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

institution financière. Cette preuve n'était pas adéquate et ne justifiait pas la révision de l'autorisation quant aux immeubles.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi devrait être accueilli en partie. Le jugement de la Cour supérieure annulant l'ordonnance de blocage et les mandats de saisie devrait être cassé, sauf à l'égard des 24 véhicules automobiles saisis sans autorisation. Sous cette réserve, l'ordonnance de blocage et les mandats de saisie autorisés par le juge Pinard de la Cour du Québec seraient rétablis.

Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef McLACHLIN et le juge ARBOUR sont dissidentes en partie.

Procureur de l'appelant : Le substitut du Procureur général, Ste-Foy.

Procureurs des intimés : Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Warren James Jarvis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Quebec and
the Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. JARVIS

Neutral citation: 2002 SCC 73.

File No.: 28378.

2002: June 13; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Sections 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act available “for any purpose related to administration or enforcement” of Income Tax Act — Whether “enforcement” of Income Tax Act includes investigation and prosecution of offences under s. 239 of Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239.

Warren James Jarvis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Québec et
la Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. JARVIS

Référence neutre : 2002 CSC 73.

N° du greffe : 28378.

2002 : 13 juin; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Les articles 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le terme « exécution » figurant dans la Loi de l'impôt sur le revenu inclut-il les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions prévues par l'art. 239 de la Loi? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Principle against self-incrimination — Extent to which taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act benefits from principle against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act — Whether documents obtained under ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act after penal investigation has commenced violate taxpayer's right against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Revenue Canada receiving information alleging that taxpayer had committed tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditor pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks and search warrant — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Revenue Canada began an inquiry following a tip that the appellant taxpayer had not reported sales of his late wife's art in his tax returns for the 1990 and 1991 taxation years. In February 1994, the auditor sent letters to the taxpayer indicating that his file had been selected for audit and requesting certain books and records. The auditor visited art galleries and gathered enough information to determine that the tip had some validity. On March 16, she obtained further information by phone from the taxpayer and his accountant. On April 11, the auditor and her supervisor met the taxpayer to review his records. He was not cautioned. He answered questions, provided banking information, signed a bank authorization, and provided materials including records of sales

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Principe interdisant l'auto-incrimination — Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Contribuable soumis à une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les documents obtenus au moyen des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu après le début d'une enquête pénale portent-ils atteinte au droit du contribuable d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Réception par Revenue Canada de renseignements selon lesquels le contribuable avait commis une fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par un vérificateur fiscal conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques et d'un mandat de perquisition — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Revenue Canada a entamé un examen à la suite d'un indice selon lequel le contribuable appelant avait omis de déclarer la vente d'œuvres d'art de son épouse décédée dans ses déclarations d'impôt pour les années d'imposition 1990 et 1991. En février 1994, la vérificatrice a envoyé au contribuable des lettres lui indiquant que son dossier avait été sélectionné pour vérification et lui demandant certains livres et registres. La vérificatrice a visité des galeries d'art et recueilli suffisamment de renseignements pour déterminer que l'indice avait une certaine valeur. Le 16 mars, elle a obtenu des renseignements additionnels du contribuable et de son comptable par téléphone. Le 11 avril, la vérificatrice et son superviseur ont rencontré le contribuable

and expenses related to the art. By late April, the auditor had obtained the additional records and information requested from the taxpayer and she concluded that he had grossly omitted revenues in the relevant returns. On May 4, the auditor referred her entire file to the Special Investigations Section of Revenue Canada, which began an investigation to determine whether prosecution for tax evasion was merited. Despite numerous requests concerning the status of the audit, the auditor deliberately did not inform the taxpayer that his file had been referred to the investigative section. After a review of the file, and on the basis of the books and records obtained from the taxpayer at the April 11 meeting, the investigator determined that reasonable and probable grounds existed to seek a search warrant to investigate for tax evasion. In November, a search warrant issued under the *Criminal Code* authorized the searches of a Revenue Canada's office and the respective residences of the taxpayer and his accountant. In early 1995, requirement letters issued to various banks under s. 231.2(1) of the *Income Tax Act* by the investigator provided additional information.

The taxpayer was charged with tax evasion under s. 239 of the Act. The trial judge held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994. Since the auditor failed to caution the taxpayer at the April 11 meeting, the statements and documents gathered at that meeting were obtained in violation of his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and reference to that information in the Information to Obtain A Search Warrant was removed. The trial judge concluded that what remained did not provide "reasonable grounds" for a search warrant and, as a result, the execution of the searches violated the taxpayer's s. 8 Charter rights. He also concluded that the banking records obtained by way of s. 231.2(1) in early 1995 violated the taxpayer's s. 8 rights. Pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the 1995 banking information and the evidence obtained at the April 11 meeting and through the searches were excluded. The trial judge granted a motion for a directed verdict of acquittal. The summary conviction appeal judge ordered a new trial, holding that only the taxpayer's statements during the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain and that the search warrant otherwise had been validly issued. The Court of Appeal

pour examiner ses registres. Il n'a alors reçu aucune mise en garde. Il a répondu aux questions, fourni des renseignements bancaires, signé une autorisation bancaire et fourni des documents incluant des registres de ventes et de dépenses concernant les œuvres d'art. À la fin du mois d'avril, la vérificatrice avait obtenu les registres et renseignements additionnels demandés au contribuable et elle a conclu qu'il avait omis de déclarer des revenus importants dans les déclarations pertinentes. Le 4 mai, la vérificatrice a renvoyé tout le dossier à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada, qui a entamé une enquête afin de déterminer s'il y avait lieu d'engager des poursuites pour fraude fiscale. Malgré de nombreuses demandes concernant l'état de la vérification, la vérificatrice a délibérément omis d'aviser le contribuable que son dossier avait été renvoyé à la section des enquêtes. Après avoir examiné le dossier, et sur la base des livres et registres obtenus du contribuable à la rencontre du 11 avril, l'enquêteur a conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables d'obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En novembre, un mandat de perquisition décerné sous le régime du *Code criminel* a autorisé des perquisitions au bureau de Revenu Canada et aux résidences respectives du contribuable et de son comptable. Au début de 1995, des demandes péremptoires adressées par l'enquêteur à différentes banques sous le régime du par. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont permis d'obtenir des renseignements additionnels.

Le contribuable a été accusé de fraude fiscale sous le régime de l'art. 239 de la Loi. Le juge du procès a conclu que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994. Étant donné l'omission par la vérificatrice de mettre le contribuable en garde lors de la rencontre du 11 avril, les déclarations et documents recueillis lors de cette rencontre ont été obtenus en contravention des droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lui garantit et toute mention de ces renseignements a été exclue de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. De l'avis du juge du procès, ce qui restait ne donnait pas de « motifs raisonnables » de décerner un mandat de perquisition et, en conséquence, l'exécution du mandat allait à l'encontre des droits garantis au contribuable par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge a en outre conclu que les registres bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) au début de 1995 portaient atteinte aux droits que l'art. 8 confère au contribuable. Les renseignements bancaires obtenus en 1995 ainsi que les éléments de preuve recueillis lors de la rencontre du 11 avril et au moyen des perquisitions ont été exclus par application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. Le juge d'appel des poursuites sommaires a

dismissed a further appeal and affirmed the order for a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Although the *Income Tax Act* relies upon self-assessment and self-reporting, the Minister of National Revenue has broad powers for the administration and enforcement of the Act. Under ss. 231.1 and 231.2, a person authorized by the Minister has the powers to: enter a taxpayer's place of business or place of record keeping; require the taxpayer and third parties to answer questions put to them; and require the taxpayer and third parties to furnish information and documents upon request. To ensure compliance with the self-reporting requirements of the Act, s. 239 creates offences which carry significant penalties, including incarceration. Section 239 bears the formal hallmarks of criminal legislation and, even though the Act is a regulatory statute, non-compliance with its mandatory provisions will in some cases lead to criminal charges. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis, the various regulatory and penal considerations must all exert some influence.

The scope of *Charter* rights and freedoms will vary according to the circumstances. This case concerns both s. 7 and s. 8 of the *Charter* and the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* from a trial for offences under s. 239. The taxpayer's liberty interest under s. 7 was engaged by the introduction at his trial of statutorily compelled information. In giving expression to the principle against self-incrimination, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that prevents the use of statutorily compelled information in all contexts. A contextual analysis involves balancing the principle against self-incrimination with the principle that relevant evidence should be available to the trier of fact. The reasonable expectation of privacy guaranteed by s. 8 of the *Charter* also is context-specific. At some point, the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on privacy to advance its goals. Generally, there is a diminished expectation of privacy in records produced during the ordinary course of regulated activities and there is a

ordonné la tenue d'un nouveau procès, en statuant que seules les déclarations faites par le contribuable pendant la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition et que le mandat de perquisition avait été décerné valablement. La Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé l'ordonnance de nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* repose sur l'autocotisation et l'autodéclaration, le ministre du Revenu national a de larges pouvoirs en matière d'application et d'exécution. Les art. 231.1 et 231.2 confèrent à une personne autorisée par le ministre les pouvoirs suivants : pénétrer dans un lieu où est exploitée l'entreprise ou sont tenus les registres d'un contribuable; requérir le contribuable et les tiers de répondre aux questions qui leur sont posées; exiger du contribuable et des tiers qu'ils fournissent des renseignements et produisent des documents sur demande. Pour garantir le respect des exigences d'autodéclaration de la Loi, l'art. 239 crée des infractions assorties de peines importantes, y compris l'emprisonnement. L'article 239 présente les caractéristiques formelles de la législation criminelle et, bien que la Loi soit de nature réglementaire, le non-respect de ses dispositions impératives peut, dans certains cas, donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite relative à ces accusations, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

La portée des droits et libertés protégés par la *Charte* varie selon les circonstances. L'affaire porte en l'occurrence à la fois sur les art. 7 et 8 de la *Charte* et sur l'exclusion d'éléments de preuve par application du par. 24(2) de la *Charte* dans le cadre d'un procès relatif à des infractions visées par l'art. 239. Le droit à la liberté garanti au contribuable par l'art. 7 est entré en jeu en raison du dépôt, lors de son procès, de renseignements obtenus par la contrainte dans l'exercice de pouvoirs légaux. Dans l'expression du principe interdisant l'auto-incrimination, l'art. 7 n'établit toutefois pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation, dans tous les contextes, de renseignements dont la production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi. Une analyse contextuelle comporte la pondération du principe interdisant l'auto-incrimination et du principe selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents. L'attente raisonnable en matière de vie privée, protégée par l'art. 8 de la *Charte*, dépend aussi du contexte. À un certain point, le droit du public de ne pas être

relatively low privacy interest in records relevant to a tax return.

A distinction can be drawn between the audit and investigative powers under the *Income Tax Act*. By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available for any purpose related to the “administration” or “enforcement” of the Act. Although this wording seems broad, when read in context, these sections do not include the prosecution of s. 239 offences. In particular, the existence of a prior authorization procedure under s. 231.3(1) where an offence is suspected implies that the separate statutory inspection and requirement powers are unavailable for the purpose of prosecutorial investigations. A warrant under s. 231.3 of the Act covers generally the same ground as does the *Criminal Code*’s s. 487 warrant. When a tax official exercises his or her investigative function, the parties are in an adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions.

Where the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, there exists an adversarial relationship between the taxpayer and the state. To determine whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of the inquiry. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is determinative. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. The following factors assist in ascertaining whether an inquiry’s purpose is to investigate penal liability: (a) Did authorities have reasonable grounds to lay charges or could a decision have been made to proceed with a criminal investigation? (b) Was the general conduct of the authorities consistent with a criminal investigation? (c) Did the auditor transfer his or her file to the investigators? (d) Was the auditor’s conduct such that he or she was acting as an agent for the investigators? (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent? (f) Is the evidence relevant to taxpayer liability generally or only to penal liability? and,

importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins. Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée à l’égard des registres qu’il produit dans le cours normal d’activités réglementées et la protection de sa vie privée concernant les registres pertinents à sa déclaration de revenu est relativement faible.

Il est possible d’établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d’enquête sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l’application et l’exécution » de la Loi. Bien que cette expression semble générale, ces dispositions, interprétées dans leur contexte, n’incluent pas la poursuite des infractions prévues à l’art. 239. En particulier, l’existence d’une procédure d’autorisation préalable établie par le par. 231.3(1) lorsqu’on soupçonne une infraction implique qu’il n’est pas possible d’utiliser les pouvoirs distincts d’inspection et de demande péremptoire pour les besoins d’une enquête relative à des poursuites. Le mandat prévu par l’art. 231.3 de la Loi s’applique généralement à des situations couvertes par le mandat décerné en vertu de l’art. 487 du *Code criminel*. Lorsqu’un agent du fisc exerce sa fonction d’enquête, les parties se trouvent dans une relation de nature contradictoire en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Il s’ensuit qu’il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d’enquête.

Lorsqu’un examen a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, il existe une relation de nature contradictoire entre le contribuable et l’État. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen. À l’exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n’est nécessairement déterminant en soi. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. Les facteurs suivants aident à déterminer si l’examen a pour objet déterminant d’enquêter sur la responsabilité pénale du contribuable : a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ou aurait-on pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle? b) L’ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle? c) Le vérificateur a-t-il transféré son dossier aux enquêteurs? d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu’il agissait en fait comme un

(g) Do other circumstances or factors suggest that an audit became a criminal investigation?

Wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. With respect to s. 7 of the *Charter*, the constitutional protections against self-incrimination prohibit tax officials who are investigating the offences from having recourse to the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, tax officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants under s. 231.3 of the Act or s. 487 of the *Criminal Code* in furtherance of their investigation. With respect to s. 8 of the *Charter*, taxpayers have very little privacy interest in materials they are obliged to keep under the Act or to produce during an audit. Once an auditor has inspected or required a document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot be said to have a reasonable expectation that the auditor will guard its confidentiality. As a consequence, there is no general rule that prevents auditors from passing files containing validly obtained audit materials to investigators. Nor is there any reason that the CCRA cannot conduct parallel administrative audits and criminal investigations. However, if the CCRA simultaneously conducts an administrative audit and criminal investigation, investigators can avail themselves only of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation. They cannot avail themselves of information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability.

Whether an inquiry is in furtherance of an audit or a penal investigation is a question of mixed fact and law and is not immune from appellate review. The record in this case does not support a finding that the auditor used her misleading tactics to obtain information from the taxpayer or his accountant under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the predominant purpose of determining the taxpayer's penal liability under s. 239. There was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994. Accordingly, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing

mandataire des enquêteurs? e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire? f) La preuve est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou uniquement quant à sa responsabilité pénale? g) D'autres circonstances ou facteurs laissent-ils entendre qu'une vérification était devenue une enquête criminelle?

Dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les protections constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents du fisc qui enquêtent sur des infractions d'avoir recours aux mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Les agents du fisc qui exercent ainsi leur pouvoir d'enquête doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition en vertu des art. 231.3 de la Loi ou 487 du *Code criminel* pour mener leur enquête. Quant à l'art. 8 de la *Charte*, le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents qu'il doit tenir conformément à la Loi et produire au cours d'une vérification. Lorsqu'un vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Par conséquent, aucune règle générale n'empêche les vérificateurs de transmettre à l'enquêteur des dossiers contenant des renseignements de vérification obtenus valablement. Rien n'empêche non plus l'ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Toutefois, si l'ADRC mène simultanément une vérification administrative et une enquête criminelle, les enquêteurs ne peuvent utiliser que les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle. Ils ne peuvent se servir de renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale.

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête pénale est une question mixte de fait et de droit et elle n'est pas à l'abri d'un examen en appel. Le dossier en l'espèce ne permet pas de conclure que la vérificatrice a eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements du contribuable ou de son comptable au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239. Aucune enquête sur la responsabilité pénale du contribuable n'a débuté avant le 4 mai 1994. Par conséquent, les

to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Since the searches were made pursuant to a valid warrant, the evidence obtained during these searches should be admissible in a new trial. The usage of the banking information obtained by the investigator pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995, after the investigation was underway, violated the taxpayer's s. 7 rights and should be excluded.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, aff'g [1995] 2 C.T.C. 451; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *143471 Canada Inc. v. Québec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755; *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1

renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus valablement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. Les perquisitions ayant été effectuées conformément à un mandat valide, les éléments de preuve recueillis au cours de ces perquisitions devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès. Les renseignements bancaires obtenus par l'enquêteur à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1) au début de 1995, une fois l'enquête en cours, ont porté atteinte aux droits que l'art. 7 garantit au contribuable et devraient être écartés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, conf. [1995] 2 C.T.C. 451; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Smerchanski c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755; *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Canadian Bank of Commerce c.*

S.C.R. 614; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306, leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5; *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, aff'd [1999] Q.J. No. 6268 (QL); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Income War Tax Act, S.C. 1944, c. 43, s. 11.
Business Profits War Tax Act, 1916, S.C. 1916, c. 11.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [am. 1994, c. 21, s. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, s. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [am. 1994, c. 7, Sched. VIII, s. 137(1)].
Income War Tax Act, 1917, S.C. 1917, c. 28, s. 8.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Oxford English Reference Dictionary, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford: Oxford University Press, 1996, "enforce".

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, affirming a judgment of Lutz J. (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No. 651 (QL), allowing the

Canada (Attorney General), [1962] R.C.S. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 R.N.-B. (2^e) 132, 2002 NBPC 5; *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, conf. par [1999] J.Q. n^o 6268 (QL); *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.
Loi de l'impôt de Guerre sur le Revenu, 1917, S.C. 1917, ch. 28, art. 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [mod. 1994, ch. 21, art. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, art. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [mod. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137(1)].
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.C. 1944, ch. 43, art. 11.
Loi taxant les Profits d'affaires pour la guerre, 1916, S.C. 1916, ch. 11.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Oxford English Reference Dictionary, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford: Oxford University Press, 1996, « enforce ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, confirmant un jugement du juge Lutz (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No.

Crown's appeal from a judgment of the Provincial Court acquitting a taxpayer of tax offences and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alan D. Macleod, Q.C., and Wendy K. McCallum, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., Bruce Harper and Janet Henchey, for the respondent.

Trevor Shaw, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gilles Laporte and Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — Is there a distinction between the Canada Customs and Revenue Agency's ("CCRA") audit and investigative functions under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA")? If it is indeed correct to draw such a distinction, when does the CCRA exercise its audit function and when does it exercise its investigative function? Finally, what are the legal consequences for the taxpayer when the CCRA exercises its investigative function?

Ultimately, we conclude that compliance audits and tax evasion investigations must be treated differently. While taxpayers are statutorily bound to co-operate with CCRA auditors for tax assessment purposes (which may result in the application of regulatory penalties), there is an adversarial relationship that crystallizes between the taxpayer and the tax officials when the predominant purpose of an official's inquiry is the determination of penal liability. When the officials exercise this authority, constitutional protections against self-incrimination prohibit CCRA officials who are investigating ITA offences from having recourse to the powerful

651 (QL), qui avait accueilli l'appel du ministère public à l'encontre d'un jugement de la Cour provinciale acquittant un contribuable d'infractions en matière fiscale et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alan D. Macleod, c.r., et Wendy K. McCallum, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., Bruce Harper et Janet Henchey, pour l'intimée.

Trevor Shaw, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gilles Laporte et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Scott K. Fenton, pour l'intervenant la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Existe-t-il une distinction entre les fonctions de vérification et d'enquête de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC ») sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « LIR » ou la « Loi »)? S'il est effectivement correct d'établir une telle distinction, quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions de vérification et quand exerce-t-elle ses fonctions d'enquête? Enfin, quelles conséquences juridiques l'exercice des fonctions d'enquête de l'ADRC entraîne-t-il pour le contribuable?

En dernière analyse, nous concluons qu'il faut traiter différemment les vérifications de conformité et les enquêtes pour fraude fiscale. Bien qu'un contribuable soit tenu par la loi de coopérer avec les vérificateurs de l'ADRC aux fins d'évaluation de son obligation fiscale (et passible de peines réglementaires à cet égard), une relation de nature contradictoire se cristallise entre le contribuable et les agents du fisc dès qu'un examen effectué par l'un de ces agents a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À partir de ce moment, les garanties constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents de

inspection and requirement tools in ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, CCRA officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants in furtherance of their investigation.

l'ADRC qui enquêtent sur des infractions à la LIR d'avoir recours aux puissants mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Lorsqu'ils exercent ainsi leur pouvoir d'enquête, les agents de l'ADRC doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition pour mener leur enquête.

3 Here, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Accordingly, the searches ultimately carried out were authorized by warrant, and no s. 8 violation occurred. Therefore, we would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal of Alberta's order of a new trial.

En l'espèce, les renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus validement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. En conséquence, les perquisitions effectuées par la suite étaient autorisées par un mandat et il ne s'est produit aucune violation de l'art. 8. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel de l'Alberta.

4 I. Factual Background

The appellant, Warren Jarvis, is a farmer in Alberta. His wife, Georgia Jarvis, was, until the time of her death, an artist earning income from the sale of her works. Mrs. Jarvis reported this income on her annual individual tax returns.

I. Les faits

L'appelant, Warren Jarvis, est un agriculteur de l'Alberta. Son épouse, Georgia Jarvis, était, jusqu'au moment de son décès, une artiste tirant un revenu de la vente de ses œuvres. Madame Jarvis déclarait ce revenu dans sa déclaration de revenu annuelle.

5 Mrs. Jarvis died on October 22, 1990. A few of her original works and a number of limited edition prints remained unsold at the time; as well, it appears that the appellant may also have had some additional prints created subsequent to his wife's death. The appellant was therefore able to continue the sale of his late wife's art, which he did. In 1992, as art sales began to dissipate, the appellant, in an apparent attempt to put the past behind him, moved into a rural log cabin, roughly 80 kilometres north-west of Calgary.

Madame Jarvis est décédée le 22 octobre 1990. Quelques-unes de ses œuvres originales et un certain nombre de reproductions à tirage limité n'avaient alors pas encore été vendues; de plus, il semble que l'appelant ait peut-être fait faire des reproductions additionnelles après le décès de son épouse. Il était donc en mesure de continuer à vendre des œuvres de son épouse décédée, ce qu'il a fait. En 1992, comme les ventes d'œuvres d'art commençaient à diminuer, l'appelant, tentant apparemment de tourner la page, a déménagé dans une maison en bois rond, à la campagne, à environ 80 kilomètres au nord-ouest de Calgary.

6 Early in 1994, an anonymous informant addressed a typewritten letter ("the lead") to the Chief of Audit in the Calgary District Taxation Office of what was then Revenue Canada. For reasons of confidentiality, the lead is not in evidence in this case. We do

Au début de 1994, un dénonciateur anonyme a envoyé une lettre dactylographiée (« l'indice ») au chef de la vérification au bureau de district de Calgary de l'ancien ministère du Revenu national. Pour des raisons de confidentialité, l'indice n'a pas

know, however, that the lead alleged that the appellant had failed to report substantial income related to the 1990 and 1991 taxation years. Furthermore, the lead listed six Calgary art galleries that had purchased Mrs. Jarvis's art work from the appellant.

Although internal departmental policies identified all tax leads from informants as being the responsibility of the Special Investigations Section, the lead was in fact referred to the Business Audit Section. There, it was assigned to Donna Goy-Edwards, an experienced business auditor. Goy-Edwards took sole control over the file, reporting to her supervisor, John Moriarty.

On February 16, 1994, Goy-Edwards prepared an "Audit Plan," consisting of three separate tasks:

- 1) Clear lead.
- 2) Review disposition of all assets at date of death in Oct/90. Review all tax consequences.
- 3) Audit accordingly.

Not all leads received by the CCRA are substantiated; hence, "clearing" a lead refers to a process whereby the auditor reviews source documents for the purpose of determining the validity of the allegations contained in the lead. To this end, Goy-Edwards attempted on February 16 and 17 by telephone to reach the appellant and the accountant, Tom Burke, who had prepared the 1990 and 1991 tax returns. She was unable to reach either, but left two voice messages on the appellant's telephone answering machine.

Goy-Edwards then sent two letters to the appellant on February 17. The letters were addressed simply "General Delivery, Cremona, Alberta". One letter dealt with the appellant in his capacity as executor of his wife's estate, indicating that "[t]he file of the Late Georgia Jarvis has been selected for audit for the [1990] taxation year" and that "this letter will serve as a formal notice of the audit in

été produit en preuve. Cependant, nous savons que son auteur alléguait que l'appellant avait omis de déclarer des revenus substantiels pour les années d'imposition 1990 et 1991. Par ailleurs, cet indice énumérait six galeries d'art qui avaient acheté des œuvres de M^{me} Jarvis à l'appellant.

Même si les politiques ministérielles internes précisaient que tous les indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient de la Section des enquêtes spéciales, l'indice a été acheminé à la Section de la vérification des dossiers d'entreprises et confié à M^{me} Donna Goy-Edwards, une vérificatrice d'entreprises d'expérience. Madame Goy-Edwards avait le contrôle exclusif du dossier, sous la supervision de John Moriarty.

Le 16 février 1994, M^{me} Goy-Edwards a préparé un « Plan de vérification » comportant trois tâches distinctes :

[TRADUCTION]

- 1) Contrôler l'indice.
- 2) Analyser la disposition de tous les biens à la date du décès en octobre 1990 et toutes les conséquences fiscales en découlant.
- 3) Effectuer la vérification en conséquence.

Tous les indices reçus par l'ADRC ne sont pas corroborés; c'est pourquoi le « contrôle » d'un indice s'entend du processus par lequel le vérificateur examine les documents sources pour déterminer la validité des allégations contenues dans l'indice. À cette fin, les 16 et 17 février, M^{me} Goy-Edwards a tenté de joindre par téléphone l'appellant et son comptable, Tom Burke, qui avait préparé les déclarations de revenu de 1990 et de 1991. Ne réussissant pas à les joindre, elle a laissé deux messages vocaux à l'appellant sur son répondeur.

