



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2000 Vol. 2

1^{er} cahier, 2000 Vol. 2

Cited as [2000] 2 S.C.R. 3-270

Renvoi [2000] 2 R.C.S. 3-270

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

R. v. Morrisey 90

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

Criminal law — Sentencing — Minimum sentences — Cruel and unusual punishment — Pre-trial custody — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Whether pre-trial custody should be taken into account — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

R. v. Oickle 3

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Common law limits on police interrogation — Proper scope of confessions rule — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police improperly induced suspect’s confession.

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Polygraph — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police’s failure to tell suspect that polygraph results inadmissible producing involuntary confession — Whether misleading of suspect concerning accuracy of polygraph rendered confession involuntary — Whether polygraph creating oppressive atmosphere — Whether tactical disadvantage to defence when suspect confessed following polygraph test relevant to voluntariness of confession.

Criminal law — Appeal — Court of Appeal — Standard of appellate review — Voluntariness of confessions — Court of Appeal disagreeing with trial judge as to weight to be given various pieces of evidence — Whether disagreement grounds to reverse trial judge’s finding on voluntariness of confession.

R. v. Starr 144

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Present intentions exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting statement of intention made by deceased — Whether statement admissible under “present intentions” exception to hearsay rule — Whether statement admissible under principled approach to hearsay admissibility — Whether exceptions to hearsay rule must conform to principled approach to hearsay admissibility — Whether hearsay that fits within traditional exception may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary.

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Morrisey 90

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales — Peine cruelle et inusitée — Période passée sous garde avant le procès — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — La période passée sous garde avant le procès devrait-elle être prise en compte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

R. c. Oickle 3

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Limites imposées par la common law aux interrogatoires policiers — Portée de la règle des confessions — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — Les policiers ont-ils obtenu la confession du suspect de manière irrégulière?

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — Test polygraphique — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — L’omission par les policiers d’informer le suspect de l’inadmissibilité des résultats du test polygraphique a-t-elle eu pour effet de rendre la confession involontaire? — Le fait d’avoir trompé le suspect quant à l’exactitude du test polygraphique a-t-elle rendu la confession involontaire? — Le test polygraphique crée-t-il une atmosphère oppressive? — Le fait que la défense subisse un désavantage d’ordre tactique si l’accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique est-il pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession?

Droit criminel — Appel — Cour d’appel — Norme de contrôle en appel — Caractère volontaire des confessions — Désaccord entre la Cour d’appel et le juge du procès quant au poids à accorder aux différents éléments de preuve — Un tel désaccord justifie-t-il l’infirmité de la décision du juge du procès en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession?

R. c. Starr 144

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception des intentions existantes — Accusé déclaré coupable

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Prior identification exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting police officers' testimony regarding out-of-court identification by witness — Witness not testifying at trial that she had made out-of-court identification — Whether police evidence admissible under traditional exception to hearsay rule — Whether police evidence admissible under principled approach to hearsay admissibility.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge explained concept of reasonable doubt to jury in adequate manner.

SOMMAIRE (Fin)

ble de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès de la déclaration d'intention de la victime — La déclaration est-elle admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire? — La déclaration est-elle admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — Les exceptions à la règle du ouï-dire doivent-elles être conformes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — La preuve par ouï-dire qui relève d'une exception traditionnelle peut-elle tout de même être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire?

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception de l'identification antérieure — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès du témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par un témoin — Témoin n'affirmant pas au procès avoir procédé à une identification extrajudiciaire — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire? — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2000

2^e volume, 2000

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Floyd Oickle *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and the
Criminal Lawyers' Association**
(Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OICKLE

Neutral citation: 2000 SCC 38.

File No.: 26535.

1999: November 2; 2000 September 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Common law limits on police interrogation — Proper scope of confessions rule — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police improperly induced suspect’s confession.

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Polygraph — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police’s failure to tell suspect that polygraph results inadmissible producing involuntary confession — Whether misleading of suspect concerning accuracy of polygraph rendered confession involuntary — Whether polygraph creating oppressive atmosphere — Whether tactical disadvantage to defence when suspect confessed following polygraph test relevant to voluntariness of confession.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Floyd Oickle *Intimé*

et

**Le procureur général de l’Ontario et la
Criminal Lawyers’ Association**
(Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. OICKLE

Citation neutre: 2000 CSC 38.

N° du greffe: 26535.

1999: 2 novembre; 2000: 29 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin,
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA NOUVELLE-
ÉCOSSE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Limites imposées par la common law aux interrogatoires policiers — Portée de la règle des confessions — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — Les policiers ont-ils obtenu la confession du suspect de manière irrégulière?

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — Test polygraphique — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — L’omission par les policiers d’informer le suspect de l’inadmissibilité des résultats du test polygraphique a-t-elle eu pour effet de rendre la confession involontaire? — Le fait d’avoir trompé le suspect quant à l’exactitude du test polygraphique a-t-elle rendu la confession involontaire? — Le test polygraphique crée-t-il une atmosphère oppressive? — Le fait que la défense subisse un désavantage d’ordre tactique si l’accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique est-il pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession?

Criminal law — Appeal — Court of Appeal — Standard of appellate review — Voluntariness of confessions — Court of Appeal disagreeing with trial judge as to weight to be given various pieces of evidence — Whether disagreement grounds to reverse trial judge's finding on voluntariness of confession.

During the police investigation of a series of eight fires, the accused agreed to submit to a polygraph. The test took place in a motel and the police audiotaped the events. The accused was informed of his rights to silence, to counsel, and to leave at any time. He was also informed that while the interpretation of the polygraph results was not admissible, anything he said was admissible. At the conclusion of the test, around 5 p.m., the officer conducting the test informed the accused that he had failed it. The accused was reminded of his rights and questioned for one hour. At 6:30 p.m., a second officer questioned the accused and, after 30 to 40 minutes, the accused confessed to setting the fire to his fiancée's car and provided the police with a statement. He appeared emotionally distraught at this time. The accused was arrested and warned of his rights. At the police station, he was placed in an interview room equipped with videotaping facilities where he was questioned about the other fires. Around 8:30 p.m. and 9:15 p.m., the accused indicated that he was tired and wanted to go home. He was informed that he was under arrest and he could call a lawyer but that he could not go home. A third officer took over the interrogation at 9:52 p.m. He questioned the accused until about 11:00 p.m., at which time the accused confessed to setting seven of the eight fires. The accused was then seen crying with his head in his hands. The police then took a written statement from the accused. He was placed in a cell to sleep at 2:45 a.m. At 6:00 a.m., a police officer noticed that the accused was awake and asked whether he would agree to a re-enactment. On the tape of the re-enactment, the accused was informed of his rights and was advised that he could stop the re-enactment at any time. The police drove the accused to the various fire scenes, where he described how he had set each fire. The accused was charged with seven counts of arson. The trial judge ruled on a *voir dire* that the accused's statements, including the video re-enactment, were voluntary and admissible, and subsequently convicted him on all

Droit criminel — Appel — Cour d'appel — Norme de contrôle en appel — Caractère volontaire des confessions — Désaccord entre la Cour d'appel et le juge du procès quant au poids à accorder aux différents éléments de preuve — Un tel désaccord justifie-t-il l'infirmité de la décision du juge du procès en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession?