Le 17 février, M^{me} Goy-Edwards a également envoyé deux lettres à l'appellant. Ces lettres étaient tout simplement adressées à : [TRADUCTION] « Poste restante, Cremona, Alberta ». L'une d'elles concernait l'appellant à titre d'exécuteur de la succession de son épouse et indiquait que [TRADUCTION] « [L]e dossier de feu Georgia Jarvis a été sélectionné pour vérification pour l'année d'imposition

7

8

9

progress". The other letter concerned the appellant in his personal capacity, and specified that his file had "been selected for audit for the taxation years 1990 & 1991", adding again that the letter constituted formal notice of the audit. In each instance, the appellant was requested to make available certain enumerated books and records. Finally, the letters stated that the respective files would be held in abeyance for a 15-day period to allow the appellant "an opportunity to contact the writer and make arrangements to have the books and records made available for the audit".

[1990] » et que [TRADUCTION] « la présente lettre tient lieu d'avis officiel de la vérification en cours ». L'autre lettre visait l'appelant personnellement et précisait que son dossier avait [TRADUCTION] « été sélectionné pour vérification pour les années d'imposition 1990 et 1991 », ajoutant également qu'il s'agissait d'un avis officiel de la vérification. Dans chaque cas, on demandait à l'appelant de permettre l'accès à certains livres et registres énumérés. Enfin, ces lettres précisait que chaque dossier visé serait laissé en suspens pendant une période de 15 jours pour donner à l'appelant [TRADUCTION] « la possibilité de communiquer avec l'auteur de la lettre et de prendre des dispositions afin de permettre l'accès aux livres et registres pour les besoins de la vérification ».

10 On March 7, 1994, shortly after the 15-day period elapsed without word from the appellant, Goy-Edwards commenced contact with third-party sources. She researched departmental library services for written information on Mrs. Jarvis's art work, to obtain facts about her works and discover where they were being displayed. Through these efforts, she was able to locate three additional galleries, not listed in the lead, that had purchased art from the appellant. Goy-Edwards then personally contacted or visited all nine galleries. She identified herself as a Revenue Canada employee and requested that she be granted access to certain of their books and records pertaining to art sales.

Le 7 mars 1994, peu après la fin de cette période de 15 jours et voyant que l'appelant n'avait pas communiqué avec elle, M^{me} Goy-Edwards a pris contact avec des tiers. Elle a effectué des recherches auprès des services de la bibliothèque du ministère pour trouver des renseignements écrits sur les œuvres d'art de M^{me} Jarvis, obtenir des renseignements factuels sur ses œuvres et découvrir où elles étaient exposées. Grâce à ces efforts, elle a découvert trois autres galeries, dont l'indice ne faisait pas mention, mais qui avaient acheté des œuvres à l'appelant. Madame Goy-Edwards a ensuite joint ou visité elle-même les neuf galeries. Elle s'y est présentée comme une fonctionnaire de Revenu Canada et elle a demandé qu'on lui donne accès à certains des livres et registres relatifs aux ventes d'œuvres d'art.

11 Between March 7 and 16, Goy-Edwards was able to obtain information from each of the galleries regarding the sale of Mrs. Jarvis's works. From the particulars contained in purchase invoices and cancelled cheques, the auditor determined that the appellant had grossed \$358,409 from sales to the nine galleries between October 23 and December 31, 1990. For the 1991 calendar year, the figure was \$221,366. Endorsements found on the reverse side of the cheques also disclosed information regarding the appellant's banking arrangements. Independently, Goy-Edwards calculated that, for sales accruing to Mrs. Jarvis from January 1, 1990 until her death, the cost of sales was 29.5 percent of

Entre les 7 et 16 mars, M^{me} Goy-Edwards a pu obtenir des renseignements de chacune des galeries au sujet de la vente des œuvres de M^{me} Jarvis. D'après les renseignements figurant sur les factures d'achat et les chèques oblitérés, la vérificatrice a déterminé que l'appelant avait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 409 \$ au titre des ventes effectuées aux neuf galeries. Pour l'année civile 1991, ce revenu s'élevait à 221 366 \$. En outre, l'endossement figurant au verso des chèques fournissait des renseignements concernant les arrangements bancaires de l'appelant. De façon indépendante, pour les ventes imputées à M^{me} Jarvis entre le 1^{er} janvier 1990 et

gross. Based on all of this information, along with the appellant's tax returns for the 1990 and 1991 taxation years, Goy-Edwards determined that the lead had some validity.

Twice on March 8, the appellant attempted to reach Goy-Edwards by telephone, leaving messages that he had called. These calls were not immediately returned. On March 16, Jarvis's accountant, Burke, telephoned Goy-Edwards, who explained the audits that she was conducting, advised of the taxation years concerned, and made some enquiries as to the appellant's financial affairs. Burke informed the auditor that the file was likely to be in disarray, owing to the appellant's poor record-keeping skills and the general apathy towards financial and taxation matters that the appellant had exhibited since Mrs. Jarvis's death; in fact, Burke had seen no source documents, since the appellant was in the habit of providing only summaries of his income.

Burke explained that, for taxation purposes, after Mrs. Jarvis's death the income accruing from the sale of her art, net of expenses, was reported as part of the appellant's farming income. According to the accountant, the appellant netted somewhere in the vicinity of \$58,000 for art sold in the 1990 taxation year, and precisely \$43,061.79 for 1991. Goy-Edwards requested that Burke submit copies of the income summaries that the appellant had provided him. Burke replied that he would first have to speak to the appellant and obtain his authorization to release the information.

Later the same afternoon, Burke called back to advise Goy-Edwards that he had spoken to the appellant, and to pass on instructions for Goy-Edwards personally to call the appellant concerning the audit. The auditor immediately telephoned the appellant, confirmed that the latter was to gather the

la date de son décès, M^{me} Goy-Edwards a calculé que les coûts afférents à ces ventes représentaient 29,5 p. 100 des revenus bruts. Armée de tous ces renseignements et des déclarations de revenu de l'appelant pour les années d'imposition 1990 et 1991, M^{me} Goy-Edwards a jugé que l'indice avait une certaine valeur.

À deux reprises le 8 mars, l'appelant a tenté de joindre M^{me} Goy-Edwards par téléphone, lui laissant des messages pour l'informer de son appel. Elle ne l'a pas rappelé immédiatement. Le 16 mars, M^{me} Goy-Edwards a reçu un appel du comptable de M. Jarvis, M. Burke, et elle lui a alors expliqué les vérifications auxquelles elle procédait, lui a indiqué quelles étaient les années d'imposition visées et lui a demandé des renseignements au sujet de la situation financière de l'appelant. Monsieur Burke a dit à la vérificatrice qu'il serait probablement difficile de s'y retrouver dans le dossier, car l'appelant n'était pas très doué pour la tenue de livres et faisait preuve d'une indifférence générale à l'égard des questions financières et fiscales depuis le décès de M^{me} Jarvis; en réalité, M. Burke n'avait vu aucun document source, car l'appelant avait l'habitude de lui fournir seulement des sommaires de ses revenus.

Selon les explications de M. Burke, après le décès de M^{me} Jarvis, le revenu tiré de la vente de ses œuvres avait été inclus, déduction faite des dépenses, dans les revenus d'agriculture de l'appelant pour les besoins de l'impôt. Selon le comptable, pour l'année d'imposition 1990, l'appelant avait tiré un revenu net d'approximativement 58 000 \$ de la vente d'œuvres d'art; pour l'année 1991, ce revenu net s'élevait à 43 061,79 \$. Madame Goy-Edwards a demandé à M. Burke de lui remettre des copies des sommaires des revenus de l'appelant que ce dernier lui avait fournis. Monsieur Burke lui a répondu qu'il devait d'abord parler à l'appelant et obtenir son autorisation pour divulguer ces renseignements.

Plus tard au cours du même après-midi, M. Burke a rappelé M^{me} Goy-Edwards pour l'informer qu'il avait parlé à l'appelant et pour lui transmettre la consigne d'appeler personnellement l'appelant au sujet de la vérification. La vérificatrice a immédiatement téléphoné à l'appelant. Elle lui a confirmé

12

13

14

documentation requested in the February 17 letters, and made arrangements to meet at the appellant's farm on April 11, 1994 to "commence a review of the books and records". The record indicates that the parties might have chosen this date in order to provide the appellant with sufficient time to amass the documentation, since many of his belongings were still packed up from his move.

15 Goy-Edwards made no mention of the fact that she had already contacted third party sources. In response to one of her questions, however, the appellant confirmed the \$58,000 figure relative to 1990 net art sales income. Finally, Goy-Edwards advised the appellant that she would be accompanied by an assistant during the audit. The appellant stated that he would not have any difficulties with this.

16 On April 11, Goy-Edwards was in fact accompanied to the appellant's residence by her supervisor, Moriarty, whom she introduced on this occasion as her "team leader". The judge at first instance expressly disbelieved Goy-Edwards' explanation that Moriarty came along to provide navigational assistance because of her lack of familiarity with the area in which the appellant lived. The supervisor was present in an observational role.

17 During the interview, Moriarty did not actively take notes. Moreover, Goy-Edwards took the lead in all discussions, with Moriarty interjecting only occasionally to obtain clarification.

18 The appellant was not cautioned as to his rights. He answered all of the auditor's questions, which dealt primarily with the art sales but which also touched upon his farming operations. The appellant stated that all information pertaining to art sales was contained in the contracts and receipt books he kept. He provided information about his banking arrangements, and indicated that he would take steps to access the records pertaining thereto. In addition, the appellant signed a bank authorization for an account held with the Bank of Montreal, the existence of which he had not disclosed until

qu'il devait rassembler les documents demandés dans les lettres du 17 février et elle a pris des dispositions pour le rencontrer à son exploitation agricole le 11 avril 1994 afin d'y [TRADUCTION] « commencer un examen des livres et registres ». D'après le dossier, les parties ont peut-être choisi cette date pour que l'appelant ait suffisamment de temps pour rassembler les documents, bon nombre de ses effets étant encore emballés en raison du déménagement.

Madame Goy-Edwards n'a pas mentionné qu'elle avait déjà communiqué avec des tiers. Toutefois, en réponse à l'une de ses questions, l'appelant a confirmé qu'il avait touché un revenu net de 58 000 \$ au titre de la vente d'œuvres d'art pour l'année 1990. Enfin, M^{me} Goy-Edwards a informé l'appelant qu'elle serait accompagnée d'un adjoint au cours de la vérification. L'appelant a affirmé que cela ne posait aucun problème.

Le 11 avril, M^{me} Goy-Edwards s'est effectivement rendue à la résidence de l'appelant en compagnie de son superviseur, M. Moriarty, qu'elle a alors présenté comme son [TRADUCTION] « chef d'équipe ». Le juge du procès a dit expressément qu'il ne croyait pas l'explication de M^{me} Goy-Edwards selon laquelle M. Moriarty l'avait accompagnée pour lui indiquer le chemin parce qu'elle ne connaissait pas très bien la région où habitait l'appelant. Le superviseur était présent à titre d'observateur.

Au cours de l'entrevue, M. Moriarty n'a pas activement pris de notes. Par ailleurs, c'est M^{me} Goy-Edwards qui a dirigé toutes les discussions, M. Moriarty intervenant seulement à l'occasion pour obtenir des précisions.

L'appelant n'a pas été informé de ses droits. Il a répondu à toutes les questions de la vérificatrice, qui portaient principalement sur les ventes d'œuvres d'art, mais aussi sur son entreprise agricole. L'appelant a déclaré que tous les renseignements se rapportant à la vente d'œuvres figuraient dans les contrats et les livrets de reçus qu'il conservait. Il a fourni des renseignements au sujet de ses arrangements bancaires et indiqué qu'il prendrait des mesures pour avoir accès aux registres s'y rapportant. L'appelant a de plus signé une autorisation bancaire relativement à un compte détenu auprès de

Goy-Edwards posed a question about it: the auditor knew of the account from her third-party source investigations. She agreed to hold the authorization in abeyance for a short while in order to give the appellant the opportunity personally to obtain the documentation.

Goy-Edwards enquired into the inventory of originals and prints at the date of Mrs. Jarvis's death, as well as the appellant's role in selling the art. Her purpose with these lines of questioning was to compare the responses given by the appellant to the information that she had previously obtained from the departmental library. Finally, the appellant provided the auditor with art sale-related materials, including the two receipt books tracking sales and a number of other receipts documenting expenses. Goy-Edwards removed these books and records for later examination.

A few days after the interview, on April 15, Burke telephoned Goy-Edwards for an updated report on the state of the file. Goy-Edwards briefed the accountant as to the April 11 meeting, and stated that she would keep him apprised of the audit's progress.

In late April 1994, Goy-Edwards obtained many of the records and much of the information requested from the appellant. Subsequently, she performed various calculations to determine whether all the income related to the art sales had been properly reported. As a result of these calculations, Goy-Edwards noted a discrepancy of approximately \$700,000 between the appellant's earned and reported income over the two taxation years in question. On this basis, the auditor concluded that the appellant had grossly omitted revenues, suggesting that fraud was a possibility, and that further action was warranted.

Therefore, rather than completing the audit, on May 4, 1994, Goy-Edwards prepared a "Form

la Banque de Montréal, dont il n'avait pas divulgué l'existence jusqu'à ce que M^{me} Goy-Edwards lui pose une question à ce sujet; cette dernière était au courant de l'existence du compte en raison des renseignements qu'elle avait recueillis auprès de tiers. Elle a accepté d'attendre un peu avant de se servir de l'autorisation, afin de permettre à l'appelant d'obtenir lui-même les documents.

Madame Goy-Edwards a posé des questions sur l'inventaire des originaux et des reproductions à la date du décès de M^{me} Jarvis ainsi que sur le rôle que l'appelant avait joué dans la vente des œuvres d'art. Par ces questions, elle visait à comparer les réponses données par l'appelant aux renseignements qu'elle avait obtenus auparavant de la bibliothèque du ministère. L'appelant a finalement fourni à la vérificatrice des documents relatifs à la vente des œuvres d'art, dont les deux livrets de reçus faisant état des ventes ainsi qu'un certain nombre d'autres reçus à l'appui de dépenses. Madame Goy-Edwards a emporté ces livres et registres pour examen ultérieur.

Quelques jours après l'entrevue, soit le 15 avril, M. Burke a téléphoné à M^{me} Goy-Edwards pour obtenir une mise à jour sur l'état du dossier. Madame Goy-Edwards l'a mis au courant de ce qui s'était passé à la rencontre du 11 avril et lui a dit qu'elle le tiendrait au courant de l'avancement de la vérification.

À la fin d'avril 1994, M^{me} Goy-Edwards a obtenu un grand nombre des registres et une bonne partie des renseignements demandés à l'appelant. Elle a par la suite procédé à divers calculs pour déterminer si tous les revenus au titre des ventes d'œuvres d'art avaient été correctement déclarés. À l'issue de ces calculs, M^{me} Goy-Edwards a constaté un écart d'approximativement 700 000 \$ entre les revenus gagnés et déclarés de l'appelant au cours des deux années d'imposition en cause. Sur la base de cette constatation, la vérificatrice a conclu que l'appelant avait omis d'importants revenus, ce qui laissait croire à la possibilité d'une fraude et à l'opportunité de prendre d'autres mesures.

Plutôt que de terminer la vérification, M^{me} Goy-Edwards a préparé un « Formulaire T134 », le

19

20

21

22

T134” to refer the matter — along with her entire file, which contained records of all contacts, conversations, and calculations made in respect of the matter — to the Special Investigations Section of Revenue Canada. This latter division was charged in the present case with determining whether further investigation with a view to possible prosecution for tax evasion was merited. The record indicates that, in general, not every referral from the Business Audit Section necessarily results in charges being laid, and that files are on occasion returned to the Business Audit Section after Special Investigations makes a decision not to proceed with a criminal investigation.

23 Goy-Edwards did not attempt to contact the appellant or Burke to advise them that the file was no longer under her control. Two days later, on May 6, the appellant’s son Jim left a telephone message with the auditor, indicating that he would be sending the requested Bank of Montreal statements on the following Monday. The statements were in fact delivered on that date, and were passed on to Special Investigations. Again, the appellant, his son and his accountant were not notified that the appellant’s file had been referred to the investigative section.

24 Inside Special Investigations, the appellant’s file was assigned to investigator Diane Chang. Chang met with Goy-Edwards for one to two hours towards the end of May 1994 in order to discuss the file. At some point shortly thereafter, Chang had to contact Goy-Edwards again in order to clarify certain of the notations contained in the auditor’s file. There may have been one or two conversations of this nature, but there is nothing in the record that would suggest that Chang, or any other investigator, ever instructed or requested Goy-Edwards, under the guise of an audit, to obtain further information from or about the appellant.

25 The investigator then reviewed Goy-Edwards’s files, performed her own calculations and analyses, and gathered some information from other internal sources in order to determine if there were

4 mai 1994, pour renvoyer l’affaire à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada — avec tout le dossier dans lequel étaient consignés en totalité ses communications, conversations et calculs antérieurs. En l’espèce, cette section s’est vue confié le soin d’examiner s’il y avait lieu de pousser l’enquête en vue d’éventuelles poursuites pour fraude fiscale. Le dossier révèle que, de façon générale, tous les renvois par la Section de la vérification des dossiers d’entreprises ne mènent pas au dépôt d’accusations, et qu’il arrive à l’occasion que des dossiers soient retournés à la Section de la vérification des dossiers d’entreprises lorsque la Section des enquêtes spéciales décide de ne pas procéder à une enquête criminelle.

Madame Goy-Edwards n’a pas tenté de communiquer avec l’appelant ou avec M. Burke pour les informer que le dossier n’était plus sous son contrôle. Deux jours plus tard, le 6 mai, Jim, le fils de l’appelant, a laissé un message vocal à la vérificatrice, lui indiquant qu’il allait envoyer le lundi suivant les relevés demandés de la Banque de Montréal. Ces relevés furent livrés le jour en question et transmis aux Enquêtes spéciales. Encore une fois, l’appelant, son fils et son comptable n’ont pas été informés du renvoi du dossier de l’appelant à la section des enquêtes.

Aux Enquêtes spéciales, le dossier de l’appelant a été confié à l’enquêteur Diane Chang. Vers la fin de mai 1994, M^{me} Chang a rencontré M^{me} Goy-Edwards pendant une à deux heures afin d’examiner le dossier. Peu de temps après, M^{me} Chang a de nouveau dû communiquer avec M^{me} Goy-Edwards pour obtenir des précisions sur certaines des notes contenues dans le dossier de la vérificatrice. Une ou deux conversations de cette nature ont peut-être eu lieu, mais rien au dossier ne donne à croire que M^{me} Chang, ou un autre enquêteur, aurait ordonné ou demandé à M^{me} Goy-Edwards d’obtenir d’autres renseignements de l’appelant ou à son sujet sous le couvert d’une vérification.

L’enquêteur a ensuite examiné les dossiers de M^{me} Goy-Edwards, procédé à ses propres calculs et analyses et recueilli certains renseignements auprès d’autres sources internes pour déterminer s’il

reasonable and probable grounds to obtain a search warrant to further an investigation into tax evasion. In June 1994, Chang determined that such reasonable and probable grounds did exist, and began preparing an Information to Obtain A Search Warrant. For the next several months, Chang worked on the Information to Obtain and sought approval from her supervisors in Special Investigations to attend before an issuing justice. Departmental approval was not granted until November 1994, despite the fact that very little new information was received in the intervening period.

Meanwhile, Burke had been attempting to reach Goy-Edwards to obtain updates on the audit. As a consequence, Goy-Edwards contacted Chang. Goy-Edwards asked what an appropriate response would be. Chang told the auditor “to stall”: she did not want the appellant to discover that his file had been referred to Special Investigation. Contrary to departmental policy, which specifies that all contacts about a file should be recorded on “Forms T2020”, Chang did not record this conversation with Goy-Edwards.

On September 8, Burke again phoned Goy-Edwards to inquire about the file. She told him that she had been unable to make progress with the audit because of an injury; Goy-Edwards later testified that, shortly before that time, she had tumbled hard off of her bicycle, sustaining injuries to her head, torso, and legs. Goy-Edwards did not mention to Burke that she had referred the file to Special Investigations back in May. Burke left the appellant a message on the same day, keeping him abreast of what news the auditor had provided.

Burke left another message for Goy-Edwards on October 21, 1994, while the auditor was out of her office. Upon returning at the beginning of November, Goy-Edwards informed Moriarty that

existait des motifs raisonnables et probables d’obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En juin 1994, M^{me} Chang a conclu à l’existence de tels motifs et a commencé à préparer une Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au cours des mois suivants, M^{me} Chang s’est consacrée à la préparation de la dénonciation et a demandé l’approbation de ses superviseurs aux Enquêtes spéciales afin de comparaître devant un juge habilité à décerner un mandat. Elle n’a obtenu cette approbation qu’au mois de novembre 1994, malgré le fait que très peu de nouveaux renseignements ont été reçus dans l’intervalle.

Entre-temps, M. Burke avait tenté de joindre M^{me} Goy-Edwards pour obtenir des nouvelles de la vérification. Madame Goy-Edwards a donc communiqué avec M^{me} Chang et lui a demandé quelle réponse donner. Madame Chang a dit à la vérificatrice de [TRADUCTION] « gagner du temps » : elle ne voulait pas que l’appelant découvre que son dossier avait été renvoyé aux Enquêtes spéciales. En contravention de la politique ministérielle, selon laquelle toutes les communications relatives à un dossier doivent être consignées sur les « Formulaires T2020 », M^{me} Chang a omis de faire état de sa conversation avec M^{me} Goy-Edwards.

Le 8 septembre, M. Burke a de nouveau téléphoné à M^{me} Goy-Edwards pour se renseigner sur l’état du dossier. Elle lui a répondu qu’elle n’avait pas réussi à faire avancer la vérification en raison d’une blessure dont elle avait été victime; M^{me} Goy-Edwards a ultérieurement témoigné que, peu de temps auparavant, elle avait fait une mauvaise chute à bicyclette, se blessant à la tête, au torse et aux jambes. Madame Goy-Edwards n’a pas mentionné à M. Burke qu’elle avait renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales au mois de mai précédent. Le même jour, M. Burke a laissé un message à l’appelant pour le tenir au courant des nouvelles que lui avait communiquées la vérificatrice.

Le 21 octobre 1994, M. Burke a laissé un autre message pour M^{me} Goy-Edwards, qui était alors absente du bureau. Lorsqu’elle est revenue au début de novembre, M^{me} Goy-Edwards a informé

26

27

28

Burke had called. Moriarty, in turn, spoke to the Chief of the Special Investigations Section early on November 2 about how best to handle the issue. They determined, based on departmental policy, that if Goy-Edwards was asked about the file, she would have to “inform the [taxpayer] that the issue has been referred” to Special Investigations.

29 Also on November 2, and very shortly after this discussion, Goy-Edwards returned Burke’s call. The auditor left a message with the accountant’s wife to the effect that she had been out of town and that she “ha[d] nothing to report on the file”. In addition, Goy-Edwards asked that Burke be informed that “the file has been in a holding pattern due to other work demands including other projects”; the auditor later acknowledged that it was a mistake to use these terms to describe the status of the file.

30 Goy-Edwards recorded the details of the November 2 call on a Form T2020, which she then delivered to Chang. Concerned about the message Goy-Edwards had left for Burke, and troubled by the fact that she had personally given Goy-Edwards the instructions to stall, Chang approached her section manager.

31 Chang, the section manager, and the Chief of Special Investigations all met on November 3 to discuss the policy regarding disclosure to the appellant. Departmental policy was confirmed to be that, if Goy-Edwards or any other Revenue Canada official were asked anything about the appellant’s file, that person should explain that the file was in Special Investigations. All parties were aware of the message that Goy-Edwards had left for Burke on the previous day, and the section manager and the chief expressed bewilderment as to why the auditor had spoken as she did. Still, subsequent to this meeting, no remedial steps were

M. Moriarty que M. Burke avait téléphoné. Tôt dans la journée du 2 novembre, M. Moriarty a parlé au chef de la Section des enquêtes spéciales pour lui demander quelle serait la meilleure façon d’agir dans les circonstances. Sur le fondement de la politique ministérielle, ils ont convenu que M^{me} Goy-Edwards devrait, en réponse à une demande de renseignements au sujet du dossier, [TRADUCTION] « informer [le contribuable] que la question avait été renvoyée » aux Enquêtes spéciales.

Également le 2 novembre, très peu de temps après la discussion en question, M^{me} Goy-Edwards a rappelé M. Burke. La vérificatrice a laissé un message à l’épouse du comptable, l’informant qu’elle s’était absentée de la ville et qu’elle [TRADUCTION] « n’a[vait] rien à signaler relativement au dossier ». En outre, M^{me} Goy-Edwards a demandé à ce que M. Burke soit informé que [TRADUCTION] « le dossier était en suspens en raison d’autres contraintes de travail, y compris d’autres projets »; la vérificatrice a plus tard reconnu qu’elle avait fait une erreur en utilisant ces termes pour décrire l’état du dossier.

Madame Goy-Edwards a consigné les détails de la conversation téléphonique du 2 novembre sur un formulaire T2020 qu’elle a ensuite remis à M^{me} Chang. Préoccupée par le message que M^{me} Goy-Edwards avait laissé à M. Burke et troublée par le fait qu’elle avait personnellement donné à M^{me} Goy-Edwards la directive de gagner du temps, M^{me} Chang est allée voir son chef de section.

Madame Chang, le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont rencontrés le 3 novembre pour discuter de la politique applicable concernant la divulgation de renseignements à l’appelant. Il fut alors confirmé que la politique ministérielle exigeait que quiconque (M^{me} Goy-Edwards ou tout autre fonctionnaire de Revenu Canada) recevrait une demande de renseignements au sujet du dossier de l’appelant explique que le dossier avait été confié aux Enquêtes spéciales. Toutes les personnes présentes étaient au courant du message que M^{me} Goy-Edwards avait laissé à M. Burke la veille; le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont dit

taken to advise either Burke or the appellant of the file's transfer.

On November 23, 1994, Chang swore the Information to Obtain before Fradsham Prov. Ct. J. in Calgary. Chang based her grounds for belief that the appellant had committed offences, in part, upon analyses that she had conducted from the books and records that the appellant had provided to Goy-Edwards at the April 11 meeting.

A warrant was issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorizing searches of the appellant's residence, Burke's residence (place of business), and the Calgary office of Revenue Canada (in order to seize the books and records that Goy-Edwards had borrowed from the appellant during the April 11 meeting). The warrant was executed at all three locations on November 29. The fruit of the searches ultimately served as a substantial portion of the respondent Crown's evidence at the appellant's trial.

In early 1995, Chang drew up requirement letters pursuant to s. 231.2(1) of the ITA. These were issued to the appellant's various banking institutions, which complied with the requirements and provided Chang with the documentation which she sought.

The appellant was brought to trial on three counts of making false or deceptive statements in an income tax return (s. 239(1)(a) of the ITA) and two counts of wilfully evading or attempting to evade payment of taxes (s. 239(1)(d) of the ITA). The respondent sought to tender documents seized pursuant to the warrant. The appellant objected, and two separate *voir dire*s were held to determine the admissibility of the documents.

Coincidentally, the issuing justice, Judge Fradsham, was also the trial judge. He felt that the audit had effectively become an investigation as

stupéfaits que la vérificatrice ait agi ainsi. Malgré tout, aucune mesure n'a été prise à la suite de cette rencontre pour informer M. Burke ou l'appellant du transfert du dossier.

Le 23 novembre 1994, M^{me} Chang a présenté sous serment la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition au juge Fradsham de la Cour provinciale à Calgary. Ses motifs de croire que l'appellant avait commis des infractions s'appuyaient en partie sur des analyses auxquelles elle avait procédé à partir des livres et registres que l'appellant avait remis à M^{me} Goy-Edwards lors de la rencontre du 11 avril.

Un mandat a été décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; il autorisait des perquisitions à la résidence de l'appellant, à la résidence (lieu d'affaires) de M. Burke et au bureau de Revenu Canada à Calgary (afin d'y saisir les livres et registres que M^{me} Goy-Edwards avait empruntés à l'appellant lors de la rencontre du 11 avril). Le mandat a été exécuté aux trois endroits le 29 novembre. Le produit de ces perquisitions constitue une partie importante de la preuve que le ministère public intimé a finalement produite au procès de l'appellant.

Au début de 1995, M^{me} Chang a rédigé des demandes péremptoires en conformité avec le par. 231.2(1) de la LIR. Ces demandes ont été faites aux diverses institutions bancaires de l'appellant; ces dernières y ont obtempéré et ont fourni à M^{me} Chang les documents qu'elle avait demandés.

L'appellant a subi son procès relativement à trois chefs l'accusant d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans une déclaration de revenu (al. 239(1)a) de la LIR) et à deux chefs alléguant qu'il avait volontairement éludé ou tenté d'éluder le paiement d'un impôt (al. 239(1)d) de la LIR). L'intimée a voulu produire les documents saisis en exécution du mandat. L'appellant s'y est opposé; on a tenu deux voir-dire distincts pour déterminer l'admissibilité des documents.

Par coïncidence, le juge Fradsham, qui avait décerné le mandat, a également présidé le procès. Selon lui, la vérification était effectivement devenue

32

33

34

35

36

of March 16, 1994, and excluded all information obtained by ss. 231.1(1) and 231.2(1) from that day forward: (1997), 195 A.R. 251 (Prov. Ct.) and (1997), 204 A.R. 123 (Prov. Ct.). Judge Fradsham granted the appellant's motion for a directed verdict of acquittal on August 7, 1997. The respondent's appeal to the Court of Queen's Bench of Alberta was successful, and a new trial was ordered: (1998), 225 A.R. 225. The Court of Appeal of Alberta dismissed a further appeal, and affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial: (2000), 271 A.R. 263. The appellant was granted leave to appeal to this Court on May 17, 2001: [2001] 1 S.C.R. xii.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

37 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

une enquête le 16 mars 1994 et il a exclu tous les renseignements obtenus à partir de cette date au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) : (1997), 195 A.R. 251 (C. prov.) et (1997), 204 A.R. 123 (C. prov.). Le 7 août 1997, le juge Fradsham a accueilli la requête de l'appelant sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. L'intimée a eu gain de cause en appel auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, et cette dernière a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1998), 225 A.R. 225. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de cette décision et confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires : (2000), 271 A.R. 263. L'appelant a obtenu l'autorisation de former un pourvoi devant notre Cour le 17 mai 2001 : [2001] 1 R.C.S. xii.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre, dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

(2) Where any premises or place referred to in paragraph (1)(c) is a dwelling-house, an authorized person may not enter that dwelling-house without the consent of the occupant except under the authority of a warrant under subsection (3).

(3) Where, on *ex parte* application by the Minister, a judge is satisfied by information on oath that

(a) there are reasonable grounds to believe that a dwelling-house is a premises or place referred to in paragraph (1)(c),

(b) entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, and

(c) entry into the dwelling-house has been, or there are reasonable grounds to believe that entry will be, refused,

the judge may issue a warrant authorizing an authorized person to enter the dwelling-house subject to such conditions as are specified in the warrant but, where the judge is not satisfied that entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, the judge may

(d) order the occupant of the dwelling-house to provide to an authorized person reasonable access to any document or property that is or should be kept in the dwelling-house, and

(e) make such other order as is appropriate in the circumstances to carry out the purposes of this Act,

to the extent that access was or may be expected to be refused and that the document or property is or may be expected to be kept in the dwelling-house.

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

(2) Lorsque le lieu mentionné à l'alinéa (1)c) est une maison d'habitation, une personne autorisée ne peut y pénétrer sans la permission de l'occupant, à moins d'y être autorisée par un mandat décerné en vertu du paragraphe (3).

(3) Sur requête *ex parte* du ministre, le juge saisi peut décerner un mandat qui autorise une personne autorisée à pénétrer dans une maison d'habitation aux conditions précisées dans le mandat, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) il existe des motifs raisonnables de croire que la maison d'habitation est un lieu mentionné à l'alinéa (1)c);

b) il est nécessaire d'y pénétrer pour l'application ou l'exécution de la présente loi;

c) un refus d'y pénétrer a été opposé, ou il existe des motifs raisonnables de croire qu'un tel refus sera opposé.

Dans la mesure où un refus de pénétrer dans la maison d'habitation a été opposé ou pourrait l'être et où des documents ou biens sont gardés dans la maison d'habitation ou pourraient l'être, le juge qui n'est pas convaincu qu'il est nécessaire de pénétrer dans la maison d'habitation pour l'application ou l'exécution de la présente loi peut ordonner à l'occupant de la maison d'habitation de permettre à une personne autorisée d'avoir raisonnablement accès à tous documents ou biens qui sont gardés dans la maison d'habitation ou devraient y être gardés et rendre toute autre ordonnance indiquée en l'espèce pour l'application de la présente loi.

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

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

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge may issue the warrant referred to in subsection (1) where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence under this Act was committed;

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in that subsection, any other document or thing that the person believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

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

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête peut décerner le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit :

a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;

b) des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction seront vraisemblablement trouvés;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne à qui l'infraction est imputée. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

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

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

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

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

239. (1) Every person who has

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

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

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

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

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée dans le cadre d'une procédure criminelle.

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

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

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

(8) Le saisi a le droit, à tout moment raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner les documents ou choses saisis conformément au présent article et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

239. (1) Toute personne qui, selon le cas :

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

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

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

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

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

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

(f) a fine of not less than 50%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded, or

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

(2) Every person who is charged with an offence described in subsection (1) may, at the election of the Attorney General of Canada, be prosecuted on indictment and, if convicted, is, in addition to any penalty otherwise provided, liable to

(a) a fine of not less than 100%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded; and

(b) imprisonment for a term not exceeding 5 years.

241. (1) Except as authorized by this section, no official shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; or

(c) knowingly use any taxpayer information otherwise than in the course of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or for the purpose for which it was provided under this section.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or other law, no official shall be required, in connection with any legal proceedings, to give or produce evidence relating to any taxpayer information.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of

(a) criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information or the preferring of an indictment, under an Act of Parliament; or

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

commet une infraction et, en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :

f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

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

(2) Toute personne accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation et, si elle est déclarée coupable, encourt, outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) d'une part, une amende de 100 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

b) d'autre part, un emprisonnement maximal de cinq ans.

241. (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire :

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel autrement que dans le cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

(2) Malgré toute autre loi ou règle de droit, nul fonctionnaire ne peut être requis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de témoigner, ou de produire quoi que ce soit, relativement à un renseignement confidentiel.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent :

a) ni aux poursuites criminelles, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou sur acte d'accusation, engagées par le dépôt d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation, en vertu d'une loi fédérale;

(b) any legal proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or any other Act of Parliament or law of a province that provides for the imposition or collection of a tax or duty.

. . .

(4) An official may

(a) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act*, solely for that purpose;

(b) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of determining any tax, interest, penalty or other amount that is or may become payable by the person, or any refund or tax credit to which the person is or may become entitled, under this Act or any other amount that is relevant for the purposes of that determination;

. . .

(5) An official may provide taxpayer information relating to a taxpayer

(a) to the taxpayer; and

(b) with the consent of the taxpayer, to any other person.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it

b) ni aux procédures judiciaires ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de toute autre loi fédérale ou provinciale qui prévoit l'imposition ou la perception d'un impôt, d'une taxe ou d'un droit.

. . .

(4) Un fonctionnaire peut :

a) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, mais uniquement à cette fin;

b) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à la détermination de quelque impôt, intérêt, pénalité ou autre montant payable par la personne, ou pouvant le devenir, ou de quelque crédit d'impôt ou remboursement auquel elle a droit, ou pourrait avoir droit, en vertu de la présente loi, ou de tout autre montant à prendre en compte dans une telle détermination;

. . .

(5) Un fonctionnaire peut fournir un renseignement confidentiel :

a) au contribuable en cause;

b) à toute autre personne, avec le consentement du contribuable en cause.

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces

is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judicial History

A. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 195 A.R. 251 (First voir dire)

éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de l'Alberta — Division criminelle* (1997), 195 A.R. 251 (premier voir-dire)

38

Judge Fradsham's extensive reasons were issued on February 25, 1997. Applying the "predominant purpose" test enunciated in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, he concluded at para. 50 that, during the April 11 meeting, Goy-Edwards was "seeking out confirmatory proof of her opinion that this was a matter of serious underreporting of income which should be prosecutorially [sic] pursued by Special Investigations". In his view, she was conducting an investigation, and not a mere audit.

Le 25 février 1997, le juge Fradsham a déposé des motifs étoffés. Appliquant le critère de l'« objet prédominant » formulé dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, le juge a conclu, au par. 50, qu'au cours de la rencontre du 11 avril, M^{me} Goy-Edwards [TRADUCTION] « cherchait à obtenir la confirmation de ce qui, selon elle, constituait un grave manque à déclarer relativement auquel les Enquêtes spéciales devraient engager des poursuites ». De l'avis du juge, M^{me} Goy-Edwards procédait alors à une enquête et non à une simple vérification.

39

Following *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Gen. Div.), Judge Fradsham held that s. 8 of the *Charter* precludes the use of s. 231.1(1) powers to further an investigation, in contradistinction to an audit. When an investigation of s. 239 offences is underway, the taxpayer who is the object of the investigation is entitled to exercise his or her right to silence. In this case, the appellant had been told that an audit was underway, and Judge Fradsham therefore took him to have been labouring under the presumption that he was obliged to co-operate. The failure to caution the appellant on that occasion violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The statements and documents obtained at the meeting were therefore "tainted", and reference to them in the Information to Obtain had to be removed. Judge Fradsham also excised certain paragraphs from the Information to Obtain on the basis of the fact that they were erroneous. What remained, in Judge Fradsham's opinion, did not provide "reasonable grounds to believe that in the place sought to be searched there are things that will afford evidence of the commission of an offence" (para. 106). As a result, the execution of the search and seizure violated the appellant's s. 8

Appliquant la décision *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Div. gén.), le juge Fradsham a affirmé que l'art. 8 de la *Charte* empêche l'exercice des pouvoirs prévus au par. 231.1(1) pour effectuer une enquête par opposition à une vérification. Lorsque se déroule une enquête relativement à des infractions prévues à l'art. 239, le contribuable visé peut exercer son droit de garder le silence. En l'espèce, on avait dit à l'appelant que l'on procédait à une vérification et le juge Fradsham a donc tenu pour acquis que l'appelant avait présumé qu'il était tenu de coopérer. L'omission de mettre l'appelant en garde lors de cette rencontre portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Les déclarations et les documents obtenus lors de la rencontre étaient donc « viciés » et il fallait en exclure toute mention dans la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. Le juge Fradsham a de plus retranché certains paragraphes de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition parce qu'ils comportaient des erreurs. De l'avis du juge Fradsham, ce qui restait ne donnait pas [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire que dans le lieu où l'on veut perquisitionner se trouvent des choses qui constitueront des éléments

Charter rights. Judge Fradsham excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

B. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 204 A.R. 123 (Second voir dire)

A second voir dire was held in June 1997, to determine the admissibility of the banking records obtained by the requirement letters. On this occasion, Judge Fradsham held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994, since by that date, “Ms. Goy-Edwards had already arranged for her supervisor to attend the April 11 meeting” (para. 5). In his view, Revenue Canada was unable to rely upon its “audit tools” from that day forward. Judge Fradsham found that all banking information obtained by way of s. 231.2(1) after March 16 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Court of Queen’s Bench of Alberta* (1998), 225 A.R. 225

Subsequent to Judge Fradsham’s granting a directed verdict of acquittal, the respondent sought to appeal this ruling, along with the earlier evidentiary rulings, to the Court of Queen’s Bench. In an oral judgment, the summary conviction appeal judge held that only the appellant’s utterances from the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain. Lutz J. found, at para. 12, that the other evidence (i.e., the banking documents, sales books, etc.), was “to a great extent already in the possession of the [respondent].” Excising the tainted allegations from the Information to Obtain, he found that the search warrant was still validly issued; therefore, no s. 8 breach occurred.

de preuve de la perpétration d’une infraction » (par. 106). C’est pourquoi l’exécution de la perquisition et de la saisie allait à l’encontre des droits que l’art. 8 garantit à l’appelant. Le juge Fradsham a écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

B. *Cour provinciale de l’Alberta — Division criminelle* (1997), 204 A.R. 123 (deuxième voir-dire)

En juin 1997, on a tenu un deuxième voir-dire pour établir l’admissibilité des registres bancaires obtenus à la suite des demandes péremptoires. Le juge Fradsham a alors décidé que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994 puisqu’à ce moment, [TRADUCTION] « M^{me} Goy-Edwards avait déjà pris des dispositions pour que son superviseur puisse assister à la rencontre du 11 avril » (par. 5). De l’avis du juge, à partir de ce moment-là, Revenu Canada ne pouvait plus avoir recours à ses [TRADUCTION] « mécanismes de vérification ». Le juge Fradsham a conclu que tous les renseignements bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) après le 16 mars devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (1998), 225 A.R. 225

L’intimée a formé un appel à la Cour du Banc de la Reine contre la décision du juge Fradsham d’accorder un verdict imposé d’acquiescement et ses décisions antérieures concernant la preuve. Dans un jugement rendu oralement, le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que seules les déclarations faites lors de la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au paragraphe 12 de ses motifs, le juge Lutz a précisé que les autres éléments de preuve (les documents bancaires, les registres de ventes, etc.) se trouvaient [TRADUCTION] « déjà en grande partie en possession de [l’intimée] ». Même après avoir retranché les allégations viciées de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition, le juge a conclu que le mandat de perquisition avait été validement décerné; il n’y avait donc pas eu violation de l’art. 8.

40

41

42 Lutz J. did, however, uphold Judge Fradsham's ruling on the bank statements obtained pursuant to the requirements, as well as his ruling on the application of s. 24(2) of the *Charter*.

D. *Court of Appeal of Alberta* (2000), 271 A.R. 263

43 Berger J.A., for the court, affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial. He held that only the appellant's statements ought to have been excluded from the Information to Obtain, pursuant to s. 7 of the *Charter*. The other documents and records were not "derivative evidence", and were admissible. Berger J.A. also upheld the warrant on amplification and found no s. 8 breach. He declined to find that the s. 7 breach was so egregious as to warrant excluding the evidence obtained by the searches under s. 24(2) of the *Charter*.

IV. Issues

44 This appeal raises the following specific issues:

1. Did the Court of Appeal of Alberta err in ruling the April 11, 1994 oral statements inadmissible?
2. Did the Court of Appeal of Alberta err in admitting the documents given to the auditors on April 11, 1994?
3. Did the Court of Appeal of Alberta err in finding that amplification saved the search warrant?
4. Should the banking records obtained under s. 231.2 of the ITA be excluded?

The respondent concedes the third issue, in light of *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65. And in our analysis, we have melded the others for the purposes of discussion.

Toutefois, le juge Lutz a confirmé la décision du juge Fradsham quant aux relevés bancaires obtenus en exécution des demandes péremptoires ainsi que celle portant sur l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

D. *Cour d'appel de l'Alberta* (2000), 271 A.R. 263

Le juge Berger, s'exprimant au nom de la cour, a confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires. À son avis, seules les déclarations de l'appelant auraient dû être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, en conformité avec l'art. 7 de la *Charte*. Les autres documents et registres ne constituaient pas une [TRADUCTION] « preuve dérivée » et étaient admissibles. Le juge Berger a également confirmé le mandat sur amplification et conclu à l'absence de violation de l'art. 8. Il a refusé de statuer que la gravité de la contravention à l'art. 7 justifiait d'écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus lors des perquisitions.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en statuant que les déclarations orales du 11 avril 1994 étaient inadmissibles?
2. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en admettant les documents remis aux vérificateurs le 11 avril 1994?
3. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en affirmant que le mandat de perquisition avait été validé par l'amplification?
4. Y a-t-il lieu d'exclure les registres bancaires obtenus en vertu de l'art. 231.2 de la LIR?

À la lumière de l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, l'intimée concède la troisième question. Dans notre analyse, nous avons fusionné les autres questions pour fins d'examen.

V. Analysis

The determination of this appeal will turn on the overarching questions set out in the first paragraph of these reasons. Is there an audit/investigation distinction under the ITA? Where is the line between the two functions drawn? To what extent do taxpayers under investigation for ITA offences benefit from the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*? Is a s. 8 violation made out where documents are obtained under colour of the ITA's "audit powers" after a prosecutorial investigation has commenced?

By way of introduction to these issues, it is useful to discuss the statutory context of the ITA, and whether s. 239 offences are properly considered regulatory or criminal for the purposes of *Charter* analysis. Second, we will turn to the *Charter* provisions at issue, and the manner in which they receive application. Third, we shall consider whether an audit/investigation distinction exists under the ITA, and whether ss. 231.1(1) and 231.2(1) can be employed for the investigation of a s. 239 offence. After answering that question, we will set out a test to determine those circumstances in which the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Finally, we will discuss the consequences under the *Charter* of an audit's having become a criminal investigation.

A. *Overview of the Statutory Context*

(1) The Income Tax Act

The ITA legislative scheme has received ample attention from this Court. While it is not necessary in this appeal to engage in a detailed review of ITA jurisprudence, in the interest of situating the statutory provisions at issue in their proper context, we shall commence our analysis with a brief overview of some important features of the Canadian income tax system and the manner in which it is administered.

V. Analyse

L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse aux questions primordiales formulées au premier paragraphe des présents motifs. Existe-t-il une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR? Où se situe la ligne de démarcation entre ces deux fonctions? Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête relative à des infractions à la LIR sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination par application de l'art. 7 de la *Charte*? Y a-t-il violation de l'art. 8 lorsque des documents sont obtenus sous le couvert des « pouvoirs de vérification » conférés par la LIR après le début d'une enquête criminelle?

En guise d'introduction à l'examen de ces questions, il s'avère utile d'examiner le contexte législatif de la LIR et de déterminer si les infractions créées par l'art. 239 sont à bon droit considérées comme de nature réglementaire ou criminelle pour fins d'analyse fondée sur la *Charte*. Deuxièmement, nous examinerons les dispositions en cause de la *Charte* et la façon dont elles sont appliquées. Troisièmement, nous déterminerons s'il existe une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR et si les par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être employés pour les besoins d'une enquête sur une infraction visée par l'art. 239. Après avoir répondu à cette question, nous formulerons un critère visant à établir dans quelles circonstances l'examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Enfin, nous examinerons les conséquences, au regard à la *Charte*, de la transformation d'une vérification en enquête criminelle.

A. *Vue d'ensemble du contexte législatif*

(1) La Loi de l'impôt sur le revenu

Notre Cour s'est prononcée abondamment sur le régime législatif établi par la LIR. Bien qu'il ne soit pas nécessaire dans le présent pourvoi de procéder à un examen détaillé de la jurisprudence touchant la LIR, nous commencerons notre analyse par un bref examen de certains aspects importants du régime fiscal canadien et de son processus d'application afin de situer les dispositions législatives en cause dans leur juste contexte.

45

46

47

48

Governments, indisputably, require revenue in order to finance their operations and to implement social programmes. Currently, the collection of federal income tax — a measure first introduced at that level during the First World War by *The Business Profits War Tax Act, 1916*, S.C. 1916, c. 11, and *The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, and thought to be temporary — comprises a crucial source of federal revenue, not to mention a crucial source of revenue for a good number of provincial governments (see *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), at para. 19, per Strayer J.A., whose dissenting reasons were affirmed by a unanimous panel of this Court: [1999] 1 S.C.R. 3). In this connection, because the ITA controls the manner in which federal income tax is calculated and collected, this Court has recognized it as being “essentially a regulatory statute”: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641, per Wilson J. (See also: La Forest J., concurring in the same case, at p. 650, where he described the ITA as “essentially of an administrative nature”; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 506, per La Forest J.; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 354, per Cory J.; *143471 Canada Inc. v. Québec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at p. 378, per Cory J.; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 46, per Lamer C.J. and Iacobucci J.) The ITA is both detailed and complex.

49

Every person resident in Canada during a given taxation year is obligated to pay tax on his or her taxable income, as computed under rules prescribed by the Act (ITA, s. 2; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23, at p. 32, per Laskin C.J.). The process of tax collection relies primarily upon taxpayer self-assessment and self-reporting: taxpayers are obliged to estimate their annual income tax payable (s. 151), and to disclose this estimate to the CCRA in the income return that they are required to file (s. 150(1)). (See also in this regard: *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 636 and 648; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed.

Les gouvernements ont indiscutablement besoin de revenus pour financer leurs activités et la mise en œuvre des programmes sociaux. À l’heure actuelle, la perception de l’impôt fédéral sur le revenu — mesure établie initialement à cet échelon au cours de la Première Guerre mondiale par la *Loi taxant les Profits d’affaires pour la guerre, 1916*, S.C. 1916, ch. 11, et par la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, et perçue comme provisoire — constitue non seulement une source fondamentale de revenus fédéraux, mais aussi une source fondamentale de revenus pour un grand nombre de gouvernements provinciaux (voir *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), par. 19, le juge Strayer, dont les motifs dissidents ont été confirmés par notre Cour à l’unanimité : [1999] 1 R.C.S. 3). Dans cet ordre d’idées, du fait que la LIR contrôle la façon dont l’impôt fédéral est calculé et perçu, notre Cour a reconnu que cette loi est « essentiellement une mesure de réglementation » : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641, le juge Wilson. (Voir aussi à la p. 650 les motifs concordants du juge La Forest qui affirme que la LIR est « essentiellement de nature administrative » ; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 506, le juge La Forest ; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, p. 354, le juge Cory ; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, p. 378, le juge Cory ; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 46, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci.) La LIR est à la fois détaillée et complexe.

Toute personne résidant au Canada au cours d’une année d’imposition donnée est tenue de payer un impôt sur son revenu imposable, calculé selon les règles prescrites par la Loi (LIR, art. 2; *Smerchanski c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23, p. 32, le juge en chef Laskin). Le processus de perception des impôts repose principalement sur l’autocotisation et l’auto-déclaration : tous les contribuables sont tenus d’estimer le montant de leur impôt annuel payable (art. 151) et d’en informer l’ADRC dans la déclaration de revenu qu’ils sont tenus de produire (par. 150(1)). (Voir aussi à ce sujet l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 636 et 648; V. Krishna, *The Fundamentals*

2000), at p. 22.) Upon receipt of a taxpayer's return, the Minister is directed, "with all due dispatch", to conduct an examination and original assessment of the amount of tax to be paid or refunded, and to remit a notice of assessment to this effect (ss. 152(1) and 152(2)). Subject to certain time limitations, the Minister may subsequently reassess or make an additional assessment of a taxpayer's yearly tax liability (s. 152(4)).

While voluntary compliance and self-assessment comprise the essence of the ITA's regulatory structure, the tax system is equipped with "persuasive inducements to encourage taxpayers to disclose their income": Krishna, *supra*, at p. 767. In this connection, Krishna writes at p. 772, the "system is 'voluntary' only in the sense that a taxpayer must file income tax returns without being called upon to do so by the Minister". For example, in promotion of the scheme's self-reporting aspect, s. 162 of the ITA creates monetary penalties for persons who fail to file their income returns. Likewise, to encourage care and accuracy in the self-assessment task, s. 163 of the Act sets up penalties of the same sort for persons who repeatedly fail to report required amounts, or who are complicit or grossly negligent in the making of false statements or omissions.