Au cours d'un interrogatoire policier portant sur une série de huit incendies, l'accusé a accepté de se soumettre à un test polygraphique. Le test a eu lieu dans un motel et les policiers ont enregistré sur bande audio ce qui s'y est déroulé. L'accusé a été informé de son droit de garder le silence, de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de s'en aller en tout temps. Il a également été informé que, quoique l'interprétation des résultats du test polygraphique ne soit pas admissible en preuve, toute déclaration de sa part l'était. À la fin du test, vers 17 h, le policier chargé d'administrer le test a dit à l'accusé qu'il l'avait échoué. Après avoir rappelé à l'accusé ses droits, on l'a interrogé pendant une heure. À 18 h 30, un second policier a interrogé l'accusé et, après 30 à 40 minutes, celui-ci a avoué avoir incendié l'automobile de sa fiancée et fourni une déclaration à la police. L'accusé paraissait bouleversé à ce moment-là. Il a été arrêté et informé de ses droits. Au poste de police, l'accusé a été placé dans une salle d'entrevue dotée de matériel d'enregistrement magnétoscopique, où il a été interrogé sur les autres incendies. Vers 20 h 30 et 21 h 15, l'accusé a indiqué qu'il était fatigué et qu'il voulait rentrer à la maison. Il a été informé qu'il était en état d'arrestation et qu'il pouvait appeler un avocat, mais qu'il ne pouvait retourner chez lui. Un troisième policier a poursuivi l'interrogatoire à partir de 21 h 52. Il a interrogé l'accusé jusqu'à 23 h environ; à ce moment-là, l'accusé a avoué qu'il avait allumé sept des huit incendies. Il a été vu en pleurs, la tête entre les mains. La police a ensuite recueilli une déclaration écrite de l'accusé. À 2 h 45, l'accusé a été enfermé dans une cellule pour qu'il puisse dormir. À 6 h, un policier s'est rendu compte que l'accusé était réveillé et il lui a demandé s'il consentait à prendre part à une reconstitution. L'enregistrement de la reconstitution révèle que l'accusé a été informé de ses droits et qu'il a été avisé qu'il pouvait en tout temps mettre fin à la reconstitution. Les policiers ont conduit l'accusé aux divers endroits où les incendies avaient eu lieu; là, l'accusé leur a décrit comment il avait allumé chaque incendie. Il a été accusé de sept chefs d'incendie criminel. Le juge du procès a, au terme d'un *voir-dire*, estimé que les déclarations de l'accusé, ainsi que la bande vidéo de la reconstitution, étaient volontaires et admissibles, et il a par la suite

counts. The Court of Appeal excluded the confessions and entered an acquittal.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The confessions rule focuses not just on reliability but also on voluntariness broadly defined. The common law confessions rule can offer protections beyond those guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While it may be appropriate in certain cases to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume one subsumes the other entirely. In defining the confessions rule it is important to keep in mind its twin goals of protecting the rights of the accused without unduly limiting society's need to investigate and solve crimes.

The application of the confessions rule is of necessity contextual. Hard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession. When reviewing a confession, a trial judge should therefore consider all the relevant factors. The judge should strive to understand the circumstances surrounding the confession and ask if it gives rise to a reasonable doubt as to the confession's voluntariness, taking into account all the aspects of the rule. The relevant factors include threats or promises, oppression, the operating mind requirement and police trickery. While obviously imminent threats of torture will render a confession inadmissible, most cases will not be so clear. The use of veiled threats, for instance, requires close examination. The police may often offer some kind of inducement to the suspect to obtain a confession. This becomes improper only when the inducements, whether standing alone or in combination with other factors, are strong enough to raise a reasonable doubt about the voluntariness of the confession. An important consideration in all cases is to look for a *quid pro quo* offer by interrogators, regardless of whether it comes in the form of a threat or a promise. Oppressive conditions and circumstances clearly also have the potential to produce an involuntary confession. In assessing oppression, courts should consider whether a suspect was deprived of food, clothing, water, sleep, or medical attention; was denied access to counsel; was confronted with fabricated evidence; or was questioned aggressively for a prolonged period of time. The operat-

déclaré l'accusé coupable de tous les chefs d'accusation. La Cour d'appel a écarté les confessions et inscrit un acquittement.

Arrêt (le juge Arbour est dissidente): Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: La règle des confessions s'attache non seulement à la question de la fiabilité, mais également à la question du caractère volontaire, considérée au sens large. La règle des confessions de la common law peut établir d'autres garanties que celles prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien qu'il puisse être approprié, dans certains cas, d'interpréter un ensemble de droits au regard de l'autre, il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre. En définissant la règle des confessions, il est important d'avoir à l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre.

L'application de la règle des confessions est, par nécessité, contextuelle. Il n'y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession. Le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu'il examine une confession. Le juge doit s'efforcer de bien comprendre les circonstances de la confession et se demander si elles soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession, en tenant compte de tous les aspects de la règle. Parmi les facteurs pertinents, mentionnons les menaces ou les promesses, l'oppression, l'état d'esprit conscient et les ruses policières. Bien que des menaces de torture clairement imminente rendent une confession inadmissible, la plupart des affaires ne sont pas aussi nettes. Le recours à des menaces voilées, par exemple, doit faire l'objet d'un examen serré. Il peut souvent arriver que les policiers offrent une certaine forme d'encouragement au suspect en vue d'obtenir une confession. Cela ne devient inacceptable que lorsque les encouragements — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession. Dans tous les cas, une question importante consiste à se demander si les interrogateurs ont offert une contrepartie, que ce soit sous forme de menaces ou de promesses. Il est clair que des conditions et des circonstances oppressives sont également susceptibles de donner lieu à des confessions involontaires. Le tribunal appelé à déterminer s'il y avait oppression doit exami-

ing mind doctrine only requires that the accused knows what he is saying and that it may be used to his detriment. Like oppression, the operating mind doctrine should not be understood as a discrete inquiry completely divorced from the rest of the confessions rule. The operating mind doctrine is just one application of the general rule that involuntary confessions are inadmissible. Lastly, the police use of trickery to obtain a confession must also be considered in determining whether a confession is voluntary or not. This doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system. There may be situations in which police trickery, though neither violating the right to silence nor undermining voluntariness *per se*, is so appalling as to shock the community. In such cases, the confessions should be excluded.

In sum, because of the criminal justice system's overriding concern not to convict the innocent, a confession will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to voluntariness. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule and a useful term to describe the various rationales underlying the rule. If the police interrogators subject the suspect to utterly intolerable conditions, or if they offer inducements strong enough to produce an unreliable confession, the trial judge should exclude it. Between these two extremes, oppressive conditions and inducements can operate together to exclude confessions. If the trial judge properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for some palpable and overriding error which affected the trial judge's assessment of the facts.