It follows from the tax scheme's basic self-assessment and self-reporting characteristics that the success of its administration depends primarily upon taxpayer forthrightness. As Cory J. stated in *Knox Contracting*, *supra*, at p. 350: "The entire system of levying and collecting income tax is dependent upon the integrity of the taxpayer in reporting and assessing income. If the system is to work, the returns must be honestly completed." It is therefore not surprising that the Act exhibits a concern to limit the possibility that a taxpayer may attempt "to take advantage of the self-reporting system in order to avoid paying his or her full share of the tax burden by violating the rules set forth in the Act" (*McKinlay Transport*, *supra*, at p. 637). The nature of the tax

of Canadian Income Tax (6^e éd. 2000), p. 22.) Dès qu'il reçoit la déclaration de revenu d'un contribuable, le ministre l'examine « avec diligence », fixe le montant de l'impôt à payer ou celui du remboursement et envoie au contribuable un avis de cotisation à cet effet (par. 152(1) et (2)). Sous réserve de certaines restrictions, le ministre peut par la suite établir une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt du contribuable pour une année d'imposition (par. 152(4)).

Bien que l'observation volontaire de la loi et l'autocotisation constituent les éléments essentiels du régime réglementaire de la LIR, le système fiscal est doté de [TRADUCTION] « mécanismes de persuasion visant à inciter les contribuables à déclarer leurs revenus » : Krishna, *op. cit.*, p. 767. À cet égard, Krishna affirme à la p. 772 que [TRADUCTION] « le système est "volontaire" seulement en ce sens que le contribuable doit produire une déclaration de revenu sans que le ministre ne l'invite à le faire ». Par exemple, pour favoriser l'aspect d'autodéclaration du régime, l'art. 162 de la LIR établit des peines pécuniaires pour les personnes qui omettent de produire leur déclaration de revenu. De même, pour inciter le contribuable à faire preuve de minutie et d'exactitude dans le cadre de l'autocotisation, l'art. 163 de la Loi prévoit le même type de pénalités pour les personnes qui omettent de façon répétée de déclarer un montant à inclure, qui sont complices d'un faux énoncé ou d'une omission ou qui commettent une faute lourde à cet égard.

Il découle des caractéristiques fondamentales de l'autocotisation et de l'autodéclaration que le succès de l'application du régime fiscal repose avant tout sur la franchise du contribuable. Comme le juge Cory l'a affirmé dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 350 : « Le système d'imposition dépend entièrement de l'intégrité du contribuable qui déclare et évalue son revenu. Pour que le système fonctionne, les déclarations doivent être remplies honnêtement ». Il n'est donc pas étonnant que la Loi tente de restreindre le risque qu'un contribuable essaie de « tirer profit du régime d'autodéclaration pour tenter d'éviter de payer sa pleine part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la Loi » (*McKinlay Transport*, précité, p. 637).

50

51

collection scheme, however, creates an obstacle in this regard:

Often it will be impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation. A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system may be maintained.

(*McKinlay Transport, supra*, at p. 648)

Accordingly, “the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers’ returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns” (*ibid.*).

52

The sections within Part XV of the ITA provide the Minister with “Administration and Enforcement” powers. They also impose reciprocal obligations upon taxpayers: for example, in furtherance of the overall reporting and verification scheme, s. 230(1) of the ITA requires all taxpayers, for various specified periods of time, to maintain books and records of account at their place of business or residence in Canada. These documents must be kept “in such form and containing such information as will enable the taxes payable under [the ITA] or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined”.

53

The provisions that are central to the instant appeal vest the Minister with extensive powers that may be used “for any purpose related to the administration or enforcement” of the ITA. Section 231.1(1) continues the inspection power that was introduced in *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1944, c. 43, s. 11. Paragraph (a) allows a person authorized by the Minister to “inspect, audit or examine” a wide array of documents, reaching beyond those that the ITA otherwise requires the taxpayer to prepare and maintain. In the course of the inspection, audit or examination, para. (c) provides that the authorized person may enter into any premises or place that is not a dwelling-house; furthermore, para. (d) imposes a correlative duty upon persons at the premises or place to provide

Toutefois, la nature du régime de perception de l’impôt crée un obstacle à cet égard :

Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l’intégrité du régime fiscal.

(*McKinlay Transport*, précité, p. 648)

Par conséquent, « le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d’examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations » (*ibid.*).

Les dispositions de la partie XV de la LIR confèrent au ministre des pouvoirs « [d’a]pplication et [d’e]xécution ». Elles imposent également aux contribuables des obligations réciproques : par exemple, pour le bon fonctionnement général du régime de déclaration et de vérification, le par. 230(1) de la LIR exige de tout contribuable qu’il tienne, pendant diverses périodes prescrites, des registres et des livres de comptes à son lieu d’affaires ou de résidence au Canada. Ces documents doivent être tenus « dans la forme et renferm[er] les renseignements qui permettent d’établir le montant des impôts payables en vertu de la [LIR], ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues ».

Les dispositions au cœur du présent pourvoi confèrent au ministre de vastes pouvoirs « pour l’application et l’exécution » de la LIR. Le paragraphe 231.1(1) confirme le pouvoir d’inspection établi dans la *Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1944, ch. 43, art. 11. Aux termes de l’al. a), une personne autorisée par le ministre peut « inspecter, vérifier ou examiner » une vaste gamme de documents qui va au-delà de ceux que la LIR oblige par ailleurs le contribuable à préparer et à conserver. L’alinéa c) prévoit qu’au cours de l’inspection, de la vérification ou de l’examen, la personne autorisée peut pénétrer dans un lieu qui n’est pas une maison d’habitation; par ailleurs, l’al. d) impose l’obligation correlative à toute personne présente sur les lieux de fournir « toute l’aide

“all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act”. (Section 231.1(2) requires that, absent the occupant’s consent, a judicial warrant be obtained for entry into a dwelling-house.)

The requirement power in s. 231.2(1) boasts an even longer pedigree: its origins are found in s. 8 of the original *Income War Tax Act, 1917*. By this power, the Minister may compel any person to produce any information or any document. Again, the scope of this power “reaches beyond the strict filing and maintenance requirements of the Act” (*McKinlay Transport, supra*, at p. 642, *per* Wilson J.).

To be effective, self-enforcing regulatory schemes require not only resort to adequate investigation, but also the existence of effective penalties: *Thomson Newspapers, supra*, at p. 528; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 250, *per* Cory J.; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, at p. 421, *per* La Forest J. In the ITA context, see *Hydro-Québec, supra*, at para. 46, and *Knox Contracting, supra*, at p. 355. To this end, s. 238(1) sets out a summary conviction offence that is triggered by non-compliance with the filing requirements or with other of the Act’s provisions — including ss. 231.1(1) and 231.2(1), and the documentary retention rules imposed by s. 230(1). Section 238’s purpose is inherently pragmatic or instrumental: the offence exists “not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act” (*R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756; *McKinlay Transport, supra*, at p. 641; *143471 Canada, supra*, at p. 378).

Section 239(1) creates a number of additional offences. It speaks of false or deceptive statements, destruction or alteration of documents, false or deceptive documents, wilful evasion of income tax, and conspiracy to engage in prohibited activities. In Cory J.’s words from *Knox Contracting, supra*, at

raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l’application et l’exécution de la présente loi ». (Le paragraphe 231.1(2) prévoit que l’on ne peut pénétrer dans une maison d’habitation sans la permission de l’occupant, à moins d’y être autorisé par un mandat décerné par un juge.)

Le pouvoir de demande péremptoire conféré par le par. 231.2(1) a des origines encore plus anciennes : il remonte à l’art. 8 de la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*. Le ministre peut exercer ce pouvoir pour contraindre toute personne à produire des renseignements ou des documents, quels qu’ils soient. Encore une fois, l’étendue de ce pouvoir « va au-delà des exigences strictes de la Loi en matière de dépôt et de tenue de documents » (*McKinlay Transport, précité*, p. 642, le juge Wilson).

L’efficacité d’un régime réglementaire dont l’existence même suffit à le faire observer exige non seulement la tenue d’enquêtes appropriées, mais aussi l’existence de sanctions efficaces : *Thomson Newspapers, précité*, p. 528; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 250, le juge Cory; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 421, le juge La Forest. Dans le contexte de la LIR, voir *Hydro-Québec, précité*, par. 46, et *Knox Contracting, précité*, p. 355. À cette fin, le par. 238(1) prévoit que le non-respect des exigences de production ou d’autres dispositions de la Loi — dont les par. 231.1(1) et 231.2(1) ainsi que les règles de conservation des documents imposées par le par. 230(1) — constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L’objet de l’art. 238 est fondamentalement pragmatique ou instrumental : la raison d’être de ces infractions « n’est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d’imposer le respect de la Loi » (*R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, p. 756; *McKinlay Transport, précité*, p. 641; *143471 Canada, précité*, p. 378).

Le paragraphe 239(1) crée plusieurs infractions additionnelles. Il vise quiconque fait des déclarations fausses ou trompeuses, détruit ou altère des documents, fait des documents faux ou trompeurs, élude volontairement le paiement d’un impôt ou conspire avec une personne pour accomplir des

54

55

56

pp. 349-50: “Those who do evade the payment of income tax not only cheat the State of what is owing to it, but inevitably increase the burden placed upon the honest taxpayers.” As a consequence, the s. 239(1) offences carry rather significant penalties. They may be proceeded on by way of summary conviction or by way of indictment at the election of the Attorney General (s. 239(2)).

actes interdits. Selon le juge Cory dans l’arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 349-350 : « Ceux qui éludent le paiement de l’impôt sur le revenu frustrent non seulement l’État de ce qu’ils lui doivent, mais ils augmentent inévitablement le fardeau des contribuables honnêtes ». C’est pourquoi les infractions prévues au par. 239(1) sont assorties de peines assez lourdes. Tout contrevenant peut, au choix du procureur général, être poursuivi par voie de procédure sommaire ou de mise en accusation (par. 239(2)).

57

As with the s. 238 offence, this Court has recognized the centrality of s. 239 to the income tax régime: see Strayer J.A.’s reasons, endorsed on appeal to this Court, in *Del Zotto*, *supra*, at para. 23, where he described s. 239 as being “designed to ensure compliance with the self-reporting requirements of the *Income Tax Act*”. Moreover, the presence in the ITA of s. 239 does nothing to alter the regulatory or administrative nature of the inspection and requirement powers, even though s. 239 “relate[s] to conduct that might well be discovered by the[ir] exercise” (*Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 516, *per* La Forest J. See also *Comité paritaire*, *supra*, at p. 421). As already mentioned, it is under ss. 239(1)(a) and (d) that the appellant in the present case was ultimately charged.

Comme elle l’a fait dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 238, notre Cour a reconnu l’importance de l’art. 239 dans le régime fiscal : voir les motifs du juge Strayer, adoptés par notre Cour, dans *Del Zotto*, précité, par. 23, dans lesquels il affirme que la règle énoncée à l’art. 239 est « conçue pour garantir le respect des exigences d’auto-déclaration de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ». De plus, la présence de l’art. 239 dans la LIR ne modifie en rien le caractère réglementaire ou administratif des pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire même si l’art. 239 « se rapport[e] à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par [leur] exercice » (*Thomson Newspapers*, précité, p. 516, le juge La Forest. Voir aussi l’arrêt *Comité paritaire*, précité, p. 421). Comme je l’ai déjà mentionné, l’appellant a finalement été inculpé des infractions prévues aux al. 239(1)a) et d).

58

Having discussed the general statutory context, we will now deal specifically with the important distinction between regulatory and criminal statutory provisions.

Ayant abordé l’ensemble du contexte législatif, nous examinerons maintenant plus particulièrement l’importante distinction qui existe entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle.

(2) The Regulatory vs. Criminal Distinction

(2) La distinction entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle

59

The parties have engaged in a spirited debate over the proper contextualization of the ITA offences for the purposes of *Charter* analysis. The respondent defines the ITA as comprising an “integrated regulatory scheme”, the implication being that a person accused of offences thereunder attracts little *Charter* protection. Meanwhile, the appellants in both the present case and its companion, *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74, as well as the intervener,

Les parties ont eu un débat animé sur la contextualisation appropriée des infractions à la LIR pour fins d’analyse fondée sur la *Charte*. L’intimée définit la LIR comme une loi comportant [TRADUCTION] « un régime de réglementation intégré », ce qui implique qu’une personne accusée d’infractions sous le régime de la Loi bénéficie d’une protection bien tenue en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, les appelants, tant en l’espèce que dans l’affaire

the Criminal Lawyers' Association (Ontario), submit that the Act is essentially a "dual-purpose statute" and that the s. 239 offences constitute "quintessential criminal law". It follows in the appellant Jarvis's submission that, where tax avoidance or evasion is being investigated, "the taxpayer must be afforded the Charter protection that is the right of any Canadian suspected or accused of a crime" (appellant's factum, at para. 33). It is plain that the s. 239 offences are no trifling matter as this provision bears at least the formal hallmarks of criminal legislation, namely, prohibitions coupled with penalties (see *Hydro-Québec, supra*, at para. 35). They may be prosecuted upon indictment, and conviction can carry up to five years' incarceration. It is because of these factors that the penal sanctions in s. 239 are, in certain contexts, referred to as "criminal".

That is not to say, however, that they are "purely" or "quintessentially" criminal for Charter purposes. The cases cited in support of the appellant's favoured characterization are of limited relevance. The present case does not consider a number of issues such as: whether the ITA offences are constitutionally supportable under the federal criminal law power (*Hydro-Québec, supra*); the characterization of s. 239 offences for the purpose of determining the appeal procedure from the issuance of a s. 231.3 search warrant (*Knox Contracting, supra*); or whether making false statements on an income tax return constitutes a "criminal offence" under provincial legislation, so as to render revocable a person's licence to practice as a public accountant (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). In any case, the contextual approach to Charter application is not a mere exercise in taxonomy.

connexe *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74, et la Criminal Lawyers' Association (Ontario), intervenante, font valoir que la Loi est essentiellement une [TRADUCTION] « loi à double objet » et que les infractions prévues à l'art. 239 constituent [TRADUCTION] « du droit criminel sous sa forme la plus pure ». Suivant la thèse de l'appelant, M. Jarvis, il s'ensuit que dans le cas où il y a enquête sur une question d'évitement ou de fraude en matière fiscale, [TRADUCTION] « le contribuable doit bénéficier de la protection accordée par la Charte à tout Canadien soupçonné ou accusé d'un crime » (mémoire de l'appelant, par. 33). De toute évidence, les infractions prévues à l'art. 239 ne sont pas sans importance puisque cette disposition présente au moins les caractéristiques formelles de la législation criminelle, savoir des interdictions assorties de peines (voir *Hydro-Québec, précité*, par. 35). Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites par voie de mise en accusation et entraîner un emprisonnement maximal de cinq ans advenant une déclaration de culpabilité. C'est à cause de ces facteurs que les sanctions pénales prévues à l'art. 239 sont, dans certains contextes, qualifiées de sanctions « criminelles ».

Toutefois, cela ne signifie pas que pour l'application de la Charte ces infractions sont « purement » de nature criminelle ou qu'elles constituent du droit criminel dans « sa forme la plus pure ». Les arrêts cités à l'appui de la qualification que privilégie l'appelant présentent une pertinence limitée. Le présent pourvoi ne touche pas certaines questions, dont celles de savoir si les infractions créées par la LIR sont constitutionnellement justifiables en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel (*Hydro-Québec, précité*), comment il faut qualifier les infractions prévues à l'art. 239 afin de déterminer la procédure d'appel applicable contre la délivrance d'un mandat de perquisition en application de l'art. 231.3 (*Knox Contracting, précité*) ou, enfin, si de fausses déclarations dans une déclaration de revenu constituent une « infraction criminelle » au sens de la loi provinciale, emportant la révocabilité du permis d'exercice de la profession d'expert-comptable de la personne qui en est l'auteur. (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). Quoi qu'il en soit, l'approche contextuelle à l'égard de l'application de la Charte ne se résume pas à un simple exercice de taxinomie.

61

As La Forest J. stated in *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 209, “what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context”. In this connection, differing levels of *Charter* protection may obtain under the same statute, depending on the circumstances. Compare *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Thomson Newspapers*, *supra*: each dealt with the former *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which, although it created penal offences, was recognized on the whole to embody “a complex scheme of economic regulation” (see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676, *per* Dickson C.J.; *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 648-49). The provisions impugned in *Hunter v. Southam* authorized entry onto private premises and hence attracted a much greater expectation of privacy than the provision ordering the production of documents in *Thomson Newspapers*.

Comme le juge La Forest l’a mentionné dans l’arrêt *Wholesale Travel*, précité, p. 209, « ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu’elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier ». À cet égard, la même loi peut, selon les circonstances, emporter des niveaux différents de protection sous le régime de la *Charte*. Comparer *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, avec *Thomson Newspapers*, précité : chacun de ces arrêts portait sur l’application de l’ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui, même si elle créait des infractions pénales, était reconnue dans l’ensemble comme comportant « un système de réglementation économique complexe » (voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 676, le juge en chef Dickson; *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 648-649). Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, les dispositions attaquées autorisaient l’entrée dans des lieux privés, de sorte que l’attente en matière de respect de la vie privée était plus grande que dans le cas de la disposition ordonnant la production de documents en cause dans l’arrêt *Thomson Newspapers*.

62

In this measure, the ITA presents no different consideration. Wilson J. acknowledged as much in *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 649, where she suggested that greater s. 8 protection would obtain under the ITA if tax officials were to enter onto private property in order to conduct a search or seizure for the purposes of the Act, rather than to compel the same documentation by way of requirement letters (see para. 53 of these reasons re: s. 231.1(2); see also *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 443-44; *Del Zotto*, *supra*, at paras. 12-13, *per* Strayer J.A. (dissenting)). In sum, the ITA is a regulatory statute, but non-compliance with its mandatory provisions can in some cases lead to criminal charges being laid. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. Stiff jail terms can result from a conviction. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis in these cases, the various regulatory and

À ce point de vue, la LIR ne présente pas de considération différente. C’est ce qu’a reconnu le juge Wilson dans *McKinlay Transport*, précité, p. 649, où elle a laissé entendre que la LIR ferait entrer en jeu une plus grande protection en vertu de l’art. 8 si les agents du fisc devaient pénétrer dans la propriété d’un particulier pour y faire une fouille, une perquisition ou une saisie pour l’application de la Loi, plutôt que forcer la production de ces mêmes documents au moyen de demandes péremptoires (voir le par. 53 des présents motifs concernant le par. 231.1(2); voir aussi *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 443-444; *Del Zotto*, précité, par. 12-13, le juge Strayer, dissident). Bref, la LIR est une loi de nature réglementaire, mais le non-respect de ses dispositions impératives peut dans certains cas donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une déclaration de culpabilité peut donner

penal considerations must all exert some influence.

B. Contextual Approach to Charter Rights

At this stage, it is a firmly established principle that the *Charter* must receive contextual application. The scope of a particular *Charter* right or freedom may vary according to the circumstances: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, *per* Wilson J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 644; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 793, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting); *143471 Canada*, *supra*, at p. 347 (*per* Lamer C.J.) and at pp. 361-62 (*per* La Forest J., dissenting); *Comité paritaire*, *supra*, at p. 420, *per* La Forest J.

For present purposes, where ss. 7 and 8 of the *Charter* are at issue, it is instructive to note both that the requirements of fundamental justice relevant to the former section "are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked" (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.) and that context will determine the expectation of privacy that one can reasonably expect the latter section to protect (*Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 495-96, *per* Wilson J., dissenting, and at p. 506, *per* La Forest J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 645 and 647; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 478, *per* Cory J.; *Baron*, *supra*, at p. 436, *per* Sopinka J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, *supra*, at para. 51, *per* Sopinka and Iacobucci JJ.).

It is worth repeating that the appellant does not attack the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, his argument is that the admission into evidence in tax evasion proceedings of statements and documents that were compelled by Revenue Canada officials under these sections was a violation of his rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*. He thus argues that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In *McKinlay*

lieu à des peines d'emprisonnement sévères. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée, dans ces cas, sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

B. L'approche contextuelle à l'égard des droits garantis par la Charte

Il est maintenant solidement établi que la *Charte* doit être interprétée suivant une approche contextuelle. L'étendue d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* peut varier selon les circonstances : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356, le juge Wilson; *McKinlay Transport*, précité, p. 644; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 793, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente); *143471 Canada*, précité, p. 347 (le juge en chef Lamer) ainsi que p. 361-362 (le juge La Forest, dissident); *Comité paritaire*, précité, p. 420, le juge La Forest.

Il est intéressant de noter, pour les besoins de notre analyse, que lorsque les art. 7 et 8 de la *Charte* sont en cause, les exigences de la justice fondamentale propres à l'art. 7 « ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361, le juge La Forest) et que le contexte déterminera le degré de respect de la vie privée auquel une personne peut raisonnablement s'attendre en application de l'art. 8 (*Thomson Newspapers*, précité, p. 495-496, le juge Wilson, dissidente, et p. 506, le juge La Forest; *McKinlay Transport*, précité, p. 645 et 647; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 478, le juge Cory; *Baron*, précité, p. 436, le juge Sopinka; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, par. 51, les juges Sopinka et Iacobucci).

Il vaut la peine de rappeler que l'appellant ne conteste pas la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il plaide plutôt que l'admission en preuve, dans une poursuite pour fraude fiscale, de déclarations et documents que les agents de Revenu Canada ont obtenu par la contrainte au moyen de ces dispositions a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*. Il soutient donc que ces éléments de preuve doivent être

63

64

65

Transport, supra, this Court considered whether the predecessor provision to s. 231.2, employed in conjunction with an income tax audit, infringed s. 8 of the *Charter*. Wilson J. held that, although the provision authorized a “seizure” for *Charter* purposes, it provided “the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected” (p. 649). Wilson J. noted that the taxpayer’s privacy interest in the compelling records was also relatively weak, and ruled that the provision was constitutional. Faced with the *McKinlay Transport* decision, the appellant did not raise the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1) at his trial, but instead invoked s. 24(2) of the *Charter* in order to “deprive from the Crown (for prosecution purposes) the fruits of their [*sic*] deception” (appellant’s factum, at para. 45).

(1) Section 7

66

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

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

A court conducting an analysis under s. 7 must first determine whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination thereof. Next, the court must identify the relevant principle or principles of fundamental justice and, finally, determine whether the deprivation is in accordance with this principle or principles.

67

It is beyond doubt that the appellant’s s. 7 liberty interest is engaged by the introduction of statutorily compelled information at his trial for the s. 239 offences, owing to the threat of imprisonment on conviction: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, *per* Lamer J. (as he then was); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The relevant principle of fundamental justice in the present case is the principle against self-incrimination, an elemental canon of the Canadian criminal justice system,

écartés par application du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, notre Cour s’est demandé si la disposition qui a précédé l’art. 231.2, appliquée dans le cadre d’une vérification fiscale, contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. Selon le juge Wilson, même si la disposition en question autorisait une « saisie » visée par la *Charte*, elle était « la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (p. 649). Le juge Wilson a également précisé que le droit du contribuable au respect de sa vie privée à l’égard de documents dont la production peut être exigée est relativement faible et elle a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Compte tenu de l’arrêt *McKinlay Transport*, l’appelant n’a pas soulevé la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1) lors du procès, mais il a plutôt invoqué le par. 24(2) de la *Charte* afin de [TRADUCTION] « priver le ministère public (pour les besoins de la poursuite) des fruits de sa tromperie » (mémoire de l’appelant, par. 45).

(1) L’article 7

L’article 7 de la *Charte* prévoit :

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.

Lorsqu’il procède à une analyse fondée sur l’art. 7, le tribunal doit tout d’abord déterminer s’il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces trois droits. Il doit ensuite identifier le ou les principes de justice fondamentale applicables et, enfin, déterminer si l’atteinte est portée en conformité avec ce ou ces principes.

L’appelant risquant l’emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il est indubitable que son droit à la liberté garanti par l’art. 7 entre en jeu lorsqu’on dépose, à son procès sur des infractions prévues à l’art. 239, des renseignements obtenus par la contrainte dans l’exercice de pouvoirs légaux : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. Le principe de justice fondamentale applicable en

standing for the notion that individuals should not be conscripted by the state to promote a self-defeating purpose: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 81, *per Iacobucci J.* This Court has clearly established that the principle against self-incrimination finds residual expression under s. 7: *Thomson Newspapers, supra*; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577, *per Lamer C.J.*; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 256, *per Lamer C.J.*; *S. (R.J.)*, *supra*; *Branch, supra*; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

In giving expression to this principle, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled: *Jones, supra*, at p. 257; *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100; *Fitzpatrick, supra*, at paras. 21 and 24; *White, supra*, at para. 45. A court must begin “on the ground”, with a concrete and contextual analysis of all the circumstances, in order to determine whether or not the principle against self-incrimination is actually engaged: *Fitzpatrick*, at para. 25; *White*, at para. 46. This analysis necessarily involves a balancing of principles. One must, in assessing the limits on compellability demanded by the principle against self-incrimination, consider the opposing principle of fundamental justice suggesting that relevant evidence should be available to the trier of fact in a search for truth: *S. (R.J.)*, at para. 108, *per Iacobucci J.* These competing interests will often be brought to the foreground in regulatory contexts, where the procedures being challenged have generally been designed (and are employed) as part of an administrative scheme in the public interest: *Fitzpatrick*, at para. 27. As the Court stated in *White*, at para. 48:

In some contexts, the factors that favour the importance of the search for truth will outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state. This was the case, for example, in *Fitzpatrick, supra*, where the Court emphasized the relative absence of true state coercion, and the necessity of acquiring

l'espèce est celui interdisant l'auto-incrimination, règle essentielle du système de justice criminelle au Canada, selon lequel un particulier ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 81, le juge Iacobucci. Notre Cour a clairement établi que le principe interdisant l'auto-incrimination confère une teneur résiduelle à l'art. 7 : *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577, le juge en chef Lamer; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 256, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité; *Branch*, précité; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

Toutefois, dans l'expression de ce principe, l'art. 7 n'établit pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation de renseignements dans tous les contextes où leur production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi : *Jones*, précité, p. 257; *S. (R.J.)*, précité, par. 96-100; *Fitzpatrick*, précité, par. 21 et 24; *White*, précité, par. 45. Le tribunal doit adopter une « approche pragmatique » en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation pour déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est déclenchée : *Fitzpatrick*, par. 25; *White*, par. 46. Cette analyse comporte nécessairement une pondération des principes. Pour déterminer quelles restrictions à la contraignabilité découlent du principe interdisant l'auto-incrimination, il faut examiner le principe opposé de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité : *S. (R.J.)*, par. 108, le juge Iacobucci. Ces intérêts opposés joueront souvent un rôle de premier plan dans un contexte de réglementation où les procédures contestées ont généralement été conçues (et sont utilisées) dans le cadre d'un régime administratif et dans l'intérêt du public : *Fitzpatrick*, par. 27. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *White*, par. 48 :

Dans certains cas, les facteurs tenant à l'importance de la recherche de la vérité l'emporteront sur les facteurs tenant à la protection de la personne contre la contrainte induite de l'État. C'est ce qui s'est produit par exemple dans *Fitzpatrick*, précité, où notre Cour a souligné l'absence relative de véritable contrainte de la part de l'État

statements in order to maintain the integrity of an entire regulatory regime. In other contexts, a reverse situation will arise, as was the case, for example, in *Thomson Newspapers, supra, S. (R.J.), supra*, and *Branch, supra*. In every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement.

(2) Section 8

69 Section 8 of the *Charter* provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

For the application of s. 8, there must first be a search or seizure. Subsequently, it must be determined whether the search or seizure was unreasonable. Like the Fourth Amendment of the U.S. Constitution, s. 8 protects a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam, supra*, at p. 159, *per Dickson J.* (as he then was). What is reasonable, however, is context-specific. In the application of s. 8, "an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (*id.*, at pp. 159-60).

70 In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, Sopinka J. listed several factors that will determine the parameters of the protection afforded by s. 8 with respect to informational privacy:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

71 The context-specific approach to s. 8 inevitably means, as Wilson J. noted in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 495, that "[a]t some point the

ainsi que la nécessité d'obtenir les déclarations en cause afin de préserver l'intégrité de tout un régime de réglementation. Dans d'autres cas, c'est l'inverse qui se produit, comme cela est arrivé, par exemple, dans *Thomson Newspapers, S. (R.J.), et Branch*, précités. Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration.

(2) L'article 8

L'article 8 de la *Charte* prévoit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Pour que l'art. 8 reçoive application, il doit y avoir eu fouille, perquisition ou saisie. Il faut ensuite déterminer si la fouille, perquisition ou saisie était abusive. À l'instar du Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, l'art. 8 protège une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef). Cependant, ce qui est raisonnable est propre au contexte. Dans l'application de l'art. 8, « il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (*id.*, p. 159-160).

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, le juge Sopinka a dressé une liste de plusieurs facteurs qui détermineront les paramètres de la protection offerte par l'art. 8 en ce qui concerne les aspects informationnels de la vie privée :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

L'approche propre au contexte à l'égard de l'art. 8 signifie inévitablement, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*,

individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed". Naturally, if a person has but a minimal expectation with respect to informational privacy, this may tip the balance in the favour of the state interest: *Plant, supra; Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88.

Generally, an individual has a diminished expectation of privacy in respect of records and documents that he or she produces during the ordinary course of regulated activities: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 507, *per La Forest J.*; *143471 Canada, supra*, at p. 378, *per Cory J.*; *Comité paritaire, supra*, at pp. 420-21; *Fitzpatrick, supra*, at para. 49. In the particular context of the self-assessment and self-reporting income tax regime, a taxpayer's privacy interest in records that may be relevant to the filing of his or her tax return is relatively low: *McKinlay Transport, supra*, at pp. 649-50.

C. *Audit vs. Investigation*

As mentioned above, the *Charter* issues in this appeal touch upon the admission into evidence in a s. 239 prosecution of documents and utterances compelled by ss. 231.1(1) and 231.2(1). This problem did not arise in *McKinlay Transport*, where the appellants were charged under s. 238 for failing to comply with requirement letters, but there was no allegation that the requirements were themselves being used to further the investigation of an offence. In brief, this Court has yet to consider the extent to which the use of ss. 231.1(1) and 231.2(1) to build a prosecutorial case infringes a taxpayer's constitutional rights.

(1) Submissions of the Parties

The submissions of the parties in this regard stand in stark opposition. The parties seeking to

précité, p. 495, que « vient [. . .] un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document ». De toute évidence, si une personne n'a qu'une attente minimale pour ce qui est des aspects informationnels de sa vie privée, cela pourrait faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'État : *Plant, précité; Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88.

Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée dans le cas de registres et documents qu'il produit dans le cours normal d'activités réglementées : voir par ex. *Thomson Newspapers, précité*, p. 507, le juge La Forest; *143471 Canada, précité*, p. 378, le juge Cory; *Comité paritaire, précité*, p. 420-421; *Fitzpatrick, précité*, par. 49. Dans le contexte particulier du régime fiscal d'autocotisation et d'autodéclaration, le droit d'un contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration de revenu est relativement faible : *McKinlay Transport, précité*, p. 649-650.

C. *Vérification et enquête*

Comme je l'ai mentionné, les questions relatives à la *Charte* en l'espèce se rapportent à l'admission en preuve, dans une poursuite relative à l'art. 239, de documents et déclarations obtenus par la contrainte sous le régime des par. 231.1(1) et 231.2(1). Ce problème ne s'est pas présenté dans l'affaire *McKinlay Transport*, où les appelants avaient été inculpés sous le régime de l'art. 238 de ne pas avoir obtempéré à des demandes péremptoires, mais où il n'était pas allégué que ces demandes mêmes avaient été utilisées pour les besoins de l'enquête relative à une infraction. En résumé, notre Cour n'a pas encore eu à déterminer dans quelle mesure l'utilisation des par. 231.1(1) et 231.2(1) pour fins de constitution d'un dossier de poursuite porte atteinte aux droits constitutionnels du contribuable.

(1) Les prétentions des parties

Les prétentions des parties sur ce point sont diamétralement opposées. Les parties qui s'appuient

72

73

74

rely upon the distinction describe ss. 231.1(1) and 231.2(1) as “audit” functions, i.e., fundamentally directed towards compliance and civil reassessment concerns. The appellant submits that the Crown can no longer use the ss. 231.1(1) and 231.2(1) “audit powers” from the point at which its predominant purpose is to investigate a s. 239 offence. The Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and the appellant in the companion case, *Ling*, submit that the inspection and requirement powers may be used at any time, but that a person accused of a s. 239 offence must benefit from use and derivative use immunity relative to any information that is compelled from him during the audit process.

sur la distinction décrivent les fonctions énumérées aux par. 231.1(1) et 231.2(1) comme des fonctions de « vérification », c.-à-d. des fonctions visant fondamentalement l’observation de la Loi et l’établissement d’une nouvelle cotisation, qui est une matière civile. L’appelant prétend que le ministère public ne peut plus se servir des « pouvoirs de vérification » conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) à partir du moment où son objet prédominant consiste à enquêter sur une infraction prévue à l’art. 239. La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et l’appelant dans l’affaire connexe, *Ling*, font valoir que les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire peuvent être utilisés en tout temps, mais qu’une personne accusée d’une infraction prévue à l’art. 239 doit bénéficier d’une immunité contre l’utilisation de la preuve et contre l’utilisation de la preuve dérivée relativement à tout renseignement qu’elle a été contrainte de fournir au cours du processus de vérification.

75

On the other hand, the respondent submits that there is no rigid audit/investigation distinction. It reiterates that the ITA is an integrated regulatory scheme, and argues that all of the powers are assigned to a single person, the Minister, whose function under the Act does not change: the fact that the Minister delegates the use of these powers to various CCRA functionaries is irrelevant, as is the internal organizational structure of the department. According to the respondent, the ss. 231.1(1) and 231.2(1) powers are available in all circumstances, save two: where charges have been laid under s. 239 and the sole purpose for their exercise is to obtain prosecutorial evidence, and where the laying of charges is deliberately delayed in order for prosecutors to use the powers to build their case. The respondent concedes, as well, that s. 231.1(1)(d) does not countenance queries into the mental state, or *mens rea*, required to prove the ITA offences; the definition of “proper questions” in that paragraph does not extend that far, and answers to such questions should therefore be excluded under s. 24(2).

Par contre, l’intimée avance qu’il n’existe pas de distinction nette entre une vérification et une enquête. Elle rappelle que la LIR est un régime réglementaire intégré et soutient que tous les pouvoirs sont attribués à une seule personne, le ministre, auquel la Loi attribue une fonction qui ne change pas : le fait que le ministre délègue l’utilisation de ces pouvoirs à divers fonctionnaires de l’ADRC n’est pas pertinent, pas plus d’ailleurs que l’organigramme interne du ministère. Selon l’intimée, les pouvoirs prévus aux par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être utilisés dans toutes les circonstances, sauf dans les deux cas suivants : premièrement, lorsque des accusations ont été portées en vertu de l’art. 239 et que le seul but de l’exercice de ces pouvoirs est de recueillir une preuve à charge et, deuxièmement, lorsque les poursuivants retardent délibérément le dépôt des accusations afin d’utiliser ces pouvoirs pour étayer leur preuve. L’intimée concède également que l’al. 231.1(1)d) n’autorise pas de questions relativement à l’état d’esprit, ou *mens rea*, requis pour faire la preuve des infractions à la LIR; dans cet alinéa, la définition de l’expression « questions pertinentes » ne va pas aussi loin et les réponses à de telles questions devraient être écartées par application du par. 24(2).

The intervening Attorneys General for Ontario and Quebec support the respondent's position. With respect to the proper use of ss. 231.1(1) and 231.2(1), the Attorney General of Quebec adopts a "sole purpose" approach, similar to the respondent's. For its part, the Attorney General for Ontario submits that there is no reasonable expectation of privacy in incriminatory information gathered pursuant to regulatory powers; however, the abuse of process doctrine and s. 7 of the *Charter* might find application in situations of improper conduct, such as "where there is no legitimate interest left in an audit and the auditors have become mere agents of an enforcement objective" (Attorney General for Ontario's factum, at para. 49).

(2) Our View

Analysis must begin with the words of the Act, and the proper construction of ss. 231.1(1) and 231.2(1). The approach to statutory interpretation can be easily stated: one is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and the object of the statute (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available "for any purpose related to the administration or enforcement" or, in French, "*pour l'application et l'exécution*" of the ITA. Although these terms are, at first glance, extremely broad, we ultimately come to the conclusion that, in the entire context, they do not include the prosecution of s. 239 offences.

As several of this Court's recent cases have illustrated, the words employed in the English and French versions of a federal statute are equally

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec, intervenants, appuient la position de l'intimée. En ce qui concerne l'utilisation appropriée des par. 231.1(1) et 231.2(1), le procureur général du Québec adopte une approche fondée sur un [TRADUCTION] « objet unique » semblable à celle que préconise l'intimée. Quant au procureur général de l'Ontario, il allègue qu'il n'existe pas d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas de renseignements incriminants recueillis conformément aux pouvoirs réglementaires; cependant, la doctrine de l'abus de procédure et l'art. 7 de la *Charte* pourraient s'appliquer dans des cas de conduite irrégulière, notamment [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe plus d'intérêt légitime à effectuer une vérification et que les vérificateurs sont devenus de simples agents d'application de la loi » (mémoire du procureur général de l'Ontario, par. 49).

(2) Notre point de vue

Notre analyse doit commencer par celle des termes de la Loi et par l'interprétation juste des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il est facile de décrire la méthode d'interprétation des lois : il faut déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » ou, en anglais, « *for any purpose related to the administration or enforcement* » de la LIR. Bien que ces expressions soient à première vue extrêmement générales, nous concluons en dernière analyse que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'art. 239.

Comme plusieurs des arrêts récents de notre Cour l'ont illustré, les termes employés dans les versions anglaise et française d'une loi fédérale

76

77

78

79

authoritative and should be read together in order to ascertain the proper meaning of the terms. The meaning of “administration” is clear. On the other hand, the ordinary sense of the term “enforcement” could conceivably encompass both assessment of tax liability and prosecution of offences (the *Oxford English Reference Dictionary* (2nd ed. 1996) defines “enforce” as “compel observance of (a law etc.)”). As for the French version, it provides negligible assistance here, since the two terms are rendered in equally wide scope, as “*l’application et l’exécution*”. Hence, the question remains: does “enforcement” of the ITA include the prosecution of the s. 239 criminal offences?

font pareillement autorité et il faut les lire conjointement pour dégager l’interprétation qu’il convient de leur attribuer. En anglais, le sens du terme « *administration* » est clair. Par contre, le sens ordinaire du terme « *enforcement* » pourrait théoriquement comprendre à la fois l’évaluation d’une obligation fiscale et la poursuite des infractions (l’*Oxford English Reference Dictionary* (2^e éd. 1996), définit le terme « *enforce* » comme [TRADUCTION] « le fait de contraindre à l’observation (notamment d’une loi) ». Quant à elle, la version française n’est pas d’un grand secours en l’espèce, car les termes « application » et « exécution » ont une portée aussi vaste l’un que l’autre. La question demeure donc de savoir si le terme « *enforcement* » figurant dans la LIR inclut la poursuite des infractions criminelles visées à l’art. 239.

80

This Court considered the scope of the requirement power in *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1 S.C.R. 614. At p. 625 of the *Richardson* case, Wilson J. held that the provision could not be employed for a “fishing expedition”, and that it was “only available to the Minister to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons if the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry”.

Notre Cour a examiné l’étendue du pouvoir de demande péremptoire dans les arrêts *Canadian Bank of Commerce c. Canada (Attorney General)*, [1962] R.C.S. 729, et *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614. À la page 625 de l’arrêt *Richardson*, le juge Wilson conclut que cette disposition ne peut servir pour faire une « recherche à l’aveuglette » et que « le Ministre ne peut [y] recourir [. . .] pour obtenir des renseignements sur l’assujettissement à l’impôt d’une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l’objet d’une enquête véritable est sérieuse ».

81

The respondent’s interpretation of “proper questions” for the purposes of s. 231.1(1)(d) implies that the words “administration or enforcement”, as they are used in the context of s. 231.1(1), do not extend to the investigation of ITA offences. Additionally and, in our view, more significantly, it is useful to contrast the language of ss. 231.1(1) and 231.2(1) with that of s. 231.3(1), which sets out an *ex parte* application process for a warrant to search “for any document or thing that may afford evidence [of] the commission of [the] offence under this Act” (emphasis added). The existence of a prior authorization procedure where the commission of an offence is suspected creates a strong inference that the separate statutory inspection and

L’interprétation que l’intimée propose de l’expression « questions pertinentes » pour l’application de l’al. 231.1(1)d) laisse entendre que les termes « application et [. . .] exécution », tels qu’ils sont utilisés dans le contexte du par. 231.1(1), ne visent pas les enquêtes relatives aux infractions à la LIR. Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d’obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher « des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à la présente loi » (je souligne). L’existence d’une procédure d’autorisation préalable lorsque l’on

requirement powers are unavailable to further a prosecutorial investigation.

In response to a question put to him during the appeal, counsel for the respondent submitted that the s. 231.3(1) warrant power was “residual”, in the sense that it was intended to provide protection against the eventuality that a taxpayer, informed of an audit against him or her, would destroy his or her records in order to be charged with non-compliance under s. 238 rather than evasion under s. 239; the theory advanced being that the warrant, because of its being issued *ex parte*, would allow the authorities to act before the taxpayer were even aware of the audit.

We cannot accept that argument. First, we find it difficult to imagine why Parliament, if it truly desired to create such a safeguard for tax assessment purposes, would attach three such onerous pre-requisites to its issuance. The s. 231.3 warrant issues only in circumstances where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe: that an ITA offence was committed (s. 231.3(3)(a)); that a document or thing affording evidence of the offence is likely to be found (s. 231.3(3)(b)); and that the place specified in the application for the warrant is likely to contain the document or thing (s. 231.3(3)(c)). Plainly, s. 231.3 is concerned with offences against the Act, and not with auditorial verifications. It follows that the s. 231.3 warrant covers generally the same ground as does the *Criminal Code*'s s. 487 warrant (see *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624), which was in fact the route chosen by Revenue Canada to obtain evidence of the offences in the present case. According to one expert, it is now the CCRA's standard practice to use s. 487 of the *Criminal Code* rather than s. 231.3 of the ITA: see Krishna, *supra*, at p. 810. Second, and perhaps more fundamentally, Parliament made it an offence under s. 239(1)(b) to destroy records or books of account; substituting a charge under

souçonne qu'une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n'est pas possible d'exercer les pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle.

En réponse à une question qui lui a été posée au cours de l'audition, le procureur de l'intimée a avancé que le pouvoir d'un juge de décerner un mandat en vertu du par. 231.3(1) constituait un pouvoir [TRADUCTION] « résiduel » en ce sens qu'il vise à écarter la possibilité qu'un contribuable, informé de la tenue d'une vérification à son sujet, détruise ses registres de façon à pouvoir être inculpé d'inobservation de la loi en application de l'art. 238, plutôt que de fraude fiscale sous le régime de l'art. 239; selon l'hypothèse avancée, la délivrance *ex parte* du mandat permettrait aux autorités d'agir avant que le contribuable soit même au courant de la vérification.

Nous ne pouvons retenir cet argument. Premièrement, nous pouvons difficilement imaginer pourquoi le législateur, s'il désirait réellement créer une telle mesure de protection pour fins d'évaluation de l'obligation fiscale, aurait établi trois conditions préalables aussi sévères à la délivrance d'un mandat de perquisition. En effet, le juge ne décerne le mandat de perquisition visé à l'art. 231.3 que s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit : une infraction prévue par la LIR a été commise (al. 231.3(3)a)); des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction seront vraisemblablement trouvés (al. 231.3(3)b)); l'endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses (al. 231.3(3)c)). De toute évidence, l'art. 231.3 vise les infractions à la Loi, et non les vérifications. Il s'ensuit que le mandat prévu par l'art. 231.3 s'applique généralement à des situations couvertes par le mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* (voir l'arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624), voie qu'a effectivement privilégiée Revenu Canada en l'espèce pour recueillir des éléments de preuve relativement aux infractions. Selon un expert, l'ADRC a maintenant pour pratique de recourir habituellement à l'art. 487

82

83

one paragraph of s. 239(1) for another would be a Pyrrhic victory for the miscreant taxpayer.

du *Code criminel* plutôt qu'à l'art. 231.3 de la LIR : voir Krishna, *op. cit.*, p. 810. Deuxièmement, et ceci nous semble peut-être plus fondamental, le législateur fédéral a criminalisé à l'al. 239(1)*b*) le fait de détruire des registres ou des livres de comptes; substituer une accusation visée à un alinéa du par. 239(1) par une autre constituerait une victoire à la Pyrrhus pour le contribuable sans foi ni loi.

84

Although the taxpayer and the CCRA are in opposing positions during an audit, when the CCRA exercises its investigative function they are in a more traditional adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. In these reasons, we refer to the latter as the adversarial relationship. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions within the CCRA. Of course, having determined this, it remains for us to determine the bounds between the ITA audit and investigation and then to discuss the legal consequences. To this, we now turn.

Le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Dans les présents motifs, c'est ce dernier type de relation que nous appelons la relation de nature contradictoire. Il s'ensuit qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC. Ayant statué sur ce point, il nous reste bien entendu à délimiter la frontière entre la vérification et l'enquête sous le régime de la LIR et à en examiner les conséquences juridiques. C'est ce que nous ferons maintenant.

D. *Delineating the Bounds Between Audit and Investigation: Nature of the Inquiry*

D. *La délimitation de la frontière entre une vérification et une enquête : la nature de l'examen*

85

We have been directed to a plethora of cases that have attempted to draw the line between audit and investigation for income tax purposes. There is a lack of consensus on the matter. Some courts have stated that the investigation begins at the time when there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has occurred: see *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Gen. Div.), at para. 171; *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (Ont. C.J.), at para. 68; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (S.C.J.), at para. 61.

On a porté à notre attention une pléthore de décisions dans lesquelles les tribunaux ont tenté de tracer la ligne de démarcation entre une vérification et une enquête pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Il n'existe pas de consensus sur cette question. Certains tribunaux ont affirmé que l'enquête commence au moment où il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y a eu perpétration d'une infraction : voir *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Div. gén.), par. 171; *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (C.J. Ont.), par. 68; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (C.S.J.), par. 61.

86

Some cases have referred to "reasonable suspicions" of an offence as engaging the audit/investigation tripwire: *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 39-40; *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), at p. 387. Still other cases have held that the test is one of "predominant purpose": see the lower court judgments in the case at bar; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.), leave to appeal refused,

Dans certaines décisions, les tribunaux affirment que c'est l'existence de [TRADUCTION] « soupçons raisonnables » quant à la perpétration d'une infraction qui déclenche la transformation d'une vérification en enquête : *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (C. prov.), par. 39-40; *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), p. 387. Cependant, d'autres ont statué que le critère est celui de [TRADUCTION] « l'objet prédominant » :

[1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, at para. 34; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, at para. 36; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5, at para. 51. Another has purported to have applied the same test, only to find that the predominant purpose will always be investigatory when “matters are placed in the hands of” Special Investigations Section: see *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (Q.B.), at paras. 11-12 and 134.

In *Norway Insulation, supra*, LaForme J. held, at p. 437, that the regulatory nature of an inquiry “changed after Special Investigations became involved and directed the subsequent work”. He also agreed with the trial judge (reasons at [1995] 2 C.T.C. 451 (Ont. Ct. (Prov. Div.)) that it was when the first auditor developed the opinion, ultimately erroneous, that there was “sufficient evidence” of an offence, that the inquiry changed hue. Finally, in *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at p. 172, Judge Ratushny opined that it was only when “Revenue Canada decides to lay criminal charges” that the criminal investigation begins. Otherwise, “the searches or seizures are for the bona fide purpose of determining compliance with the *Income Tax Act*, whether or not Revenue Canada suspects a criminal offence during that time” (*ibid.*). *Coghlan* was followed in *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (Sup. Ct.), at p. 2500 (aff’d [1999] Q.J. No. 6268 (QL) (C.A.)), leave to appeal to S.C.C. granted and appeal discontinued, [2000] 2 S.C.R. ix).

In our view, where the predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials must relinquish the

voir les décisions des tribunaux d’instance inférieure en l’espèce; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, par. 34; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, par. 36; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 R.N.-B. (2^e) 132, 2002 NBPC 5, par. 51. Un autre tribunal a expressément voulu appliquer le même critère pour enfin conclure que l’objet prédominant consiste toujours à mener une enquête lorsque [TRADUCTION] « l’examen des questions » sera confié à la Section des enquêtes spéciales : voir l’arrêt *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (B.R.), par. 11-12 et 134.

Dans l’affaire *Norway Insulation*, précitée, le juge LaForme a conclu à la p. 437, que le caractère réglementaire d’un examen [TRADUCTION] « avait changé au moment où les Enquêtes spéciales étaient intervenues et avaient dirigé le travail accompli par la suite ». Il a également souscrit à l’opinion du juge de première instance (motifs publiés à [1995] 2 C.T.C. 451 (C. Ont. (Div. prov.)) selon laquelle c’était au moment où le premier vérificateur avait formé l’opinion, erronée en dernière analyse, qu’il existait une [TRADUCTION] « preuve suffisante » de la perpétration d’une infraction que l’examen avait changé d’orientation. Enfin, dans l’affaire *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (C. Ont. (Div. prov.)), p. 172, le juge Ratushny a exprimé l’avis que c’est seulement lorsque [TRADUCTION] « Revenu Canada décide de porter des accusations criminelles » que commence l’enquête criminelle. Sinon, [TRADUCTION] « l’objet véritable des fouilles, perquisitions ou saisies est de vérifier la conformité avec la *Loi de l’impôt sur le revenu*, que Revenu Canada ait ou non alors des soupçons relativement à la perpétration d’une infraction criminelle » (*ibid.*). La décision *Coghlan* a été suivie dans *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (C.S.), p. 2500 (conf. par [1999] J.Q. n° 6268 (QL) (C.A.)), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, suivie d’un désistement : [2000] 2 R.C.S. ix).

À notre avis, lorsqu’un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires

authority to use the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). In essence, officials “cross the Rubicon” when the inquiry in question engages the adversarial relationship between the taxpayer and the state. There is no clear formula that can answer whether or not this is the case. Rather, to determine whether the predominant purpose of the inquiry in question is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of that inquiry.

de l’ADRC doivent renoncer à leur faculté d’utiliser les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires [TRADUCTION] « franchissent le Rubicon » lorsque l’examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l’État. Il n’existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen.

89

To begin with, the mere existence of reasonable grounds that an offence may have occurred is by itself insufficient to support the conclusion that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. In this regard, courts must guard against creating procedural shackles on regulatory officials; it would be undesirable to “force the regulatory hand” by removing the possibility of seeking the lesser administrative penalties on every occasion in which reasonable grounds existed of more culpable conduct. This point was clearly stated in *McKinlay Transport, supra*, at p. 648, where Wilson J. wrote: “The Minister must be capable of exercising these [broad supervisory] powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act.” While reasonable grounds indeed constitute a necessary condition for the issuance of a search warrant to further a criminal investigation (s. 231.3 of the ITA; *Criminal Code*, s. 487), and might in certain cases serve to indicate that the audit powers were misused, their existence is not a sufficient indicator that the CCRA is conducting a *de facto* investigation. In most cases, if all ingredients of an offence are reasonably thought to have occurred, it is likely that the investigation function is triggered.