In this case, the Court of Appeal applied the wrong standard of appellate review. Determining whether or not a confession is voluntary is a question of fact, or of mixed law and fact. Therefore, a disagreement with the trial judge regarding the weight to be given various

ner si on a privé le suspect de nourriture, de vêtements, d'eau, de sommeil ou de soins médicaux, si on lui a refusé l'assistance d'un avocat, si on l'a mis en présence d'éléments de preuve fabriquée ou si on l'a interrogé de façon excessivement agressive pendant une période prolongée. La théorie de l'état d'esprit conscient exige seulement que l'accusé sache ce qu'il dit et que ses déclarations peuvent être utilisées contre lui. Tout comme l'oppression, la théorie de l'état d'esprit conscient ne doit pas être considérée comme une enquête distincte, complètement dissociée du reste de la règle des confessions. La théorie de l'état d'esprit conscient n'est qu'une application de la règle générale selon laquelle les confessions involontaires sont inadmissibles. Enfin, la question de savoir si les policiers ont utilisé des ruses en vue d'obtenir la confession doit également être prise en considération pour déterminer si une confession est volontaire ou non. Cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu'elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale. Il peut survenir des situations où, quoique la ruse utilisée par les policiers ne porte pas atteinte au droit au silence ni ne mine le caractère volontaire de la confession comme tel, elle soit si odieuse qu'elle choque la collectivité. Dans de tels cas, les confessions doivent être écartées.

Pour résumer, comme le souci premier du système de justice pénale est d'éviter qu'un innocent soit déclaré coupable, une confession ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. Le caractère volontaire est la pierre d'assise de la règle des confessions et une expression utile pour décrire les divers fondements de cette règle. Si les policiers qui mènent l'interrogatoire soumettent le suspect à des conditions tout à fait intolérables ou s'ils lui donnent des encouragements assez importants pour qu'il fasse une confession non fiable, le juge du procès doit écarter cette confession. Entre ces deux extrêmes, l'existence d'une combinaison de conditions oppressives et d'encouragements peut avoir pour effet d'entraîner l'exclusion d'une confession. Si le juge du procès examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l'égard du caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si le juge a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits.

En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué la mauvaise norme de contrôle en appel. La question de savoir si une confession est volontaire ou non est soit une question de fait, soit une question mixte de fait et de droit. En conséquence, un désaccord avec le juge du procès relative-

pieces of evidence is not grounds to reverse a finding on voluntariness. The Court of Appeal also reached the wrong conclusion with regard to voluntariness. The police conducted a proper interrogation. The accused was fully apprised of his rights at all times. The police questioning, while persistent and often accusatorial, was never hostile, aggressive, or intimidating. In this context, the alleged inducements offered by the police do not raise a reasonable doubt as to the confession's voluntariness.

In particular, the police did not improperly offer leniency to the accused by minimizing the seriousness of his offences. While the police did minimize the moral significance of the crimes, they never suggested that a confession would minimize the legal consequences of the accused's crimes. As for the offers of psychiatric help, at no point did the police ever suggest that the accused could only get help if he confessed. There was never any insinuation of a *quid pro quo*. The police did suggest that confession would make the accused feel better, that his fiancée and members of the community would respect him for admitting his problem, and that he could better address his apparent pyromania if he confessed. However, read in context, none of these statements contained an implied threat or promise. As to the alleged threats against the accused's fiancée, there were moments when the police intimated that it might be necessary to question her to make sure she was not involved in the fires. The relationship the accused had with his fiancée was strong enough potentially to induce a false confession were she threatened with harm. However, no such threat ever occurred. The most they did was promise not to polygraph her if the accused confessed. Given the entire context, the most likely reason to polygraph her was not as a suspect, but as an alibi witness. This is not a strong enough inducement to raise a reasonable doubt as to the voluntariness of the accused's confession. The timing of the comments regarding his fiancée suggests that there was no causal connection between the police inducements and the subsequent confession. The police did not improperly abuse the accused's trust to obtain a confession. The Court of Appeal criticized the police for questioning the accused in such a gentle, reassuring manner that they gained his trust. This does not render a confession inadmissible. Lastly, to hold that the police conduct in this interrogation was oppressive would leave little scope for police interrogation. They were always courteous; they did not deprive the accused of food, sleep, or water; they never denied him access to the bathroom; they fully apprised

ment au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments de preuve n'est pas un motif justifiant d'infirmer sa conclusion à l'égard du caractère volontaire. La Cour d'appel a en outre tiré la mauvaise conclusion en ce qui concerne le caractère volontaire. Les policiers ont mené l'interrogatoire de façon régulière. L'accusé a été pleinement informé de ses droits tout au long du processus. Les questions des policiers, bien que persistantes et souvent accusatrices, n'étaient jamais hostiles, agressives ou intimidantes. Dans ce contexte, les encouragements reprochés aux policiers ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions.

Plus particulièrement, les policiers n'ont pas irrégulièrement fait une offre de clémence à l'accusé en minimisant la gravité de ses infractions. Quoiqu'il soit vrai que les policiers ont minimisé la portée morale des crimes, ils n'ont jamais laissé entendre à l'accusé qu'une confession de sa part aurait pour effet d'atténuer les conséquences juridiques de ses crimes. Quant aux offres d'assistance psychiatrique, les policiers n'ont jamais laissé entendre à l'accusé qu'il obtiendrait de l'assistance uniquement s'il faisait une confession. Les policiers n'ont jamais évoqué la possibilité d'une contrepartie. Les policiers ont laissé entendre à l'accusé qu'il se sentirait mieux après avoir confessé ses crimes, que sa fiancée et les membres de la collectivité le respecteraient pour avoir admis qu'il avait un problème et qu'il pourrait plus facilement résoudre son problème évident de pyromanie s'il faisait une confession. Cependant, compte tenu du contexte dans lequel elles ont été faites, aucune de ces déclarations ne comportait de menace ou promesse implicite. Quant aux menaces qui auraient été faites concernant la fiancée de l'accusé, il y a eu des moments où les policiers ont laissé entendre qu'il pourrait être nécessaire d'interroger celle-ci pour s'assurer qu'elle n'était pas impliquée dans les incendies. Le lien qui existait entre l'accusé et sa fiancée était suffisamment fort pour inciter l'accusé à faire une fausse confession si elle était menacée de subir un préjudice. Cependant, une telle menace n'a jamais été faite. Les policiers ont tout au plus promis qu'ils ne lui feraient pas subir de test polygraphique si l'accusé faisait une confession. Compte tenu de l'ensemble du contexte, la raison la plus probable de lui faire subir le test polygraphique n'était pas en tant que suspect, mais plutôt comme témoin susceptible d'établir un alibi. Il ne s'agit pas d'un encouragement suffisamment important pour soulever un doute raisonnable en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession de l'accusé. Le moment où les remarques concernant la fiancée de l'accusé ont été faites tend à indiquer qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les encouragements des policiers et la

him of his rights at all times, and they did not fabricate evidence. While the re-enactment was admittedly done at a time when the accused had had little sleep, he was already awake when they approached him, and was told that he could stop at any time.

The mere failure to tell a suspect that the polygraph is inadmissible will not automatically produce an involuntary confession. Courts should engage in a two-step process. First, the confession should be excluded if the police deception shocks the community. Second, even if not rising to that level, the use of deception is a relevant factor in the overall voluntariness analysis. Here, the police made it abundantly clear to the accused just what was admissible and what was not. The accused was not confused on this point. Further, although the police exaggerated the accuracy of the polygraph, merely confronting a suspect with adverse evidence — even exaggerating its accuracy and reliability — will not, standing alone, render a confession involuntary. Finally, tactical disadvantage to the defence when a suspect confesses following a polygraph is not relevant to the voluntariness of the confession; instead, if anything, it simply suggests prejudicial effect. However, given the immense probative value of a voluntary confession, exclusion is inappropriate.