D’abord, la simple existence de motifs raisonnables de croire qu’il peut y avoir eu perpétration d’une infraction est insuffisante en soi pour conclure que l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. À cet égard, les tribunaux doivent se garder d’imposer des entraves de nature procédurale aux fonctionnaires; il ne serait pas souhaitable de [TRADUCTION] « forcer la main des autorités réglementaires » en les privant de la possibilité de recourir à des peines administratives moindres chaque fois qu’il existe des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une conduite plus coupable. Ce point a été exprimé clairement dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 648, où le juge Wilson affirme : « Le Ministre doit être capable d’exercer ces [larges] pouvoirs [de surveillance], qu’il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu’un certain contribuable a violé la Loi ». Bien que l’existence de motifs raisonnables constitue en fait une condition nécessaire à la délivrance d’un mandat de perquisition pour mener une enquête criminelle (art. 231.3 de la LIR et 487 du *Code criminel*) et pourrait, dans certains cas, indiquer que les pouvoirs de vérification ont été utilisés à mauvais escient, cet élément ne suffit pas pour établir que l’ADRC mène une enquête *de facto*. Dans la plupart des cas, si l’on croit raisonnablement à la présence de tous les éléments d’une infraction, il est probable que le processus d’enquête sera enclenché.

All the more, the test cannot be set at the level of mere suspicion that an offence has occurred. Auditors may, during the course of their inspections, suspect all manner of taxpayer wrongdoing, but it certainly cannot be the case that, from the moment such suspicion is formed, an investigation has begun. On what evidence could investigators ever obtain a search warrant if the whiff of suspicion were enough to freeze auditorial fact-finding? The state interest in prosecuting those who wilfully evade their taxes is of great importance, and we should be careful to avoid rendering nugatory the state's ability to investigate and obtain evidence of these offences.

The other pole of the continuum is no more attractive. It would be a fiction to say that the adversarial relationship only comes into being when charges are laid. Logically, this will only happen once the investigators believe that they have obtained evidence that indicates wrongdoing. Because the s. 239 offences contain an element of mental culpability, the state will, one must presume, usually have some evidence that the accused satisfied the *mens rea* requirements before laying an information or preferring an indictment. The active collection of such evidence indicates that the adversarial relationship has been engaged, since it is irrelevant to the determination of tax liability. Moreover, although there are judicial controls on the unauthorized exercise of power (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, at para. 25), we believe that allowing CCRA officials to employ ss. 231.1(1) and 231.2(1) until the point where charges are laid, might promote bad faith on the part of the prosecutors. Quite conceivably, situations may arise in which charges are delayed in order to compel the taxpayer to provide evidence against himself or herself for the purposes of a s. 239 prosecution. Although the respondent argued that such situations could be remedied by the courts, we view it as preferable that such situations be avoided rather than

90
On peut encore moins retenir comme critère le simple soupçon qu'une infraction a été commise. Au cours de sa vérification, le vérificateur peut soupçonner toutes sortes de conduites répréhensibles, mais on ne peut certainement pas affirmer qu'une enquête est enclenchée dès l'apparition d'un soupçon. Sur le fondement de quels éléments de preuve un enquêteur pourrait-il obtenir un mandat de perquisition si un vague soupçon était suffisant pour bloquer le processus de vérification qui permet d'établir les faits? L'intérêt qu'a l'État à poursuivre ceux qui éludent volontairement le paiement d'un impôt revêt une grande importance, et nous devons nous garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration de ces infractions.

91
L'autre extrême ne semble pas mieux convenir. Ce serait une fiction de dire que la relation de nature contradictoire ne prend naissance qu'au moment du dépôt des accusations. En toute logique, cela ne se produira qu'une fois que les enquêteurs croiront avoir obtenu la preuve de l'existence d'une conduite répréhensible. Puisque les infractions visées à l'art. 239 comportent un élément de culpabilité morale, il faut présumer que l'État disposera habituellement d'une preuve que l'accusé avait la *mens rea* requise avant de déposer une dénonciation ou de présenter un acte d'accusation. La collecte active de ces éléments de preuve indique que la relation de nature contradictoire a pris naissance puisqu'il s'agit là d'un aspect non pertinent pour l'évaluation de l'obligation fiscale. Par ailleurs, bien qu'il existe des mécanismes de contrôle judiciaire de l'exercice non autorisé d'un pouvoir (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 25), nous sommes d'avis que permettre aux fonctionnaires de l'ADRC d'avoir recours à l'application des par. 231.1(1) et 231.2(1) jusqu'au dépôt des accusations pourrait favoriser la mauvaise foi chez les poursuivants. Il est tout à fait concevable qu'il puisse survenir des situations où le dépôt des accusations sera retardé afin de contraindre le contribuable à fournir des éléments de preuve contre lui-même pour les besoins d'une poursuite sous le régime de l'art. 239. Bien que l'intimée ait soutenu

remedied. It is for this reason that the test is as set out above.

que les tribunaux pourraient remédier à de telles situations, nous estimons préférable de les éviter plutôt que d'y remédier. C'est pourquoi le critère applicable est celui exposé précédemment.

92

Whether a matter has been sent to the investigations section is another factor in determining whether the adversarial relationship exists. Again, though, this, by itself, is not determinative. An auditor's recommendation that investigators look at a file might result in nothing in the way of a criminal investigation since there is always the possibility that the file will be sent back. Still, if, in an auditor's judgment, a matter should be sent to the investigators, a court must examine the following behaviour very closely. If the file is sent back, does it appear that the investigators have actually declined to take up the case and have returned the matter so that the audit can be completed? Or, does it appear, rather, that they have sent the file back as a matter of expediency, so that the auditor may use ss. 231.1(1) and 231.2(1) to obtain evidence for a prosecution (as was found to be the case in *Norway Insulation, supra*)?

Le fait que le dossier a été ou non transmis à la section des enquêtes constitue un autre facteur à prendre en compte pour déterminer s'il existe une relation de nature contradictoire. Encore une fois, ce facteur n'est pas déterminant en soi. Même lorsqu'un vérificateur recommande que les enquêteurs examinent un dossier, il se peut qu'aucune enquête criminelle ne soit engagée, car il est toujours possible que le dossier soit retourné à la vérification. Cependant, si un vérificateur est d'avis qu'un dossier devrait être envoyé aux enquêteurs, le tribunal doit examiner très attentivement ce qui se passe ensuite. Si le dossier est retourné à la vérification, les enquêteurs ont-ils réellement décidé de ne pas examiner le dossier et l'ont-ils retourné aux vérificateurs pour que ceux-ci terminent la vérification? L'ont-ils plutôt retourné pour des raisons de commodité afin que le vérificateur puisse utiliser les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour obtenir des éléments de preuve pour les besoins d'une poursuite (comme le tribunal l'a constaté dans l'affaire *Norway Insulation, précitée*)?

93

To reiterate, the determination of when the relationship between the state and the individual has reached the point where it is effectively adversarial is a contextual one, which takes account of all relevant factors. In our opinion, the following list of factors will assist in ascertaining whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is necessarily determinative in and of itself, but courts must assess the totality of the circumstances, and make a determination as to whether the inquiry or question in issue engages the adversarial relationship between the state and the individual.

Rappelons que, pour déterminer à quel moment la relation entre l'État et le particulier est effectivement devenue une relation de nature contradictoire, il faut tenir compte du contexte, en examinant tous les facteurs pertinents. À notre avis, la liste suivante de facteurs sera utile pour déterminer si un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi. Les tribunaux doivent plutôt apprécier l'ensemble des circonstances et déterminer si l'examen ou la question en cause crée une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier.

94

In this connection, the trial judge will look at all factors, including but not limited to such questions as:

À cet égard, le juge de première instance examinera tous les facteurs, y compris les suivants :

(a) Did the authorities have reasonable grounds to lay charges? Does it appear from the record that

a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il,

- a decision to proceed with a criminal investigation could have been made?
- (b) Was the general conduct of the authorities such that it was consistent with the pursuit of a criminal investigation?
- (c) Had the auditor transferred his or her files and materials to the investigators?
- (d) Was the conduct of the auditor such that he or she was effectively acting as an agent for the investigators?
- (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent in the collection of evidence?
- (f) Is the evidence sought relevant to taxpayer liability generally? Or, as is the case with evidence as to the taxpayer's *mens rea*, is the evidence relevant only to the taxpayer's penal liability?
- (g) Are there any other circumstances or factors that can lead the trial judge to the conclusion that the compliance audit had in reality become a criminal investigation?
- au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
- b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
- c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
- d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
- e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
- f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?
- g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

It should also be noted that in this case we are dealing with the CCRA. However, there may well be other provincial or federal governmental departments or agencies that have different organizational settings which in turn may mean that the above factors, as well as others, will have to be applied in those particular contexts.

E. Charter Consequences

With respect to the consequences related to s. 8 of the *Charter*, *McKinlay Transport*, *supra*, makes it clear that taxpayers have very little privacy interest in the materials and records that they are obliged to keep under the ITA, and that they are obliged to produce during an audit. Moreover, once an auditor has inspected or required a given document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot truly be said to have a reasonable expectation that

Il faut aussi souligner que le présent pourvoi concerne l'ADRC. Il se pourrait toutefois que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes. Il pourrait alors être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier.

E. Conséquences sur l'application de la Charte

En ce qui concerne l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, établit clairement que le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la LIR et produire au cours d'une vérification. En outre, lorsque le vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable

the auditor will guard its confidentiality. It is well known, as Laskin C.J. stated in *Smerchanski, supra*, at p. 32, that “[t]he threat of prosecution underlies every tax return if a false statement is knowingly made in it”. It follows that there is nothing preventing auditors from passing to investigators their files containing validly obtained audit materials. That is, there is no principle of use immunity that prevents the investigators, in the exercise of their investigative function, from making use of evidence obtained through the proper exercise of the CCRA’s audit function. Nor, in respect of validly obtained audit information, is there any principle of derivative use immunity that would require the trial judge to apply the “but for” test from *S. (R.J.), supra*. If a particular piece of evidence comes to light as a result of the information validly contained in the auditor’s file, then investigators may make use of it.

s’attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Comme le juge en chef Laskin l’a affirmé dans l’arrêt *Smerchanski*, précité, p. 32, il est bien établi qu’« [a]ucune déclaration d’impôt n’échappe à la menace de poursuites en cas de déclaration frauduleuse délibérée ». Il s’ensuit donc que rien n’empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs. Ainsi, aucun principe d’immunité contre l’utilisation n’empêche les enquêteurs, dans l’exercice de leur fonction d’enquête, d’utiliser des éléments de preuve obtenus dans l’exercice régulier de la fonction de vérification de l’ADRC. En ce qui concerne les renseignements validement obtenus au cours d’une vérification, il n’existe pas non plus de principe d’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée qui exigerait du juge de première instance qu’il applique le critère « n’eût été » formulé dans *S. (R.J.), précité*. Lorsque des renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier, les enquêteurs peuvent l’utiliser.

96 On the other hand, with respect to s. 7 of the *Charter*, when the predominant purpose of a question or inquiry is the determination of penal liability, the “full panoply” of *Charter* rights are engaged for the taxpayer’s protection. There are a number of consequences that flow from this. First, no further statements may be compelled from the taxpayer by way of s. 231.1(1)(d) for the purpose of advancing the criminal investigation. Likewise, no written documents may be inspected or examined, except by way of judicial warrant under s. 231.3 of the ITA or s. 487 of the *Criminal Code*, and no documents may be required, from the taxpayer or any third party for the purpose of advancing the criminal investigation. CCRA officials conducting inquiries, the predominant purpose of which is the determination of penal liability, do not have the benefit of the ss. 231.1(1) and 231.2(1) requirement powers.

Par contre, en ce qui concerne l’application de l’art. 7 de la *Charte*, lorsqu’un examen ou une question a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, « toute la panoplie » des droits garantis par la *Charte* entrent en jeu pour le protéger. Il en résulte certaines conséquences. Premièrement, le contribuable ne peut être contraint de faire aucune nouvelle déclaration sous le régime de l’al. 231.1(1)d) pour faire progresser l’enquête criminelle. De même, aucun document écrit ne peut être inspecté ni examiné, sauf sur obtention d’un mandat judiciaire sous le régime des art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel*, et ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins de l’enquête criminelle. Les fonctionnaires de l’ADRC qui procèdent à un examen ayant pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable ne peuvent exercer les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1).

97 The predominant purpose test does not thereby prevent the CCRA from conducting parallel criminal investigations and administrative audits. The fact

Le critère de l’objet prédominant n’empêche pas l’ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Le fait

that the CCRA is investigating a taxpayer's penal liability, does not preclude the possibility of a simultaneous investigation, the predominant purpose of which is a determination of the same taxpayer's tax liability. However, if an investigation into penal liability is subsequently commenced, the investigators can avail themselves of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation, but not with respect to information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability. This is no less true where the investigations into penal liability and tax liability are in respect of the same tax period. So long as the predominant purpose of the parallel investigation actually is the determination of tax liability, the auditors may continue to resort to ss. 231.1(1) and 231.2(1). It may well be that there will be circumstances in which the CCRA officials conducting the tax liability inquiry will desire to inform the taxpayer that a criminal investigation also is under way and that the taxpayer is not obliged to comply with the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purposes of the criminal investigation. On the other hand, the authorities may wish to avail themselves of the search warrant procedures under ss. 231.3 of the ITA or 487 of the *Criminal Code* to access the documents necessary to advance the criminal investigation. Put another way, the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) cannot be used to compel oral statements or written production for the purpose of advancing the criminal investigation.

In summary, wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply.

F. Summary

By way of summary, the following points emerge:

1. Although the ITA is a regulatory statute, a distinction can be drawn between the audit

que l'ADRC enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable n'écarte pas la possibilité que soit menée simultanément une enquête dont l'objet prédominant consiste à évaluer l'obligation fiscale du même contribuable. Toutefois, si une enquête sur la responsabilité pénale est engagée postérieurement, les enquêteurs peuvent utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle, mais non les renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale. Cela vaut tout autant lorsque les enquêtes touchant la responsabilité pénale et l'obligation fiscale visent la même période d'imposition. Tant que l'enquête parallèle a effectivement pour objet prédominant d'évaluer l'obligation fiscale du contribuable, les vérificateurs peuvent continuer d'avoir recours aux par. 231.1(1) et 231.2(1). Il pourrait bien survenir des circonstances dans lesquelles les fonctionnaires de l'ARDC qui évaluent l'obligation fiscale du contribuable voudront l'informer qu'une enquête criminelle est également en cours et qu'il n'est pas tenu de se soumettre aux pouvoirs de contrainte prévus par les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour les besoins de l'enquête criminelle. Par contre, les autorités pourraient décider d'avoir recours à la procédure de délivrance d'un mandat de perquisition prévue aux art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel* pour avoir accès aux documents nécessaires à l'enquête criminelle. En d'autres termes, les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent être exercés pour obtenir des déclarations verbales ou la production de documents écrits dans le but de faire progresser une enquête criminelle.

En bref, dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle. À titre corollaire, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement.

F. Résumé

Voici, en résumé, les points qui se dégagent :

1. Bien que la LIR soit une loi de nature réglementaire, il est possible d'établir une

and investigative powers that it grants to the Minister.

2. When, in light of all relevant circumstances, it is apparent that CCRA officials are not engaged in the verification of tax liability, but are engaged in the determination of penal liability under s. 239, the adversarial relationship between the state and the individual exists. As a result, *Charter* protections are engaged.
3. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. The powers of compulsion in ss. 231.1(1) and 231.2(1) are not available, and search warrants are required in order to further the investigation.

VI. Application to the Facts of the *Jarvis* Case

100 Whether or not a given inquiry is auditorial or investigatory in nature is a question of mixed fact and law. It involves subjecting the facts of a case to a multi-factored legal standard (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35) and, accordingly, Judge Fradsham's finding is not immune from appellate review.

101 In our view, although Goy-Edwards's conduct throughout her dealings with the appellant and his accountant was not praiseworthy — and at points appears deceptive — we do not think that the record rises to support a finding that she obtained information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) while conducting an investigation, the predominant purpose of which was a determination of Jarvis's penal liability. While Goy-Edwards did on several occasions mislead the appellant and his accountant as to the status of the file, she did not use misleading tactics in order to obtain information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purpose of advancing an investigation into penal liability. Moreover, there seems to have been but minor contact between Goy-Edwards and Chang from the moment when the file

distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d'enquête conférés au ministre.

2. Dans le cas où il est évident, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, que les fonctionnaires de l'ADRC ne procèdent plus à la vérification de l'obligation fiscale, mais essaient d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239, il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier. En conséquence, les protections garanties par la *Charte* s'appliquent.
3. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. Les pouvoirs de contrainte visés aux par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent plus être utilisés et il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour poursuivre l'enquête.

VI. Application aux faits de l'affaire *Jarvis*

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête est une question mixte de fait et de droit. Elle commande l'examen des faits au regard d'un critère juridique comportant de multiples facteurs (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35); en conséquence, la décision du juge Fradsham n'est pas à l'abri d'un examen en appel.

À notre avis, bien que la conduite de M^{me} Goy-Edwards envers l'appelant et son comptable ne soit pas digne d'éloges, et semble avoir été parfois trompeuse, nous ne croyons pas que le dossier permet de conclure qu'elle a obtenu des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le cadre d'un examen dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale de M. Jarvis. Certes, M^{me} Goy-Edwards a induit l'appelant et son comptable en erreur à plusieurs reprises quant à l'état du dossier, mais elle n'a pas eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but de faire progresser une enquête sur la responsabilité pénale du contribuable. En outre, il semble que les communications entre M^{me} Goy-Edwards et M^{me}

was transferred to Special Investigations on May 4, 1994. In brief, Goy-Edwards should undoubtedly have been truthful when asked about the status of the appellant's file, but there is no evidence to show that she used her audit powers to obtain information for prosecutorial purposes.

We do not think it was improper for Goy-Edwards to have brought her supervisor to the April 11 meeting in order to provide a "second opinion" as to whether the file should be sent to the investigative section. The auditor should not have asked if the appellant felt comfortable with the attendance of an "assistant" when that person was in fact a supervisor, but this did not change the fact that the referral to Special Investigations was the auditor's determination. So long as there has been no crystallization of the adversarial relationship, there is, in our view, nothing wrong with an auditor seeking the counsel of another before completing the transfer paperwork.

The record indicates that very little new information came to light as a result of the April 11 meeting. Goy-Edwards was seeking confirmation of a suspicion that she held that tax evasion may have occurred, but her goal in this was to determine whether to refer the file. There is no suggestion that she was seeking information to be used in an eventual prosecution, which fact is borne out by the conclusions of the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal: much of the material that was relied upon in the Information to Obtain was already in Revenue Canada's possession. In this respect, as previously stated, it is clear that, although an investigation has been commenced, the audit powers may continue to be used, though the results of the audit cannot be used in pursuance of the investigation or prosecution.

We conclude that, on the facts of this case, the April 11 meeting did not constitute an investigation

Chang aient été très limitées à partir du moment où le dossier a été transféré aux Enquêtes spéciales le 4 mai 1994. Bref, M^{me} Goy-Edwards aurait certainement dû dire la vérité lorsqu'on lui a posé des questions sur l'état du dossier de l'appelant, mais rien ne prouve qu'elle ait cherché à utiliser ses pouvoirs de vérification pour obtenir des renseignements aux fins d'une poursuite.

À notre avis, il n'était pas irrégulier pour M^{me} Goy-Edwards de se faire accompagner par son superviseur à la rencontre du 11 avril afin d'obtenir une [TRADUCTION] « deuxième opinion » quant à savoir si le dossier devait être acheminé à la section des enquêtes. La vérificatrice n'aurait pas dû demander à l'appelant si la présence d'un « adjoint » l'incommodait, alors que cette personne était en réalité son superviseur; cependant, cela ne change rien au fait que c'est la vérificatrice qui a décidé d'acheminer le dossier aux Enquêtes spéciales. Dans la mesure où il n'y a pas eu cristallisation de la relation de nature contradictoire, à notre avis, il n'y avait rien de mal à ce que la vérificatrice obtienne conseil d'une autre personne avant de remplir les documents de transfert du dossier.

Au vu du dossier, la rencontre du 11 avril a révélé très peu de nouveaux renseignements. Madame Goy-Edwards cherchait une confirmation de ses soupçons quant à la possibilité qu'une fraude fiscale ait été commise, mais le but qu'elle visait alors était de déterminer si le dossier devait être renvoyé. Rien n'indique qu'elle cherchait à obtenir des renseignements qui seraient utilisés dans une poursuite éventuelle, ce que confirment les conclusions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel : la majorité des documents invoqués à l'appui de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition étaient déjà en possession de Revenu Canada. À cet égard, comme nous l'avons déjà précisé, il est évident que l'on peut continuer d'avoir recours aux pouvoirs de vérification, même après le commencement d'une enquête, quoique les résultats de cette vérification ne puissent pas servir pour les besoins de l'enquête ou de la poursuite.

Sur le fondement des faits en l'espèce, nous concluons que la rencontre du 11 avril ne

102

103

104

into Jarvis's penal liability under s. 239 of the ITA. It follows that, other than the paragraphs struck from the Information by the trial judge as being erroneous, nothing should have been omitted from the application for the search warrant, and the warrant was therefore validly issued. Based on the application of the relevant factors as discussed above, we differ with the courts below and find that there was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994, when Goy-Edwards filled out the Form T134 and referred her file to Special Investigations. The record establishes that Chang's efforts to determine whether reasonable grounds to obtain a search warrant commenced upon her receipt of the file, and that she concluded shortly thereafter that such grounds existed.

constituait pas une enquête sur la responsabilité pénale de M. Jarvis sous le régime de l'art. 239 de la LIR. Il s'ensuit qu'aucun renseignement, à l'exception des paragraphes que le juge du procès a retranchés de la dénonciation à cause des erreurs qu'ils comportaient, n'aurait dû être omis de la requête visant l'obtention du mandat de perquisition, et que ce mandat a donc été validement décerné. Compte tenu des facteurs pertinents examinés précédemment, nous ne partageons pas l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sommes d'avis qu'aucune enquête sur la responsabilité pénale n'était en cours avant le 4 mai 1994, au moment où M^{me} Goy-Edwards a rempli le formulaire T134 et a renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales. Au vu de la preuve, dès qu'elle a reçu le dossier, M^{me} Chang s'est efforcée de déterminer s'il existait des motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition et elle a conclu peu après à l'existence de tels motifs.

105 The searches of the appellant's residence, his accountant's residence, and Revenue Canada's Calgary office were therefore conducted pursuant to a valid warrant. The evidence obtained therefrom should be admissible in a new trial, if one is held. We point out, however, that some banking information was obtained pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995. On the above analysis, this usage violated the appellant's s. 7 rights, since the investigation was at that point well underway. The respondent did not argue that the trial judge had erred in his application of s. 24(2) of the *Charter*, and we would therefore order that the banking records be excluded from any subsequent criminal proceedings against the appellant.

Les perquisitions effectuées à la résidence de l'appellant, à la résidence de son comptable et au bureau de Revenu Canada à Calgary ont donc été effectuées conformément à un mandat valide. Les éléments de preuve alors obtenus devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès, le cas échéant. Cependant, nous tenons à souligner que certains renseignements bancaires ont été obtenus au début de 1995 à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1). Selon l'analyse qui précède, cette façon de faire a porté atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'art. 7 puisque l'enquête était alors bien en cours. L'intimée n'a pas soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans l'application du par. 24(2) de la *Charte*, et nous sommes donc d'avis d'ordonner que les registres bancaires soient exclus de toute procédure criminelle ultérieure engagée contre l'appellant.

VII. Disposition

VII. Dispositif

106 Accordingly, we would dismiss the appeal, and uphold the Alberta Court of Appeal's judgment and order for a new trial.

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta et l'ordonnance de nouveau procès.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Macleod Dixon, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Scott K. Fenton, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Macleod Dixon, Calgary.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Scott K. Fenton, Toronto.

Chee K. Ling *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Quebec and
the Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. LING

Neutral citation: 2002 SCC 74.

File No.: 28315.

2002: June 13; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditors pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights

Chee K. Ling *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Québec et
la Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LING

Référence neutre : 2002 CSC 74.

N^o du greffe : 28315.