Per Arbour J. (dissenting): There were improper inducements held out by police officers who interrogated the accused and these inducements, considered cumulatively and contextually in light of the “failed” polygraph test, require the exclusion of the accused’s statements. Moreover, the proximity and the causal con-

cession faite subséquemment. Les policiers n’ont pas indûment abusé de la confiance de l’accusé afin d’obtenir une confession. La Cour d’appel reproche aux policiers d’avoir interrogé l’accusé d’une façon si douce et rassurante qu’ils ont obtenu sa confiance. Cela ne rend pas une confession inadmissible. Finalement, conclure que la conduite des policiers au cours de cet interrogatoire était oppressive ne laisserait pas une grande marge de manœuvre aux policiers qui mènent des interrogatoires. Les policiers ont toujours été courtois; ils n’ont ni empêché l’accusé de dormir ni privé ce dernier d’eau ou de nourriture; ils ne l’ont jamais empêché d’aller à la toilette; ils l’ont pleinement informé de ses droits tout au long du processus et n’ont pas fabriqué de preuve. Bien qu’il faille reconnaître que la reconstitution a été faite à un moment où l’accusé avait peu dormi, ce dernier était déjà réveillé quand les policiers lui ont demandé s’il voulait se livrer à la reconstitution et ils l’ont avisé qu’il pouvait y mettre fin en tout temps.

Le simple fait d’omettre d’indiquer au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles en preuve n’a pas automatiquement pour effet de rendre la confession involontaire. Les tribunaux doivent appliquer une démarche en deux étapes. Premièrement, la confession doit être écartée si le subterfuge des policiers choque la collectivité. Deuxièmement, même si le subterfuge n’atteint pas ce degré de gravité, l’utilisation du subterfuge est un facteur pertinent dans l’analyse globale du caractère volontaire. En l’espèce, les policiers ont très clairement indiqué à l’accusé ce qui était admissible et ce qui ne l’était pas. L’accusé n’était pas confus sur ce point. En outre, bien que les policiers aient exagéré l’exactitude du polygraphe, le simple fait de mettre un suspect en présence d’un élément de preuve défavorable — même en exagérant l’exactitude et la fiabilité de cet élément — ne rend pas à lui seul la confession involontaire. En dernier lieu, le fait que la défense subisse un désavantage d’ordre tactique si l’accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique n’est pas pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession; tout au plus suggère-t-il plutôt l’existence d’un effet préjudiciable. Cependant, vu l’immense valeur probante d’une confession volontaire, l’exclusion n’est pas une solution appropriée.

Le juge Arbour (dissidente): Les policiers qui ont interrogé l’accusé lui ont fait des incitations inacceptables qui, considérées cumulativement ainsi que contextuellement en tenant compte de l’«échec» au test polygraphique, requièrent l’exclusion des déclarations de l’accusé. De plus, le peu de temps écoulé et le lien de

nection between the “failed” polygraph test and the confession also compels this result. While some deference is always required because of the privileged position from which the trial judge assesses credibility, including on a *voir dire*, appeal courts must ensure that the question of the voluntariness of a confession was correctly decided by the trial judge, in accordance with the applicable law, and on a reasonable view of the facts.

The statements were obtained as a result of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. Repeated threats and promises were made. They were often subtle, but against the backdrop of the polygraph procedure, they overwhelmed the free will of the accused. The overall interrogation strategy was sound, and although it relied on considerable deception on the part of the police, that in itself is neither illegal nor sufficient to vitiate the voluntary nature of a confession. The line is crossed when, as here, improper inducements are put forward by persons in authority in an oppressive atmosphere, undermining the interrogated person’s control over his mind and will. First, the promise of psychiatric help was improper. While it is true that the police did not explicitly tell the accused that the only way he could get psychiatric help was if he confessed, this was the clear implication of what was said. Second, after the accused’s initial confession, the police minimized the seriousness of the additional legal consequences that would flow from a confession to all the fires, suggesting to the accused that it made no difference whether he had set one or ten fires and that if he confessed, the other fires could be bundled with the car fire. This was clearly improper. Third, the threat to interrogate the accused’s fiancée clearly suggested that the accused could spare her his predicament by admitting his sole involvement in all the fires. The relationship between her and the accused was such that the threats to implicate her placed impermissible pressure on the accused to confess. The foregoing representations constituted threats, promises and inducements within the meaning of the confessions rule and, when combined with the prevalent ambiguity concerning just what was and was not admissible in court against the accused, as well as the oppressive atmosphere created by the “infallible” polygraph test, they are sufficient to raise a reasonable doubt as to voluntariness of the accused’s confessions. The combination of the lies and misrepresentations, which are not impermissible, with the inducements, which are, caused the accused to make involuntary admissions. At the very least, the trial judge

causalité entre le test polygraphique «échoué» et l’obtention de la confession exigent ce résultat. Bien qu’il faille toujours faire preuve d’un certain degré de retenue en raison de la position privilégiée à partir de laquelle le juge du procès évalue la crédibilité, entre autres à l’occasion d’un voir-dire, les tribunaux d’appel doivent s’assurer que le juge du procès a adéquatement décidé de la question du caractère volontaire d’une confession, conformément au droit applicable et selon une interprétation raisonnable des faits.

Les déclarations de l’accusé ont été obtenues par crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage dispensé ou promis par des personnes en situation d’autorité. Les policiers ont fait des menaces et des promesses de façon répétée. Elles étaient souvent subtiles, mais considérées avec la procédure polygraphique en arrière-plan, elles ont subjugué la volonté de l’accusé. La stratégie globale de l’interrogatoire était valable et, bien que les policiers aient eu abondamment recours au subterfuge, de telles manœuvres ne sont en soi ni illégales ni suffisantes pour vicier le caractère volontaire de l’aveu. La limite est franchie lorsque, comme en l’espèce, des personnes en situation d’autorité font des incitations inacceptables dans une atmosphère oppressive, minant ainsi la maîtrise que possède la personne interrogée de son esprit et de sa volonté. Premièrement, la promesse d’assistance psychiatrique était inappropriée. Bien qu’il soit vrai que les policiers n’ont pas dit expressément à l’accusé que la seule façon pour lui d’obtenir de l’assistance psychiatrique était de passer aux aveux, il n’en reste pas moins que c’était clairement ce qui était sous-entendu. Deuxièmement, après la confession initiale de l’accusé, les policiers ont minimisé la gravité des conséquences juridiques additionnelles qui découleraient d’une confession concernant tous les incendies, laissant entendre à l’accusé qu’il n’y avait aucune différence entre le fait d’allumer un incendie ou dix, et que s’il avouait, les incendies des immeubles pourraient être regroupés avec celui de la voiture. Cette suggestion était clairement inappropriée. Troisièmement, la menace d’interroger la fiancée de l’accusé laissait clairement entendre que l’accusé pouvait lui épargner la situation difficile qu’il vivait en avouant que lui seul était impliqué dans tous les incendies. La relation entre l’accusé et sa fiancée était telle que les menaces de la mêler à cette affaire ont exercé une pression inacceptable sur l’accusé pour qu’il fasse une confession. Ces affirmations constituaient des menaces, des promesses et des incitations au sens de la règle des confessions et, conjuguées à l’ambiguïté qui régnait relativement à ce qui était admissible ou non en cour contre l’accusé et à

had to have a reasonable doubt about the application of the classic voluntariness rule.