2002 : 13 juin; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par les vérificateurs fiscaux conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques —

under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Revenue Canada audited the appellant taxpayer with respect to his claim for farm losses for the taxation years 1990 through 1993. The auditors met the taxpayer's accountant and examined books and records. They also met the taxpayer and obtained receipt books from which they deduced that income had not been reported. More meetings and further requests by the auditors led to the production of more information, including financial records and bank documents. On December 18, 1995, the auditors questioned the taxpayer extensively and he admitted to mistakenly failing to report income. A month later, the taxpayer's file was transferred to the Special Investigations Section of Revenue Canada, which is responsible for criminal enforcement. Special investigations officials carried out further inquiries, interviewing witnesses and sending requirement letters to four banks and the taxpayer's accountant. They then met the taxpayer, informed him that he was under investigation and cautioned him as to his rights. The taxpayer declined to answer any questions. He was later charged under s. 239(1) of the *Income Tax Act* with tax evasion and making false or deceptive statements in income tax returns. The trial judge found that the evidence gathered by the auditors was not obtained in violation of the taxpayer's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and denied a motion to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The taxpayer was convicted. The summary conviction appeal judge set aside the convictions. He held that the investigation began after the December 18 meeting and ordered a new trial in which the court would consider whether the auditors' evidence gathered after that meeting should be excluded under s. 24(2). The Court of Appeal affirmed the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

In light of the principles set out in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73, Revenue Canada did not commence an investigation into the taxpayer's penal

Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Revenu Canada a procédé à une vérification concernant la déduction de pertes agricoles demandée par le contribuable appelant pour les années d'imposition 1990 à 1993. Les vérificateurs ont rencontré le comptable du contribuable et inspecté les livres et registres. Ils ont aussi rencontré le contribuable et obtenu des livres de comptes à partir desquels ils ont déduit que certains revenus n'avaient pas été déclarés. D'autres rencontres et de nouvelles demandes des vérificateurs ont mené à la production de renseignements additionnels, y compris des registres financiers et documents bancaires. Le 18 décembre 1995, les vérificateurs ont interrogé longuement le contribuable et celui-ci a reconnu avoir omis, par erreur, de déclarer certains revenus. Un mois plus tard, le dossier du contribuable a été transféré à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada, qui est responsable de l'exécution en matière criminelle. Les fonctionnaires des enquêtes spéciales ont procédé à de nouveaux examens, interrogeant des témoins et envoyant des demandes péremptoires à quatre banques et au comptable du contribuable. Ils ont ensuite rencontré le contribuable, l'informant qu'il faisait l'objet d'une enquête et le mettant en garde concernant ses droits. Le contribuable n'a accepté de répondre à aucune question. Il a ensuite été accusé sous le régime du par. 239(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'avoir commis une fraude fiscale et d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans ses déclarations de revenu. Le juge du procès a conclu que la preuve recueillie par les vérificateurs n'avait pas été obtenue en contravention des droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit au contribuable et a rejeté la requête en exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Le contribuable a été déclaré coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a annulé les condamnations. Il a conclu que l'enquête avait commencé après la rencontre du 18 décembre et a ordonné la tenue d'un nouveau procès dans le cadre duquel il sera déterminé si la preuve recueillie par les vérificateurs après cette rencontre doit être écartée par application du par. 24(2). La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Selon les principes énoncés dans *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73, Revenu Canada n'a commencé à enquêter sur la responsabilité pénale du

liability until after the December 18 meeting. The evidence gathered prior to and during that meeting in the proper exercise of an audit function could be shared with the Special Investigations Section and used in the subsequent prosecution of the taxpayer for s. 239(1) offences. After the December 18 meeting, the predominant purpose of the inquiry was the determination of the taxpayer's penal liability. All evidence gathered after that meeting pursuant to the requirement powers was obtained as part of an investigation and in violation of the taxpayer's *Charter* rights. The admissibility of this evidence, and the evidence derived therefrom, will have to be considered in light of s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

Followed: *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2).

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239(1), (2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 149 C.C.C. (3d) 127, 144 B.C.A.C. 92, 236 W.A.C. 92, [2000] B.C.J. No. 2082 (QL), 2000 BCCA 562, affirming a judgment of Millward J., [1999] 3 C.T.C. 386, [1998] B.C.J. No. 1512 (QL), setting aside the taxpayer's convictions for tax offences and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Craig C. Sturrock and Thomas M. Boddez, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., Bruce Harper and Janet Henchey, for the respondent.

Trevor Shaw, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gilles Laporte and Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

contribuable qu'après la rencontre du 18 décembre. La preuve recueillie avant et pendant cette rencontre dans l'exercice régulier d'une fonction de vérification pouvait être partagée avec la Section des enquêtes spéciales et utilisée dans la poursuite engagée par la suite contre le contribuable relativement à des infractions visées au par. 239(1). Après la rencontre du 18 décembre, l'objet prédominant de l'enquête était d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Tous les éléments de preuve recueillis après cette rencontre au moyen des pouvoirs de contrainte ont été obtenus dans le cadre d'une enquête et en contravention des droits que la *Charte* garantit au contribuable. L'admissibilité de ces éléments de preuve et de la preuve dérivée de ces éléments devra être appréciée au regard du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2).

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 149 C.C.C. (3d) 127, 144 B.C.A.C. 92, 236 W.A.C. 92, [2000] B.C.J. No. 2082 (QL), 2000 BCCA 562, confirmant une décision du juge Millward, [1999] 3 C.T.C. 386, [1998] B.C.J. No. 1512 (QL), qui avait annulé les déclarations de culpabilité du contribuable à des infractions en matière fiscale et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Craig C. Sturrock et Thomas M. Boddez, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., Bruce Harper et Janet Henchey, pour l'intimée.

Trevor Shaw, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gilles Laporte et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Scott K. Fenton, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

This appeal is determined by the principles set out in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73, an appeal heard concurrently. It raises a similar question, namely, in what circumstances an inquiry by an official of the Canada Customs and Revenue Agency (“CCRA”), formerly Revenue Canada, constitutes an investigation that implicates the *Charter* rights of the taxpayer. In *Jarvis*, we describe the circumstances in which an inquiry constitutes a criminal investigation as those that engage the adversarial relationship between the individual and the state, and we will use that phrase in the same context here. *Jarvis* establishes that this relationship is engaged where the predominant purpose of an inquiry is the determination of a taxpayer’s penal liability under s. 239 of the *Income Tax Act*, R.C.S. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the “Act”).

In performing an audit, the auditor may use the requirement powers, pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of the Act. These sections give the auditor the power to: (a) enter a taxpayer’s place of business or place of record keeping; (b) require the taxpayer and third parties to answer questions put to them; and (c) require the taxpayer and third parties to furnish information and documents upon request.

If the audit reveals that the taxpayer has filed an incorrect tax return, he or she may be subject to reassessment and civil penalties. In cases where the taxpayer has wilfully made false or deceptive statements or entries or attempted to evade the payment of a tax, he or she may be guilty of an offence pursuant to s. 239(1) of the Act for which the punishments

I. Introduction

Le présent pourvoi est régi par les principes énoncés dans l’affaire *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73, entendue en même temps. Il soulève une question analogue, savoir dans quelles circonstances un examen effectué par l’Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC »), anciennement Revenu Canada, devient une enquête faisant entrer en jeu les droits garantis au contribuable par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’arrêt *Jarvis*, nous décrivons les circonstances dans lesquelles un examen constitue une enquête criminelle en expliquant que ce sont celles qui créent une relation de nature contradictoire entre le particulier et l’État. Nous utiliserons cette expression dans le même contexte en l’espèce. L’arrêt *Jarvis* établit que ce type de relation prend naissance lorsqu’un examen a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale d’un contribuable sous le régime de l’art. 239 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « Loi »).

Lorsqu’il procède à une vérification, le vérificateur peut se servir des pouvoirs de contrainte prévus aux par. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi. Ces dispositions confèrent au vérificateur les pouvoirs suivants : a) pénétrer dans le lieu où est exploitée l’entreprise du contribuable ou dans celui où les registres sont tenus; b) requérir le contribuable et les tiers de répondre aux questions qui leur sont posées; et c) exiger du contribuable et des tiers qu’ils fournissent des renseignements et produisent des documents sur demande.

Si la vérification révèle que le contribuable a produit une déclaration de revenu inexacte, une nouvelle cotisation peut être établie à son égard et des amendes administratives peuvent lui être imposées. En vertu du par. 239(1) de la Loi, le contribuable qui a volontairement fait des déclarations ou des inscriptions fausses ou trompeuses ou tenté d’éluder

1

2

3

include fines and imprisonment for a maximum of five years.

le paiement d'un impôt peut être reconnu coupable d'une infraction punissable d'une amende et d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

4 The issue here as in *Jarvis* is when, if ever, can evidence obtained pursuant to the requirement powers of an audit be used to further an investigation or prosecution for a s. 239(1) offence without violating the suspect's *Charter* rights? This question is answered by *Jarvis*.

La question en l'espèce, tout comme dans l'affaire *Jarvis*, est de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, des éléments de preuve obtenus conformément aux pouvoirs de contrainte d'un vérificateur peuvent être utilisés aux fins d'une enquête ou d'une poursuite relative à une infraction prévue au par. 239(1) sans qu'il y ait violation des droits que la *Charte* garantit au suspect. L'arrêt *Jarvis* répond à cette question.

5 Though the factual circumstances and issue raised in the present appeal are less complicated than in *Jarvis*, the question of law is the same. Evidence gathered by the CCRA pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1), in the proper exercise of its audit function, may be used in a subsequent investigation or prosecution for a s. 239(1) offence. However, where the predominant purpose of a question or inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials relinquish the authority to use ss. 231.1(1) and 231.2(1). Obtaining evidence under the requirement powers for such a purpose is a violation of a suspect's *Charter* rights. Such evidence may thus be excluded from the prosecution of an offence.

Bien que les faits et la question soulevée dans le présent pourvoi soient moins complexes que dans *Jarvis*, la question de droit reste la même. Les éléments de preuve recueillis par l'ADRC en conformité avec les par. 231.1(1) et 231.2(1) dans l'exercice régulier de sa fonction de vérification peuvent être utilisés dans une enquête ou une poursuite ultérieure relative à une infraction prévue au par. 239(1). Toutefois, lorsque l'objet prédominant d'une question ou d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, les agents de l'ADRC renoncent à leur faculté d'utiliser les par. 231.1(1) et 231.2(1). L'obtention d'éléments de preuve dans l'exercice des pouvoirs de contrainte à cette fin porte atteinte aux droits garantis au suspect par la *Charte* et les éléments de preuve ainsi obtenus peuvent être écartés de la poursuite à l'égard d'une infraction.

6 The question, then, is in what circumstances is the predominant purpose of a question or inquiry the determination of penal liability? In *Jarvis*, at para. 93, we held that no one factor is determinative but that the trial judge must assess the totality of the circumstances. Applying the *Jarvis* test, we agree with Millward J. that the CCRA did not exercise its investigative function until after the meeting between Revenue Canada officials and the appellant on December 18, 1995.

La question est donc de déterminer dans quelles circonstances l'objet prédominant d'une question ou d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable. Dans l'arrêt *Jarvis*, par. 93, nous avons conclu qu'aucun facteur n'est déterminant, mais que le juge de première instance doit apprécier l'ensemble des circonstances. Appliquant le critère établi dans l'arrêt *Jarvis*, nous sommes d'accord avec le juge Millward pour dire que l'ADRC n'a exercé sa fonction d'enquête qu'après la rencontre entre les fonctionnaires de Revenu Canada et l'appelant le 18 décembre 1995.

7 Once the CCRA began to exercise its investigative function, the parties were put in an adversarial relationship. The appellant is not entitled to immunity from evidence obtained pursuant to

Dès que l'ADRC a commencé à exercer sa fonction d'enquête, une relation de nature contradictoire s'est établie entre les parties. L'appelant ne bénéficie d'une immunité contre l'utilisation ni des

the requirement power prior to and during the December 18 meeting, or evidence derived therefrom. However, the appellant is entitled to a new trial in which the court will consider the admissibility of evidence obtained under the requirement power for the predominant purpose of determining penal liability, and evidence derived therefrom, in accordance with s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appeal is dismissed and the order for a new trial is confirmed.

II. Facts

Following an audit, Revenue Canada disallowed the appellant taxpayer's claimed farm losses for the years 1987 through 1989. The appellant's taxes for those years were reassessed on the basis that his farming operations were a personal endeavour, not a business. In 1994, James Edward Thatcher, a technical advisor with the Business Audit Section of Revenue Canada in Vancouver, conducted a computer check which revealed that the appellant claimed the same farming losses for the taxation years 1990 through 1993. As a result, Thatcher selected those returns for a routine follow-up audit.

In November 1994, Thatcher informed the appellant, who was a doctor in Kitimat, B.C., that he was conducting an audit and would be there in the spring of 1995 to review his farming operations and medical practice. Arvind Pacheco, of the Verification and Enforcement Division of Revenue Canada, was assigned to work on the audit with Thatcher.

On June 5, 1995, Pacheco and Thatcher met with the appellant's accountant, Carlyle Shepherd, at Shepherd's office to examine the appellant's books and records. In reviewing those records, Thatcher determined that fees paid by the Medical Service Plan ("MSP") were deposited directly to the appellant's accounts twice each month. There were other deposits into the same accounts which could not be identified by them.

éléments de preuve obtenus dans l'exercice des pouvoirs de contrainte avant et pendant la rencontre du 18 décembre, ni de la preuve dérivée de ces éléments. L'appellant a droit à un nouveau procès dans le cadre duquel sera examinée l'admissibilité des éléments de preuve obtenus dans l'exercice des pouvoirs de contrainte avec pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, ainsi que de la preuve dérivée de ces éléments, au regard du par. 24(2) de la *Charte*. Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de nouveau procès est confirmée.

II. Les faits

À la suite d'une vérification, Revenu Canada a refusé la déduction de pertes agricoles demandée par le contribuable appelant pour les années 1987 à 1989. Une nouvelle cotisation a été établie pour ces années au motif que les activités agricoles de l'appelant constituaient une démarche personnelle, et non une entreprise. En 1994, James Edward Thatcher, conseiller technique de la Section de la vérification des dossiers d'entreprises de Revenu Canada à Vancouver, a effectué une vérification informatique qui a révélé que l'appelant avait demandé la déduction des mêmes pertes agricoles pour les années d'imposition 1990 à 1993. En conséquence, M. Thatcher a sélectionné ces déclarations de revenu pour une vérification de suivi usuelle.

En novembre 1994, M. Thatcher a informé l'appelant, qui était médecin à Kitimat (C.-B.), qu'il effectuait une vérification et qu'il irait le rencontrer au printemps 1995 au sujet de ses activités agricoles et de l'exercice de sa profession de médecin. On a désigné Arvind Pacheco de la Division de la vérification et de l'exécution de Revenu Canada pour travailler avec M. Thatcher à la vérification.

Le 5 juin 1995, MM. Pacheco et Thatcher ont rencontré le comptable de l'appelant, Carlyle Shepherd, au bureau de ce dernier pour examiner les livres et registres de l'appelant. En examinant les registres, M. Thatcher a constaté que les honoraires payés par le Medical Service Plan (« MSP ») étaient déposés directement dans les comptes de l'appelant deux fois par mois. Il y avait dans les mêmes comptes d'autres dépôts dont ils n'ont pu déterminer la source.

8

9

10

- 11 On June 7, 1995, Pacheco and Thatcher met with the appellant at the appellant's office in the Kitimat General Hospital. Complying with a request by the auditors, the appellant produced two receipt books. Comparing the receipt books to the bank records, the auditors deduced that office income had not been reported.
- 12 Pacheco wrote to the appellant on June 21, 1995, requesting additional information and, on July 27, 1995, he wrote again stating that if the information was not forthcoming, requirements demanding it or a reassessment based on the information currently available would be issued.
- 13 Pacheco met with the appellant at his farm in Delta, British Columbia on August 9, 1995. On September 5 and 19, Shepherd provided further information to Pacheco on behalf of the appellant.
- 14 On November 20, 1995, Pacheco telephoned the appellant to set up a meeting for December 18, 1995. He also questioned the appellant about the unidentified deposits that he had proposed to include in income. The appellant responded that they were loans.
- 15 Pacheco wrote to the appellant on December 7, 1995, asking him to provide further information and asking him to identify certain deposits before the December 18 meeting.
- 16 The auditors met with the appellant on December 18 at the Vancouver District Office of Revenue Canada for over three hours. The appellant was questioned extensively about the unidentified deposits and unreported income. In the course of this meeting, the appellant admitted that he had mistakenly failed to report certain amounts as income.
- 17 At no point did the auditors inform the appellant of any concern about tax evasion or about any rights he might have under the *Charter* in relation to the inquiries being made of him. The following documents and information had been obtained in the course of the audit:
- Le 7 juin 1995, MM. Pacheco et Thatcher ont rencontré l'appelant à son bureau au Kitimat General Hospital. En réponse à une demande des vérificateurs, l'appelant a produit deux livrets de reçus. En comparant les livrets de reçus aux documents bancaires, les vérificateurs ont conclu que certains revenus du bureau de l'appelant n'avaient pas été déclarés.
- M. Pacheco a écrit à l'appelant le 21 juin 1995 pour lui demander des renseignements additionnels et lui a écrit de nouveau le 27 juillet 1995 pour lui dire que s'il ne recevait pas les renseignements demandés, une demande péremptoire lui serait adressée ou une nouvelle cotisation fondée sur les renseignements disponibles serait établie.
- M. Pacheco a rencontré l'appelant à son exploitation agricole à Delta (Colombie-Britannique) le 9 août 1995. Le 5 et le 19 septembre, M. Shepherd a fourni d'autres renseignements à M. Pacheco au nom de l'appelant.
- Le 20 novembre 1995, M. Pacheco a téléphoné à l'appelant pour organiser une rencontre le 18 décembre 1995. Il a également interrogé l'appelant au sujet des dépôts de source inconnue qu'il se proposait d'inclure dans son revenu. L'appelant a répondu qu'il s'agissait de prêts.
- M. Pacheco a écrit à l'appelant le 7 décembre 1995 pour lui demander de fournir d'autres renseignements et d'indiquer la source de certains dépôts avant la rencontre du 18 décembre.
- La rencontre du 18 décembre entre les vérificateurs et l'appelant a eu lieu au bureau de district de Revenu Canada à Vancouver et a duré plus de trois heures. On a longuement interrogé l'appelant au sujet des dépôts de source inconnue et des revenus non déclarés. Au cours de cette rencontre, l'appelant a admis avoir omis par erreur de déclarer certains revenus.
- Les vérificateurs n'ont jamais informé l'appelant de leurs doutes quant à une fraude fiscale ni des droits que la *Charte* pouvait lui conférer relativement aux examens dont il faisait l'objet. Les documents et les renseignements suivants ont été obtenus au cours de la vérification :

- | | |
|--|---|
| (a) the appellant's filed income tax returns; | a) les déclarations de revenu produites par l'appellant; |
| (b) the working papers of the Revenue auditor who had previously examined the appellant's farming loss claim for 1987-89; | b) les documents de travail du vérificateur de Revenu Canada, qui avait examiné la demande de déduction de pertes agricoles présentée par l'appellant pour les années 1987 à 1989; |
| (c) two boxes of financial records at the appellant's accountants; | c) deux boîtes de dossiers financiers qui se trouvaient chez les comptables de l'appellant; |
| (d) a receipt book kept at the appellant's office; | d) un livret de reçus conservé au bureau de l'appellant; |
| (e) a journal recording cheques and cash received and petty cash, kept at the appellant's office; | e) un journal faisant état des chèques et de l'argent reçus ainsi que des fonds de petite caisse, conservé au bureau de l'appellant; |
| (f) bank statements and bank deposit slips, some kept by the appellant and some obtained from the banks; | f) des relevés bancaires et des bordereaux de dépôt, dont certains avaient été conservés par l'appellant et d'autres obtenus des banques; |
| (g) cheques from the Workers' Compensation Board to the appellant, obtained from the Board; | g) des chèques du Workers' Compensation Board payables à l'ordre de l'appellant, obtenus de cet organisme; |
| (h) oral and written responses by the appellant's accountants to specific queries and requests for documents, including handwritten income and expense statements; | h) les réponses orales et écrites données par les comptables de l'appellant à des demandes expresses de documents, y compris un état des revenus et des dépenses sous forme manuscrite; |
| (i) statements made by the appellant to the auditors in telephone conversations and in interviews on June 7 and December 18, 1995. | i) les déclarations faites par l'appellant aux vérificateurs lors de conversations téléphoniques et d'entrevues le 7 juin et le 18 décembre 1995. |

Following a meeting on December 29, 1995, the auditor, with the appellant's consent, obtained documents from certain brokerage firms and chartered banks.

After December 18, 1995, but before January 18, 1996, Pacheco met with Mr. Fleming, his group head, and Mr. Richard Olney, of Special Investigations, the criminal enforcement branch of Revenue Canada. The outcome of the meeting was a referral of the appellant's file to Special Investigations on January 18, 1996, pursuant to instructions of Pacheco's supervisor.

À la suite d'une réunion tenue le 29 décembre 1995, le vérificateur a obtenu, avec le consentement de l'appellant, des documents détenus par certaines maisons de courtage et banques à charte.

Après le 18 décembre 1995, mais avant le 18 janvier 1996, M. Pacheco a rencontré M. Fleming, son chef de groupe, et M. Richard Olney des Enquêtes spéciales, la direction générale de Revenu Canada chargée de l'exécution en matière criminelle. La rencontre a abouti au renvoi du dossier de l'appellant aux Enquêtes spéciales le 18 janvier 1996 conformément aux directives du superviseur de M. Pacheco.

18

19

20

On February 26 and 27, 1996, Olney and Fleming interviewed two witnesses who had previously been interviewed by the auditors. Requirement letters were served on four banks and on the appellant's accountant. On February 28, 1996, Olney and Fleming met the appellant at his office. They read him a caution from a card advising him generally that he was not obliged to make any statements but if he did so they might be used in evidence and that he had a right to retain and instruct a lawyer. The appellant declined to answer any questions. On February 28, 1996, a Prosecution Report was prepared. The appellant was charged with six counts of committing an offence contrary to s. 239(1) of the Act on August 26, 1996.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

21

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

Le 26 et le 27 février 1996, MM. Olney et Fleming ont interrogé deux témoins que les vérificateurs avaient déjà interrogés. Des demandes péremptoires ont été signifiées à quatre banques ainsi qu'au comptable de l'appelant. Le 28 février 1996, MM. Olney et Fleming ont rencontré l'appelant à son bureau. Ils lui ont lu la mise en garde figurant sur une fiche, l'informant de façon générale qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et qu'il n'était pas tenu de parler, mais que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve. L'appelant n'a accepté de répondre à aucune question. Le 28 février 1996, un rapport de poursuite a été préparé. Six chefs d'accusation d'une infraction prévue au par. 239(1) ont été portés contre l'appelant le 26 août 1996.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre, dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise où sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

. . .

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

. . .

239. (1) Every person who has

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

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

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

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

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

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

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

. . .

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

. . .

239. (1) Toute personne qui, selon le cas :

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

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

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

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

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

commet une infraction et, en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :

(f) a fine of not less than 50%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded, or

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

(2) Every person who is charged with an offence described in subsection (1) may, at the election of the Attorney General of Canada, be prosecuted on indictment and, if convicted, is, in addition to any penalty otherwise provided, liable to

(a) a fine of not less than 100% and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded; and

(b) imprisonment for a term not exceeding 5 years.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

IV. Judicial History

A. *Provincial Court of British Columbia* — July 21, 1997

Graham Prov. Ct. J. denied the appellant's motion for a stay of proceedings, or, in the alternative, for an order under s. 24(2) of the *Charter* that evidence obtained from the appellant by auditors of Revenue Canada be excluded because the appellant's *Charter* rights had been breached.

f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluider;

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

(2) Toute personne accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation et, si elle est déclarée coupable, encourt, outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) d'une part, une amende de 100 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluider;

b) d'autre part, un emprisonnement maximal de cinq ans.

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique* — le 21 juillet 1997

Le juge Graham de la Cour provinciale a rejeté la requête que l'appelant avait déposée en vue d'obtenir un arrêt des procédures ou, subsidiairement, une ordonnance, sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, portant que les éléments de preuve obtenus de lui par les vérificateurs de Revenu Canada devaient être écartés parce qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*.

The trial judge found that the audit was continued throughout Pacheco's involvement with the file and that he had not reached any conclusion that the appellant had evaded taxes before he was told by his supervisor to refer the file to Special Investigations after the December 18 meeting. The appellant was found guilty of each count of tax evasion.

B. *Supreme Court of British Columbia*, [1999] 3 C.T.C. 386

The appellant sought an order under s. 24(2) that all evidence obtained directly or indirectly through an audit conducted under the *Income Tax Act* was inadmissible in a criminal proceeding.

The summary conviction appeal judge found that there was no direct adversarial relationship between the taxpayer and the state prior to December 18, 1995 and that the information requested by Revenue Canada up to that date was pre-existing business documents to which little *Charter* protection applied. He pointed out that, if information gathered in an audit could not be used in a later prosecution, the tax evasion provisions would be ineffective to the point that even a search warrant might not be obtained.

On the issue of whether the actions of Revenue Canada were part of an audit or an investigation, Millward J. noted that the parties were in agreement, supported by case law, that the appropriate test to apply was whether the predominant purpose of Revenue Canada's actions was to further an audit or an investigation but he found the test to be artificial and inappropriate in these circumstances.

Millward J. disagreed with the trial judge's finding that an investigation had not commenced even after the December 18 meeting because Thatcher thought it was premature to refer the file to Special Investigations until the audit was completed. Instead, Millward J. found that the predominant

Le juge du procès a conclu, d'une part, que la vérification s'est poursuivie pendant la participation de M. Pacheco au dossier et, d'autre part, que ce dernier n'était pas arrivé à la conclusion que l'appellant avait fraudé le fisc avant que son superviseur lui dise, après la rencontre du 18 décembre, de renvoyer le dossier aux Enquêtes spéciales. L'appellant a été déclaré coupable de chaque chef de fraude fiscale.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] 3 C.T.C. 386

L'appellant a demandé que soit rendue, sous le régime du par. 24(2), une ordonnance portant que tous les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement au cours d'une vérification effectuée en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont inadmissibles dans une instance criminelle.

Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu qu'il n'existait pas de relation directe de nature contradictoire entre le contribuable et l'État avant le 18 décembre 1995 et que les renseignements demandés par Revenu Canada jusqu'à cette date étaient des documents d'entreprise préexistants à l'égard desquels la *Charte* n'accordait qu'une protection très limitée. Il a souligné que, si les renseignements recueillis au cours d'une vérification ne pouvaient être utilisés dans une poursuite ultérieure, les dispositions sur la fraude fiscale seraient tellement inefficaces qu'il était même possible qu'un mandat de perquisition ne puisse pas être obtenu.

Quant à savoir si les actions de Revenu Canada s'inscrivaient dans le cadre d'une vérification ou d'une enquête, le juge Millward a noté que les parties avaient convenu, conformément à la jurisprudence, que le critère applicable consistait à déterminer si l'objet prédominant des actions de Revenu Canada était d'effectuer une vérification ou une enquête; le juge a toutefois conclu que ce critère était artificiel et inapproprié dans les circonstances.