In addition, the statements are inadmissible on the basis that the manner in which they were obtained by the police places the accused in the unfair position of having to lead prejudicial, unreliable and inadmissible evidence against himself in order to impeach the veracity of the statements obtained. The admission into evidence of a confession, given in circumstances where it is intimately linked to a “failed” polygraph test, as it was in this case, is wholly inconsistent with the holding of this Court in *Béland* and severely, and unjustifiably, prejudices an accused’s fair trial interests. Since the confession and the polygraph are so intimately linked, the accused will unavoidably have to reveal having failed the polygraph if he wishes to cast doubt on the truthfulness of his confession. This comes at too high a cost to the accused’s fair trial interests. He is forced to incriminate himself by introducing an otherwise inadmissible piece of evidence which cannot help but strengthen what is often the sole evidence against him. Given the unparalleled weight attributed to confessions, the prejudicial effect that flows from an accused’s reference to his “failed” polygraph test is overwhelming. Therefore, confessions should be excluded where, as here, the accused, because of the intimate causal and temporal connection between a “failed” polygraph and a subsequent confession, is unable to demonstrate fully the impact of the circumstances surrounding its making without inevitably introducing the polygraph evidence.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Murakami*, [1951] S.C.R. 801; **referred to:** *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Ibrahim v. The King*,

l’atmosphère oppressive créée par l’«infaillibilité» du test polygraphique, elles sont suffisantes pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions de l’accusé. L’effet conjugué des affirmations trompeuses et des mensonges qui ne sont pas interdits en soi d’une part, et des encouragements qui le sont d’autre part, a à mon avis poussé l’accusé à faire des aveux non volontaires. Le juge du procès aurait à tout le moins dû avoir un doute raisonnable quant à l’application de la règle classique du caractère volontaire.

En outre, les déclarations en question sont inadmissibles pour le motif que la manière dont elles ont été obtenues par les policiers place l’accusé dans une situation injuste, savoir qu’il doit produire un élément de preuve préjudiciable, peu fiable et inadmissible pour mettre en doute la véracité des déclarations obtenues. L’admission en preuve d’une confession, faite dans des circonstances où elle est intimement liée à un test polygraphique «échoué», comme ce fut le cas en l’espèce, est tout à fait incompatible avec la décision de notre Cour dans l’arrêt *Béland* et porte une atteinte grave et injustifiée au droit de l’accusé à un procès équitable. Lorsque l’aveu et le test polygraphique sont aussi étroitement liés, l’accusé devra inévitablement révéler qu’il a échoué au test s’il veut mettre en doute la véracité de sa confession. Cela crée un trop grand risque pour le droit de l’accusé à un procès équitable. L’accusé est forcé de s’incriminer en introduisant un élément de preuve qui serait autrement inadmissible et qui ne peut manquer de renforcer ce qui, bien souvent, est la seule preuve dont on dispose contre lui. Vu le poids exceptionnel qui est attribué aux confessions, l’effet préjudiciable de la mention par un accusé de son test polygraphique «échoué» est énorme. Par conséquent, une confession devrait être écartée dans les cas où, comme en l’espèce, l’accusé n’est pas en mesure de démontrer pleinement, en raison de la proximité dans le temps et du lien de causalité étroit qui existent entre le test polygraphique «échoué» et la confession subséquente, l’incidence des circonstances entourant la confession sans introduire inévitablement la preuve obtenue par polygraphe.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts appliqués: *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Murakami*, [1951] R.C.S. 801; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Ibrahim c. The*

[1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553; *R. v. Liew*, [1999] 3 S.C.R. 227; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Reilly v. State*, 355 A.2d 324 (1976); *R. v. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331; *R. v. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207; *R. v. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35; *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 1 A.C. 760; *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. v. Desmeules*, [1971] R.L. 505; *Comeau v. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139; *R. v. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398; *R. v. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81, aff'd [1980] 1 S.C.R. 321 (*sub nom. McFall v. The Queen*); *R. v. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294; *R. v. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207; *R. v. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377; *R. v. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349; *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *R. v. James*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 25, 1991; *R. v. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38; *R. v. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255; *R. v. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408; *R. v. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Fitton, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312; *R. v. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL); *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902; *R. v. Murray*, [1951] 1 K.B. 391; *R. v. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL); *R. v. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL); *Bigaouette v. The King* (1926), 46 C.C.C. 311; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568; *R. v. Guidice*, [1964] W.A.R. 128; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344; *R. v. McIntosh*

King, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553; *R. c. Liew*, [1999] 3 R.C.S. 227; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Reilly c. State*, 355 A.2d 324 (1976); *R. c. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331; *R. c. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207; *R. c. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35; *Commissioners of Customs and Excise c. Harz*, [1967] 1 A.C. 760; *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. c. Desmeules*, [1971] R.L. 505; *Comeau c. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139; *R. c. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398; *R. c. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81, conf. par [1980] 1 R.C.S. 321 (*sub nom. McFall c. La Reine*); *R. c. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294; *R. c. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207; *R. c. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377; *R. c. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349; *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *R. c. James*, C. Ont. (Div. gén.), 25 janvier 1991; *R. c. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38; *R. c. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255; *R. c. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954; *R. c. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408; *R. c. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

R. c. Fitton, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954; *R. c. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL); *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902; *R. c. Murray*, [1951] 1 K.B. 391; *R. c. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL); *R. c. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL); *Bigaouette c. The King* (1926), 46 C.C.C. 311; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. c. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. c. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568; *R. c. Guidice*, [1964] W.A.R. 128; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344; *R. c. McIntosh*

(1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 7 to 14, 10, 14, 24(2).

Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 76(8).

Authors Cited

Bedau, Hugo Adam, and Michael L. Radelet. "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases" (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

Furedy, John J. "The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers" (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263.

Furedy, John J., and John Liss. "Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91.

Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type" (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329.

Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects" (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187.

Kassin, Saul M., and Lawrence S. Wrightsman. "Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts" (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.

Lykken, David T. *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*. New York: Plenum Trade, 1998.

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated January 2000, release 4).

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429.

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979.

(1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 7 à 14, 10, 14, 24(2).

Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 76(8).

Doctrine citée

Bedau, Hugo Adam, and Michael L. Radelet. «Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases» (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

Furedy, John J. «The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers» (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263.

Furedy, John J., and John Liss. «Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91.

Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. «A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type» (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329.

Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. «Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects» (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187.

Kassin, Saul M., and Lawrence S. Wrightsman. «Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts» (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.

Lykken, David T. *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*. New York: Plenum Trade, 1998.

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated January 2000, release 4).

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation» (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429.

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action» (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979.

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189.

Patrick, Christopher J., and William G. Iacono. "Validity of the Control Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias" (1991), 76 *J. App. Psych.* 229.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

White, Welsh S. "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105.

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

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions» (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189.

Patrick, Christopher J., and William G. Iacono. «Validity of the Control Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias» (1991), 76 *J. App. Psych.* 229.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

White, Welsh S. «False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions» (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105.

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

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1998), 16 C.R. (5th) 29, 164 N.S.R. (2d) 342, 491 A.P.R. 342, 122 C.C.C. (3d) 506, [1998] N.S.J. No. 19 (QL), allowing the accused's appeal, setting aside the convictions and entering acquittals. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1998), 16 C.R. (5th) 29, 164 N.S.R. (2d) 342, 491 A.P.R. 342, 122 C.C.C. (3d) 506, [1998] N.S.J. No. 19 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des acquittements. Pourvoi accueilli, le juge Arbour est dissidente.

William D. Delaney, for the appellant.

William D. Delaney, pour l'appelante.

Arthur J. Mollon, Q.C., and *Marian Mancini*, for the respondent.

Arthur J. Mollon, c.r., et *Marian Mancini*, pour l'intimé.

Gary T. Trotter, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gary T. Trotter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michael Code and *John Norris*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Michael Code et *John Norris*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

IACOBUCCI J. —

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

This appeal requires this Court to rule on the common law limits on police interrogation. Specifically, we are asked to decide whether the police improperly induced the respondent's confessions through threats or promises, an atmosphere of oppression, or any other tactics that could raise a

I. Introduction

Pour trancher le présent pourvoi, notre Cour doit statuer sur les limites que la common law impose aux interrogatoires policiers. De façon plus particulière, on nous demande de décider si les policiers ont irrégulièrement obtenu les confessions de l'intimé en lui faisant des menaces ou des promes-

reasonable doubt as to the voluntariness of his confessions. I conclude that they did not. The trial judge's determination that the confessions at stake in this appeal were voluntarily given should not have been disturbed on appeal, and accordingly the appeal should be allowed.

2 In this case, the police conducted a proper interrogation. Their questioning, while persistent and often accusatorial, was never hostile, aggressive, or intimidating. They repeatedly offered the accused food and drink. They allowed him to use the bathroom upon request. Before his first confession and subsequent arrest, they repeatedly told him that he could leave at any time. In this context, the alleged inducements offered by the police do not raise a reasonable doubt as to the confessions' voluntariness. Nor do I find any fault with the role played by the polygraph test in this case. While the police admittedly exaggerated the reliability of such devices, the tactic of inflating the reliability of incriminating evidence is a common, and generally unobjectionable one. Whether standing alone, or in combination with the other mild inducements used in this appeal, it does not render the confessions involuntary.

II. Facts

3 The facts surrounding the respondent's interrogation are obviously central to the resolution of this appeal, and I will refer to them throughout my legal analysis. At this point, I will simply give an overview.

4 Between February 5, 1994 and April 4, 1995, a series of eight fires involving four buildings and two motor vehicles occurred in and around the community of Waterville, Nova Scotia. Most of the incidents occurred between 1:00 a.m. and 4:00 a.m. The vehicle fires involved a van belonging to

ses, en créant une atmosphère d'oppression ou en utilisant d'autres tactiques susceptibles de soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions. J'en arrive à la conclusion qu'ils n'ont rien fait de cela. La décision du juge du procès que les confessions en litige dans la présente affaire ont été faites volontairement n'aurait pas dû être infirmée en appel et, en conséquence, le présent pourvoi devrait être accueilli.

En l'espèce, les policiers ont régulièrement mené l'interrogatoire. Leurs questions, bien que persistantes et souvent accusatrices, n'étaient jamais hostiles, agressives ou intimidantes. Ils ont à plusieurs reprises offert à manger et à boire à l'accusé. Ils lui ont permis d'aller à la toilette lorsqu'il le demandait. Avant sa première confession et l'arrestation qui en a découlé, ils lui ont dit à maintes reprises qu'il pouvait s'en aller en tout temps. Dans ce contexte, les incitations ou encouragements reprochés aux policiers ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions. En outre, je n'estime pas que le rôle joué par le test (ou examen) polygraphique (aussi appelé test du détecteur de mensonges) puisse être critiqué en l'espèce. Bien qu'il faille reconnaître que les policiers ont exagéré la fiabilité de cet appareil, la tactique qui consiste à vanter la fiabilité d'une preuve incriminante est répandue et n'a généralement rien de répréhensible. Qu'on la considère isolément ou en conjugaison avec les autres légères mesures d'encouragement utilisées en l'espèce, cette tactique n'a pas pour effet de rendre les confessions involontaires.

II. Les faits

Les faits relatifs à l'interrogatoire de l'intimé ont de toute évidence une importance cruciale pour l'issue du présent pourvoi, et je vais m'y référer au fil de mon analyse juridique. À ce stade-ci, toutefois, je vais me contenter d'en donner un aperçu.

Du 5 février 1994 au 4 avril 1995, huit incendies touchant quatre immeubles et deux véhicules automobiles ont eu lieu à Waterville, en Nouvelle-Écosse, et dans les environs de cette localité. La plupart des événements sont survenus la nuit, entre 1 h et 4 h. Les véhicules incendiés étaient une

the respondent's father, and a car belonging to the respondent's fiancée, Tanya Kilcup. The building fires occurred relatively close to where the respondent had lived when the various fires occurred. The fires appeared to have been deliberately set, with the possible exception of Ms. Kilcup's vehicle. The respondent was a member of the Waterville Volunteer Fire Brigade, and had responded to each of the fires in that capacity.

The last fire involved Ms. Kilcup's vehicle. The car was parked in the driveway of the apartment building where the respondent and Ms. Kilcup lived. The fire was discovered by a passerby who extinguished it. The Fire Marshall investigated the fire and concluded that since the car was subject to a prior recall for a possible faulty ignition switch, the fire may have been accidental owing to an electrical fault.

The police also conducted an extensive investigation of the fires. To help narrow the list of possible suspects, they asked a total of seven or eight individuals to submit to polygraph tests. Five or six individuals did so, passed the test, and were effectively removed from the list of suspects. Another person had agreed to take a polygraph, but was not examined after the respondent confessed to the crimes. The respondent, after initial doubts, agreed to submit to a test. Around 3:00 p.m. on April 26, 1995, the respondent went to the Wandlyn Motel for the test, according to a prior arrangement. The police audiotaped the events at the motel. Sergeant Taker administered the polygraph test. The respondent was fully advised of his rights to silence, to a lawyer (including the availability of Legal Aid), and to leave at any time. Sergeant Taker also advised him that while Sergeant Taker's interpretation of the polygraph results was not admissible, anything said by the respondent was admissible. The respondent was given a pamphlet

fourgonnette appartenant au père de l'intimé et l'automobile de la fiancée de l'intimé, Tanya Kilcup. Les immeubles incendiés se trouvaient relativement près de l'endroit où l'intimé habitait à l'époque où les incendies se sont produits. Les incendies paraissaient avoir été allumés délibérément, sauf peut-être celui du véhicule de M^{me} Kilcup. L'intimé était membre de la brigade de pompiers volontaires de Waterville et il s'était rendu, à ce titre, sur les lieux de chacun des incendies.

Le dernier incendie a été celui du véhicule de M^{me} Kilcup. La voiture était stationnée sur la voie d'accès à l'immeuble résidentiel où vivaient l'intimé et M^{me} Kilcup. L'incendie a été découvert et éteint par un passant. Le commissaire aux incendies a fait enquête sur cet incendie et a estimé que, comme la voiture avait fait l'objet d'un rappel en raison d'un contact d'allumage possiblement défectueux, l'incendie pouvait avoir été accidentellement causé par une défectuosité électrique.