Le juge Millward n'a pas retenu la conclusion du juge du procès selon laquelle, même après la rencontre du 18 décembre, aucune enquête n'avait débuté, parce que M. Thatcher estimait qu'il était prématuré de renvoyer le dossier aux Enquêtes spéciales tant que la vérification n'était pas

23

24

25

26

27

purpose of the auditor's actions after the December 18 meeting was to gather information to be used in their criminal investigation. He allowed the appeal, set aside the convictions and ordered a new trial on all counts and in particular to consider the evidence obtained after the December 18 meeting in light of s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Court of Appeal for British Columbia* (2000), 149 C.C.C. (3d) 127

terminée. Le juge Millward a plutôt conclu que l'objet prédominant des actions des vérificateurs après la rencontre du 18 décembre était de recueillir des renseignements dont ils se serviraient dans leur enquête criminelle. Il a accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de tous les chefs d'accusation et, en particulier, pour que les éléments de preuve obtenus après la rencontre du 18 décembre soient examinés au regard du par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 149 C.C.C. (3d) 127

28

Rowles J.A., for the court, dismissed the appellant Ling's appeal that Millward J. had erred in failing to make an order excluding all evidence obtained pursuant to the *Income Tax Act* requirement power for use in criminal proceedings against the appellant.

Le juge Rowles a rejeté, au nom de la Cour d'appel, l'appel que l'appellant Ling avait interjeté en soutenant que le juge Millward avait commis une erreur en ne rendant pas une ordonnance qui écarterait l'utilisation, dans une instance criminelle engagée contre l'appellant, de tous les éléments de preuve obtenus dans l'exercice des pouvoirs de contrainte conférés par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

V. Issue

V. La question en litige

29

This appeal raises a single issue:

Le présent pourvoi soulève une seule question :

Can the appellant claim use immunity for the compelled statements and derivative use immunity for the "product" of his compelled testimony?

L'appellant peut-il revendiquer l'immunité contre l'utilisation de ses déclarations forcées et contre l'utilisation de la preuve dérivée de son témoignage forcé?

VI. Analysis

VI. Analyse

A. *Application of Jarvis Principles*

A. *Application des principes énoncés dans l'arrêt Jarvis*

30

The answer to the above question hinges on whether Revenue Canada was conducting an investigation into the commission of an offence under the Act when it gathered evidence from the appellant pursuant to the requirement power. At what point did the adversarial relationship crystallize? As stated in *Jarvis*, an audit and an investigation are not mutually exclusive. Revenue Canada may conduct both concurrently. Revenue Canada must be careful, however, not to use the requirement power of the audit to gather further evidence for an investigation

Pour trancher la question susmentionnée, il faut décider si Revenu Canada enquêtait sur la perpétration d'une infraction prévue par la Loi quand il a recueilli des éléments de preuve auprès de l'appellant en exerçant ses pouvoirs de contrainte. À quel moment la relation de nature contradictoire s'est-elle cristallisée? Comme nous l'avons précisé dans l'arrêt *Jarvis*, une vérification et une enquête ne s'excluent pas mutuellement. Revenu Canada peut effectuer une vérification et une enquête en même temps. Revenu Canada doit toutefois faire

after it has commenced. If it does so it violates the *Charter* rights of the investigated taxpayer.

Applying the factors set out in *Jarvis* to determine the commencement of an investigation, we come to the following conclusions based on the trial record:

(a) The authorities did not have reasonable grounds to lay charges before December 18, 1995.

(b) It did not appear prior to the December 18 meeting that a decision to proceed with a criminal investigation could have been made.

(c) The general conduct of the tax authorities was not such that it had decided the taxpayer was under investigation for s. 239 offences.

(d) The auditors had not transferred their files and materials to the investigators until January 18, 1996.

(e) The decision to proceed with a criminal investigation had only been made after December 18, 1995.

(f) The conduct of the auditors was not such that they were effectively acting as agents for the investigators.

(g) It does not appear that the investigators intended to use the auditors as their agent in the collection of evidence.

B. Conclusion

We conclude, as did Millward J., that the audit was conducted properly as an audit and not as an investigation up to and including the December 18 meeting. However, after that meeting the officials began to investigate the appellant's penal liability. The information gathered pursuant to the requirement power on December 29, 1995 was gathered as part of an investigation and in violation of the

bien attention de ne pas utiliser ses pouvoirs de contrainte propres à une vérification pour recueillir de nouveaux éléments de preuve aux fins d'une enquête. Pareille utilisation porterait atteinte aux droits que la *Charte* garantit au contribuable visé par l'enquête.

Au vu du dossier d'instruction et selon les facteurs énoncés dans l'arrêt *Jarvis* quant au moment où commence une enquête, nous arrivons aux conclusions suivantes :

a) Les autorités n'avaient pas de motifs raisonnables de porter des accusations avant le 18 décembre 1995.

b) Il ne semble pas que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle avant la rencontre du 18 décembre.

c) La conduite des autorités fiscales, dans son ensemble, ne donnait pas à croire qu'elles avaient décidé de soumettre le contribuable à une enquête relativement à des infractions prévues à l'art. 239.

d) Les vérificateurs n'ont pas transféré leurs dossiers et leurs documents aux enquêteurs avant le 18 janvier 1996.

e) La décision d'entreprendre une enquête criminelle n'a été prise qu'après le 18 décembre 1995.

f) La conduite des vérificateurs ne permettait pas de conclure qu'ils agissaient en fait comme mandataires des enquêteurs.

g) Il ne semble pas que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser les vérificateurs comme leurs mandataires pour recueillir des éléments de preuve.

B. Conclusion

À l'instar du juge Millward, nous concluons que, jusqu'à la rencontre du 18 décembre inclusivement, la vérification a été effectuée régulièrement comme une vérification et non comme une enquête. Cependant, après cette rencontre, les fonctionnaires ont amorcé une enquête sur la responsabilité pénale de l'appelant. Les renseignements recueillis le 29 décembre 1995 dans l'exercice des pouvoirs de

31

32

appellant's ss. 7 and 8 *Charter* rights. All evidence gathered prior to and during the meeting of December 18 was properly obtained as part of the audit process and could be shared with the Special Investigations Section. All evidence gathered subsequent to that meeting from the appellant prior to warning him that he was the subject of an investigation for the purpose of furthering the investigation or prosecution for s. 239(1) offences violates the appellant's *Charter* rights and will have to be considered in light of s. 24(2) in the new trial as ordered by Millward J. and confirmed by the Court of Appeal.

VII. Disposition

33 The appeal is dismissed and the order for a new trial is confirmed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Scott K. Fenton, Toronto.

contrainte l'ont été dans le cadre d'une enquête, en violation des droits que les art. 7 et 8 de la *Charte* garantissent à l'appelant. Tous les éléments de preuve recueillis avant et pendant la rencontre du 18 décembre l'ont été de façon régulière dans le cadre de la vérification et pouvaient être partagés avec la Section des enquêtes spéciales. Tous les éléments de preuve visant à faire avancer l'enquête ou la poursuite relative à des infractions prévues au par. 239(1) qui ont été obtenus de l'appelant après cette rencontre, avant qu'il ne soit informé qu'il faisait l'objet d'une enquête, violent les droits que la *Charte* garantit à l'appelant et devront être examinés au regard du par. 24(2) dans le cadre du nouveau procès qui sera tenu conformément à l'ordonnance rendue par le juge Millward et confirmée par la Cour d'appel.

VII. Dispositif

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de nouveau procès est confirmée.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Scott K. Fenton, Toronto.

INDEX

ACCESS TO INFORMATION

Documents held by public bodies — Restrictions on right to access — Protection of personal information — Journalist requesting disclosure of document concerning expenses of Members of National Assembly prepared by Assembly's services — Commission d'accès à l'information refusing disclosure under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information — Whether Commission's decision unreasonable — Whether document requested is a document produced "for" a Member of the National Assembly within the meaning of s. 34 — Whether a Member of the National Assembly may be considered to constitute a public body within the meaning of s. 57 — Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, ss. 34, 57.

MACDONELL v. QUEBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION), 661.

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — Commission d'accès à l'information — Standard of review applicable to Commission's decisions under ss. 34 and 57 of Act Respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1.

MACDONELL v. QUEBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION), 661.

BARRISTERS AND SOLICITORS

1. Crown prosecutors — Breach of ethics — Law Society's jurisdiction — Law Society rule requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether Law Society has jurisdiction to review allegation Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information — Whether rule interfering with prosecutorial discretion — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

KRIEGER v. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 372.

BARRISTERS AND SOLICITORS — Concluded

2. Duty of loyalty — Conflict of interest — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Proper limits of a lawyer's "duty of loyalty" to a current client in a case where the lawyer did not receive any confidential information relevant to the matter in which he proposes to act against the current client's interest.

R. v. NEIL, 631.

CIVIL RIGHTS

Discrimination — Employment — "Marital status" — "Family status" — Employee dismissed from employment because of particular identity of spouse and child — Meaning of "marital status" and "family status" — Whether prohibited grounds of "marital status" and "family status" broad enough to include adverse distinction based on particular identity of complainant's spouse or family member — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H-19, ss. 5(1), 10(1).

B v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 403.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Validity of legislation — Legislation exempting Cabinet confidences from disclosure — Whether legislation unconstitutional by reason of unwritten principles of Canadian Constitution — Whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39 — Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.

BABCOCK v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 3.

2. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable —

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); R. v. FINK, 209.

3. Charter of Rights — Right to bail — Presumption of innocence — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” infringing presumption of innocence and right “not to be denied reasonable bail without just cause” — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

R. v. HALL, 309.

4. Charter of Rights — Right to bail — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice” infringing right “not to be denied reasonable bail without just cause” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

R. v. HALL, 309.

5. Charter of Rights — Remedy — First part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” inconsistent with Charter rights — Second part of s. 515(10)(c) authorizing denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” constitutional — Appropriate remedy — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

R. v. HALL, 309.

6. Division of powers — Criminal law — Administration of justice — Rule adopted under provincial Law Society legislation requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether rule *intra vires* province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

KRIEGER v. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 372.

7. Charter of Rights — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother’s trial for same murder — Whether accused’s cross-examination contrary to s. 13 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

R. v. NOËL, 433.

8. Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 519.

9. Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 519.

10. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Restraint order on certain property under Criminal Code — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. LAROCHE, 708.

11. Charter of Rights — Fundamental justice — Principle against self-incrimination — Extent to which taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act benefits from principle against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. JARVIS, 757.

12. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act — Whether documents obtained under ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act after penal investigation has commenced violate taxpayer’s right against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1).

R. v. JARVIS, 757.

13. Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Revenue Canada receiving information alleging that taxpayer had committed tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditor pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks and search warrant — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. JARVIS, 757.

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

14. Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditors pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. LING, 814.

COURTS

Abuse of process — Third party claim — Third party claim not constituting abuse of process.

CANAM ENTERPRISES INC. v. COLES, 307.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Leader of a cult charged with sexual offences relating to multiple complainants — Two complainants not members of accused's cult but resident with accused — Remaining complainants disciples of accused — Whether evidence of each count of sexual misconduct was admissible as similar fact evidence of all other charges.

R. v. SHEARING, 33.

2. Evidence — Cross-examination — Sexual offences — Diary — Trial judge permitting cross-examination of one complainant with respect to specific entries in her diary arguably inconsistent with her testimony at trial but not with respect to absence of any references to abuse in diary — Whether cross-examination on absence of reference to abuse should have been allowed.

R. v. SHEARING, 33.

3. Procedure — Solicitor-client privilege — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); R. v. FINK, 209.

CRIMINAL LAW — Concluded

4. Judicial interim release — Justification for detention in custody — Accused denied bail under s. 515(10)(c) of Criminal Code in order “to maintain confidence in the administration of justice” — Whether bail judge erred in denying bail on that basis — Whether s. 515(10)(c) of Criminal Code unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

R. v. HALL, 309.

5. Charge to jury — Intoxication — Presumption of intent.

R. v. WILSON, 629.

6. Remedies — Stay of proceedings — Accused seeking stay of criminal prosecutions on basis that his lawyers were in a conflict of interest — Whether stay of jury's guilty verdict warranted.

R. v. NEIL, 631.

7. Proceeds of crime — Restraint order — Special warrant of seizure — Application for review — Burden of proof — Exercise of power of review — Whether power of review may be exercised only within limits defined by courts in wiretap authorization reviews — Whether review judge may consider validity of search warrants underlying seizure and restraint proceedings — Whether review judge erred in quashing restraint order and special warrants of seizure — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. LAROCHE, 708.

8. Proceeds of crime — Restraint order — Nature and scope of restraint orders — Whether restraint order a seizure within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.33(3).

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. LAROCHE, 708.

ELECTIONS

Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 519.

EVIDENCE

1. Disclosure of government information — Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council — Government

EVIDENCE — Concluded

claiming in litigation with staff lawyers that certain documents were Cabinet confidences and consequently exempt from disclosure under s. 39 of Canada Evidence Act — Processes by which Cabinet confidentiality may be claimed and relinquished — Requirements for valid certification — Whether by releasing some documents Crown has waived its right to invoke s. 39 over other documents — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.

BABCOCK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 3.

2. Cross-examination — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Accused having invoked s. 5(2) of Canada Evidence Act at his brother's trial — Whether Crown should have been prevented from introducing prior testimony at accused's own trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2).

R. v. NOËL, 433.

HYPOTHECS

Exercise of hypothecary rights — Taking in payment — Need for hypothecary creditor to obtain authorization from court before taking property in payment where debtor has already discharged one-half or more of obligation secured by hypothec — Whether expression "obligation secured by the hypothec" in art. 2778 C.C.Q. refers to capital and interest on capital.

CIBC MORTGAGE CORP. V. VASQUEZ, 168.

INCOME TAX

1. Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

R. v. JARVIS, 757.

2. Administration and enforcement — Audits and investigations — Sections 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act available "for any purpose related to administration or enforcement" of Income Tax Act — Whether "enforcement" of Income Tax Act

INCOME TAX — Concluded

includes investigation and prosecution of offences under s. 239 of Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239.

R. v. JARVIS, 757.

3. Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

R. v. LING, 814.

INSURANCE

1. Automobile insurance — Underinsured driver coverage — Subrogation — Limits agreement between insured and underinsured tortfeasor made without notice to insurer — Agreement providing that tortfeasor would admit to fault at trial and that insured would not pursue damages beyond limits of tortfeasor's insurance — Insurer denying insurer's claim for damages over and above tortfeasor's coverage limit — Whether limits agreement justifying denial of claim.

SOMERSALL V. FRIEDMAN, 109.

INTERNATIONAL LAW

1. Sovereign immunity — Attornment to Canadian court's jurisdiction exception — Germany initiating extradition process against Canadian citizen — Citizen arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether attornment to Canadian court's jurisdiction exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether Germany waived its immunity from lawsuits in Canadian courts when it initiated extradition process — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 4(2)(b).

SCHREIBER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 269.

2. Sovereign immunity — Personal injury exception — Scope of exception — Germany initiating extradition process against

INTERNATIONAL LAW — Concluded

Canadian citizen — Citizen arrested by RCMP and spending eight days in jail — Citizen suing Germany seeking damages for personal injuries suffered as a result of his arrest and detention in Canada — Whether Germany immune from jurisdiction of Canadian courts — Whether personal injury exception applicable so as to deprive Germany of its immunity from instant action — Whether exception distinguishes between *jure imperii* and *jure gestionis* acts — Whether exception applies only to claim of physical injury — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a).

SCHREIBER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 269.

STATUTES

Interpretation — Bilingual statutes — Personal injury exception to state immunity — Meaning of expression “personal injury” — Whether French version best reflects common intention of legislator found in both versions — Whether amendment made by Federal Law-Civil Law Harmonization Act to English version substantively changed the law — Purpose of harmonization legislation — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6(a) — Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 121.

SCHREIBER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 269.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

Documents des organismes publics — Restrictions au droit d'accès — Protection des renseignements personnels — Journaliste demandant la divulgation d'un document relatif aux dépenses des membres de l'Assemblée nationale préparé par les services de l'Assemblée — Divulgation refusée par la Commission d'accès à l'information en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels — La décision de la Commission est-elle déraisonnable? — Le document demandé est-il un document produit « pour le compte » d'un membre de l'Assemblée nationale au sens de l'art. 34? — Un membre de l'Assemblée nationale peut-il être assimilé à un organisme public pour l'application de l'art. 57? — Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 34, 57.

MACDONELL C. QUÉBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION), 661.

ASSURANCE

Assurance automobile — Garantie sous-assurance des tiers — Subrogation — Convention de limitation entre l'assuré et l'auteur du délit sous assuré conclue à l'insu de l'assureur — Convention prévoyant que l'auteur du délit s'avouerait responsable au procès et que l'assuré ne ferait valoir contre lui aucune demande de dommages-intérêts excédant sa garantie d'assurance — Rejet par l'assureur de la demande d'indemnité de l'assuré pour les dommages excédant la garantie d'assurance de l'auteur du délit — La convention de limitation justifiait-elle le rejet de la demande d'indemnité?

SOMERSALL C. FRIEDMAN, 109.

AVOCATS ET PROCUREURS

1. Procureurs du ministère public — Manquement à la déontologie — Compétence du barreau — Règle du barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Le barreau a-t-il compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi malhonnêtement ou de mauvaise foi en

AVOCATS ET PROCUREURS — Fin

omettant de communiquer des renseignements pertinents? — La règle nuit-elle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

KRIEGER C. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 372.

2. Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Accusé demandant l'arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d'intérêts — Limites du « devoir de loyauté » envers un client actuel lorsque l'avocat n'a reçu aucun renseignement confidentiel pertinent quant à l'affaire dans laquelle il entend agir à l'encontre des intérêts de son client actuel.

R. C. NEIL, 631.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission d'accès à l'information — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission rendues en vertu des art. 34 et 57 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1.

MACDONELL C. QUÉBEC (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION), 661.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Validité de la loi — Loi exemptant de divulgation les renseignements confidentiels du Cabinet — La loi est-elle inconstitutionnelle par application des principes non écrits de la Constitution canadienne? — La décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39 — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.

BABCOCK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3.

2. Partage des pouvoirs — Droit criminel — Administration de la justice — Règle adoptée en vertu de la loi provinciale sur le barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Cette

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

règle est-elle conforme aux pouvoirs de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

KRIEGER C. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 372.

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); R. C. FINK, 209.

4. Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Présomption d'innocence — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « [s']il est démontré une autre juste cause » viole-t-elle la présomption d'innocence et le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

R. C. HALL, 309.

5. Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » viole-t-elle le droit constitutionnel « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

R. C. HALL, 309.

6. Charte des droits — Réparation — La première partie de l'art. 515(10)c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « [s']il est démontré une autre juste cause » est incompatible avec les droits garantis par la Charte — La deuxième partie de l'art. 515(10)c) qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » est constitutionnelle — Réparation convenable — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

R. C. HALL, 309.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

7. Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Le contre-interrogatoire de l'accusé était-il contraire à l'art. 13 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

R. C. NOËL, 433.

8. Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

SAUVÉ C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 519.

9. Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

SAUVÉ C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 519.

10. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Ordonnance de blocage sur certains biens en vertu du Code criminel — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

QUÉBEC (PROUREUR GÉNÉRAL) C. LAROCHE, 708.

11. Charte des droits — Justice fondamentale — Principe interdisant l'auto-incrimination — Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. JARVIS, 757.

12. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Contribuable soumis à une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les documents obtenus au moyen des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu après le début d'une enquête pénale portent-ils atteinte au droit du contribuable d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1).

R. C. JARVIS, 757.

13. Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Réception par Revenu Canada de renseignements selon lesquels le contribuable avait commis une fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par un vérificateur fiscal conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques et d'un mandat de perquisition — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. JARVIS, 757.

14. Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par les vérificateurs fiscaux conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. LING, 814.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Chef d'une secte accusé d'infractions d'ordre sexuel contre plusieurs plaignantes — Deux plaignantes ne sont pas membres de la secte de l'accusé mais résident avec lui — Les autres plaignantes sont des adeptes de la secte de l'accusé — La preuve produite à l'égard de chaque chef d'accusation d'inconduite sexuelle était-elle admissible à titre de preuve de faits similaires relativement à toutes les autres accusations?

R. C. SHEARING, 33.

2. Preuve — Contre-interrogatoire — Infractions d'ordre sexuel — Journal intime — Juge du procès autorisant le contre-interrogatoire de l'une des plaignantes sur certaines inscriptions contenues dans son journal intime qui contrediraient son témoignage au procès, mais non sur l'absence de mention de sévices dans

DROIT CRIMINEL — Suite

ce journal — Y avait-il lieu d'autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention de sévices?

R. C. SHEARING, 33.

3. Procédure — Secret professionnel — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.

LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); R. C. FINK, 209.

4. Mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Motifs justifiant la détention — Mise en liberté sous caution de l'accusé refusée en vertu de l'art. 515(10)c) du Code criminel « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a-t-il eu tort de la rejeter pour ce motif? — L'article 515(10)c) du Code criminel est-il inconstitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c).

R. C. HALL, 309.

5. Exposé au jury — Intoxication — Présomption d'intention.

R. C. WILSON, 629.

6. Recours — Arrêt des procédures — Accusé demandant l'arrêt des procédures criminelles au motif que ses avocats étaient en conflit d'intérêts — L'arrêt des procédures relativement au verdict de culpabilité rendu par le jury est-il justifié?

R. C. NEIL, 631.

7. Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Mandat spécial de saisie — Demande de révision — Fardeau de la preuve — Exercice du pouvoir de révision — Le pouvoir de révision s'exerce-t-il seulement dans les limites définies par la jurisprudence en matière de révision d'autorisations d'écoute électronique? — Le juge en révision peut-il considérer la validité des mandats de perquisition sous-jacents aux procédures de saisies et de blocage? — Le juge en révision a-t-il commis une erreur en annulant l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.32, 462.33, 462.34, 462.37.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAROCHE, 708.

8. Produits de la criminalité — Ordonnance de blocage — Nature et portée des ordonnances de blocage — L'ordonnance de blocage est-elle une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte

DROIT CRIMINEL — Fin

canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.33(3).

QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. LAROCHE, 708.

DROIT INTERNATIONAL

1. Immunité de juridiction — Exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens? — L'exception de la reconnaissance de la juridiction du tribunal canadien prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'Allemagne a-t-elle renoncé à l'immunité devant les tribunaux canadiens lorsqu'elle a engagé les procédures d'extradition? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 4(2)b).

SCHREIBER C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 269.

2. Immunité de juridiction — Exception des dommages corporels — Portée — Procédures d'extradition engagées par l'Allemagne contre un citoyen canadien — Citoyen arrêté par la GRC et emprisonné pendant huit jours — Action en dommages-intérêts contre l'Allemagne pour dommages corporels causés par l'arrestation et la détention au Canada — L'Allemagne bénéficie-t-elle de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens? — L'exception des dommages corporels prive-t-elle l'Allemagne de l'immunité en l'espèce? — L'exception fait-elle une distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*? — L'exception s'applique-t-elle uniquement aux préjudices physiques — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a).

SCHREIBER C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 269.

DROITS CIVILS

Discrimination — Emploi — « État matrimonial » — « État familial » — Employé congédié en raison de l'identité de son épouse et de sa fille — Sens des expressions « état matrimonial » et « état familial » — Les motifs de distinction illicite fondée sur l'« état matrimonial » et l'« état familial » ont-ils une portée suffisamment large pour s'appliquer aux cas de distinction préjudiciable fondée sur l'identité particulière du conjoint du plaignant

DROITS CIVILS — Fin

ou d'un autre membre de la famille de ce dernier? — Code des droits de la personne de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1), 10(1).

B C. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 403.

ÉLECTIONS

Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

SAUVÉ C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 519.

HYPOTHÈQUES

Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Nécessité pour le créancier hypothécaire d'obtenir l'autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement lorsque le débiteur a déjà acquitté la moitié ou plus de l'obligation garantie par hypothèque — L'expression « obligation garantie par hypothèque » prévue à l'art. 2778 C.c.Q. vise-t-elle le capital et les intérêts qu'il produit?

CIBC MORTGAGE CORP. C. VASQUEZ, 168.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de

IMPÔT SUR LE REVENU — Fin

l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

R. C. JARVIS, 757.

2. Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Les articles 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le terme « exécution » figurant dans la Loi de l'impôt sur le revenu inclut-il les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions prévues par l'art. 239 de la Loi? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239.

R. C. JARVIS, 757.

3. Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

R. C. LING, 814.

LOIS

Interprétation — Lois bilingues — Immunité des États — Exception des dommages corporels — Sens de « dommages corporels » — Le texte français reflète-t-il mieux l'intention commune du législateur dans les deux versions? — La modification de la version anglaise par la Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil en modifiait-elle la substance? — Objet de la loi d'harmonisation — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 6a) — Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, s. 121.

SCHREIBER C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 269.

PREUVE

1. Divulgence de renseignements du gouvernement — Opposition à la production de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine — Prétention du gouvernement, dans un litige l'opposant à des avocats à son emploi, que certains documents étaient des renseignements confidentiels du Cabinet et pouvaient donc être exemptés de divulgation en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Mécanismes par lesquels le Cabinet peut invoquer la confidentialité de renseignements ou y renoncer — Conditions d'une attestation valide — En divulguant certains documents, la Couronne a-t-elle renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 à l'égard d'autres documents? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

BABCOCK C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 3.

2. Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Accusé ayant invoqué l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada lors du procès de son frère — Le ministère public aurait-il dû être empêché de produire le témoignage antérieur de l'accusé à son propre procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2).

R. C. NOËL, 433.

TRIBUNAUX

Abus de procédure — Mise en cause — La demande de mise en cause ne constitue pas un abus de procédure.

CANAM ENTERPRISES INC. C. COLES, 307.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9