Les policiers ont également mené une enquête approfondie sur les incendies. Afin d'aider à réduire la liste des suspects, ils ont demandé à sept ou huit personnes de se soumettre à des tests polygraphiques. Cinq ou six de ces personnes ont accepté de subir le test et ont vu leur nom être rayé de la liste après l'avoir réussi. Une autre personne qui avait accepté de se soumettre au test n'a pas été interrogée après que l'intimé a confessé être l'auteur des crimes. Après quelques hésitations, l'intimé a accepté de subir le test. Vers 15 h, le 26 avril 1995, il s'est rendu comme convenu au motel Wandlyn pour y subir le test. Les policiers ont enregistré sur bande audio ce qui s'est déroulé au motel. C'est le sergent Taker qui a administré le test polygraphique. L'intimé a été informé de son droit de garder le silence, de son droit à l'assistance d'un avocat (y compris de la disponibilité des services d'aide juridique) et de son droit de s'en aller en tout temps. L'intimé a également été informé par le sergent Taker que l'interprétation que donnerait ce dernier des résultats du test polygraphique n'était pas admissible en preuve, mais que toute déclaration de l'intimé était admissible. On lui a remis une brochure expliquant le déroule-

5

6

to review, which discussed the polygraph procedures, and he signed a consent form.

7 Before conducting the test itself, Sergeant Taker conducted a lengthy “pre-test” interview, which involved a variety of questions, many of them personal in nature. This interview was designed to provide a basis for the polygraph test itself, to help Sergeant Taker compose “control questions” for the polygraph exam, and to foster a sense of intimacy between examiner and subject. An exculpatory statement, which formed the basis for the polygraph test itself, was taken at the conclusion of the pre-test. Sergeant Taker then conducted the polygraph exam, which lasted only a matter of minutes. During the test Sergeant Taker did not ask about any specific fire, but instead asked if the respondent’s earlier statement had been truthful. At the conclusion of the test, around 5:00 p.m., Taker checked the charts and informed the respondent that he had failed the test. He reminded the respondent that his rights were still in effect, and proceeded to question him for approximately one hour. At one point the respondent asked “What if I admit to the car? . . . Then I can walk out of here and it’s over.” Though Sergeant Taker replied “You can walk out at any time”, the respondent did not leave.

8 At 6:30 p.m. Sergeant Taker was relieved by Corporal Deveau, who reminded the respondent of his right to counsel. After 30 to 40 minutes, the respondent confessed to setting fire to his fiancée’s car. He appeared emotionally distraught at this time. After a recitation of his rights, and an acknowledgement that he understood them, the police took a written statement, in which he continued to deny any involvement in the other fires. The respondent was arrested, warned of his right to counsel, given the secondary police warning, and driven to the police station at 8:15 p.m. En route he was very upset and was crying. He was placed in an interview room equipped with videotaping facilities, which recorded the subsequent interrogation where Corporal Deveau questioned him about the other fires. Around 8:30 p.m. and 9:15 p.m. the

ment du test et il a signé un formulaire de consentement.

Avant d’administrer le test proprement dit, le sergent Taker a mené une longue entrevue «préliminaire» comportant diverses questions, dont bon nombre étaient de nature personnelle. Cette entrevue visait à jeter les bases du test lui-même, à permettre au sergent Taker d’établir des «questions de contrôle» pour le test et à favoriser l’établissement d’un lien d’intimité entre l’interrogateur et le sujet. Une déclaration disculpatoire, qui a constitué le fondement du test polygraphique proprement dit, a été recueillie à la fin de l’entrevue préliminaire. Le sergent Taker a ensuite administré le test, qui n’a duré que quelques minutes. Durant le test, le sergent Taker n’a pas posé de question sur un incendie en particulier, mais il a plutôt demandé à l’intimé si la déclaration qu’il avait faite plus tôt était véridique. À la fin du test, vers 17 h, Taker a consulté les résultats et avisé l’intimé qu’il avait échoué au test. Après avoir rappelé à l’intimé que ses droits s’appliquaient toujours, il l’a interrogé pendant environ une heure. À un certain moment, l’intimé lui a posé la question suivante: [TRADUCTION] «Et si je reconnais ma culpabilité à l’égard de l’automobile? [. . .] Je pourrai alors m’en aller et tout sera terminé». Bien que le sergent Taker lui ait répondu: [TRADUCTION] «Tu peux partir quand tu veux», l’intimé ne l’a pas fait.

À 18 h 30, le sergent Taker a été remplacé par le caporal Deveau, qui a rappelé à l’intimé son droit à l’assistance d’un avocat. Après une période de 30 à 40 minutes, l’intimé a avoué avoir incendié l’automobile de sa fiancée. Il paraissait bouleversé à ce moment-là. Après que l’intimé a été informé de ses droits et a déclaré qu’il les comprenait, le policier a recueilli une déclaration écrite de l’intimé dans laquelle celui-ci continuait de nier être impliqué dans les autres incendies. L’intimé a été arrêté, il a été informé de son droit à un avocat, il a reçu une mise en garde supplémentaire puis il a été conduit au poste de police à 20 h 15. En chemin, il était bouleversé et pleurait. On l’a amené à une salle d’entrevue dotée de matériel d’enregistrement magnétoscopique qui a servi à enregistrer son interrogatoire, au cours duquel le caporal Deveau

respondent indicated that he was tired, and wanted to go home to bed. He was informed that he was under arrest, and he could call a lawyer if he wanted, but that he could not go home. Questioning did not cease.

Constable Bogle took over the interrogation at 9:52 p.m., after giving the respondent the secondary police warning. Constable Bogle questioned the respondent until about 11:00 p.m., at which time the respondent confessed to setting seven of the eight fires. He denied any involvement in the fire in his father's van. At this time, Constable Bogle left the room, and the respondent was seen crying with his head in his hands. Constable Bogle returned with Corporal Deveau, and took a written statement. The respondent's *Charter* rights and the police warning were on the statement, and were acknowledged by the respondent. The police warning stated that "[y]ou need not say anything. You have nothing to hope from any promise or favour and nothing to fear from any threat whether or not you do say anything. Anything you do say may be used as evidence." The statement concluded at 1:10 a.m. on April 27. After the police attended to various administrative tasks, the respondent was placed in a cell to sleep at 2:45 a.m. At 6:00 a.m., Corporal Deveau noticed that the respondent was awake and asked whether he would agree to a re-enactment. On the tape of the re-enactment, the respondent was given a *Charter* warning, the secondary warning, and was advised that he could stop the re-enactment at any time. The police drove the respondent around Waterville to the various fire scenes, where he described how he had set each fire. The respondent was charged with seven counts of arson.

At trial, the trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of the respondent's statements, including the video re-enactment. The trial

l'a questionné sur les autres incendies. Vers 20 h 30 et 21 h 15, l'intimé a indiqué qu'il était fatigué et qu'il voulait aller dormir à la maison. Il a alors été informé qu'il était en état d'arrestation et qu'il pouvait appeler un avocat s'il le désirait, mais qu'il ne pouvait retourner chez lui. L'interrogatoire s'est poursuivi.

L'agent Bogle a à son tour interrogé l'intimé, à partir de 21 h 52, après lui avoir donné une mise en garde supplémentaire. L'agent Bogle a interrogé l'intimé jusqu'à 23 h environ; à ce moment-là, l'intimé a avoué qu'il avait allumé sept des huit incendies. Il a nié toute participation à l'incendie de la fourgonnette de son père. L'agent Bogle a alors quitté la pièce, et l'intimé a été vu en pleurs, la tête entre les mains. L'agent Bogle est revenu avec le caporal Deveau et il a préparé une déclaration écrite. La description des droits garantis à l'intimé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et le texte de la mise en garde figuraient sur la déclaration, et l'intimé a reconnu en avoir pris connaissance. Voici le texte de la mise en garde: [TRADUCTION] «Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit. Vous n'avez rien à espérer d'aucune promesse ou faveur, ni rien à craindre d'aucune menace, que vous parliez ou non; mais tout ce que vous direz peut être retenu en preuve». La déclaration a pris fin à 1 h 10, le 27 avril. À 2 h 45, après avoir accompli diverses tâches administratives, les policiers ont enfermé l'intimé dans une cellule pour qu'il puisse dormir. À 6 h, le caporal Deveau s'est rendu compte que l'intimé était réveillé et il lui a demandé s'il consentait à prendre part à une reconstitution. L'enregistrement de la reconstitution révèle que l'intimé a reçu la mise en garde fondée sur la *Charte* et la mise en garde supplémentaire, et qu'il a été avisé qu'il pouvait en tout temps mettre fin à la reconstitution. Les policiers ont conduit l'intimé dans Waterville, aux divers endroits où les incendies avaient eu lieu. Là, l'intimé a décrit comment il avait allumé chaque incendie. L'intimé a été accusé de sept chefs d'incendie criminel.

Au procès, le juge du procès a tenu un *voir-dire* pour statuer sur l'admissibilité des déclarations de l'intimé, y compris sur la bande vidéo de la recons-

judge ruled that the statements were voluntary and admissible, and subsequently convicted him on all counts. However, the Nova Scotia Court of Appeal found that the statements were involuntary and thus inadmissible, and allowed the respondent's appeal. The Court of Appeal excluded the confessions, overturned the convictions, and entered acquittals.

III. Judicial Decisions

A. *Nova Scotia Provincial Court*

11 MacDonald Prov. Ct. J. concluded that the respondent's confessions were voluntary. First of all, there was no evidence that the respondent did not understand the police warnings. After reviewing the law, the trial judge concluded that the respondent had an operating mind, and was aware of the consequences of his actions. The respondent "appeared to be coherent, capable of understanding the questions that were put to him and to be in complete and total control of his faculties". Nor did the police unfairly deprive the respondent of his right to choose whether or not he wished to speak to the officers.

12 The trial judge also addressed the relevance of the polygraph test under the Nova Scotia Supreme Court — Appeal Division's decision in *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191. MacDonald Prov. Ct. J. found that the respondent clearly understood that while the results were not admissible, his statements were. There being no confusion over the role of the polygraph, MacDonald Prov. Ct. J. concluded that the use of a polygraph did not render the ensuing confessions involuntary or otherwise inadmissible.

13 Finally, the trial judge addressed the respondent's argument that the re-enactment was not voluntary because he was sleep-deprived at the time. The trial judge noted that the respondent appeared in full control of his faculties on the tape of the re-enactment. He was coherent. He understood what

tution. Le juge du procès a estimé que les déclarations avaient été volontaires et qu'elles étaient admissibles, et il a par la suite déclaré l'intimé coupable de tous les chefs d'accusation. Toutefois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé que les déclarations n'avaient pas été volontaires et qu'elles étaient, de ce fait, inadmissibles, et elle a accueilli l'appel formé par l'intimé. La Cour d'appel a écarté les confessions, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des acquittements.

III. L'historique des procédures

A. *La Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

Le juge MacDonald de la Cour provinciale a conclu au caractère volontaire des confessions de l'intimé. Tout d'abord, il n'y avait aucune preuve que l'intimé n'avait pas compris les mises en garde des policiers. Après avoir examiné le droit applicable, le juge du procès a estimé que l'intimé avait eu un état d'esprit conscient et qu'il comprenait les conséquences de ses actes. L'intimé [TRADUCTION] «a paru cohérent, capable de comprendre les questions qui lui étaient posées et en pleine possession de ses moyens». Les policiers n'ont pas non plus privé l'intimé de son droit de décider de leur parler ou non.

Le juge du procès a également traité de la pertinence du test polygraphique au regard de la décision de la section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191. Le juge MacDonald de la Cour provinciale a estimé que l'intimé avait clairement compris que les résultats du test n'étaient pas admissibles, mais que ses déclarations, elles, l'étaient. Vu l'absence de confusion quant au rôle du polygraphe, le juge MacDonald a décidé que l'utilisation du polygraphe ne rendait pas les confessions subséquentes involontaires ou inadmissibles pour quelque autre raison.

Enfin, le juge du procès a examiné l'argument de l'intimé selon lequel la reconstitution n'était pas volontaire parce que ce dernier souffrait de manque de sommeil lorsqu'elle a eu lieu. Le juge du procès a souligné que l'intimé paraissait en pleine possession de ses moyens sur l'enregistre-

was being asked of him. There was no evidence to suggest that the re-enactments were anything but voluntary. MacDonald Prov. Ct. J. therefore admitted the statements and re-enactment into evidence.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (*Pugsley and Cromwell J.J.A., Flinn J.A. concurring*)

Pugsley and Cromwell J.J.A. recognized that their role as an appellate court was not to retry the case or overturn the trial judge's findings of fact. The decision of the trial judge should not be set aside unless she made a wrong assessment of the evidence, failed to consider the relevant circumstances, or failed to apply the correct legal principle.

The court first addressed the admissibility of the respondent's initial confession to lighting the fire in Ms. Kilcup's car. Confessions will only be admissible if the Crown proves, beyond a reasonable doubt, that they were made voluntarily. A statement will be involuntary if it is the result of either "fear of prejudice" or "hope of advantage" held out by persons in authority. Vigorous and skillful questioning, misstatements of fact by the police, and appeals to the conscience of the accused do not necessarily make a resulting statement inadmissible. The statement will not be excluded simply because the accused believes it will be to his or her advantage to confess. It is only when this belief is induced or confirmed by persons in authority that the statements should be excluded.

Turning to the facts of this case, the court found that the police did not advise the respondent that the results of the polygraph were not admissible as evidence. Sergeant Taker should also have advised the respondent that the polygraph was not infallible. The accused's ensuing confusion about the significance of his failure of the test was an impor-

ment vidéo de la reconstitution. Il était cohérent. Il comprenait ce qu'on lui demandait de faire. Il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que les reconstitutions n'étaient pas volontaires. Le juge MacDonald de la Cour provinciale a donc admis en preuve les déclarations et la reconstitution.

B. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (*les juges Pugsley et Cromwell, avec l'appui du juge Flinn*)

Les juges Pugsley et Cromwell ont reconnu que leur rôle en tant que cour d'appel ne consistait pas à instruire l'affaire de nouveau ou à infirmer les conclusions de fait du juge du procès. La décision de la juge qui avait présidé le procès ne devait être annulée que si elle avait mal apprécié la preuve ou si elle avait omis de tenir compte des circonstances pertinentes ou d'appliquer le bon principe juridique.

La cour s'est d'abord penchée sur l'admissibilité de la confession initiale de l'intimé dans laquelle il disait avoir allumé l'incendie dans la voiture de Mme Kilcup. Les confessions ne sont admissibles que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable qu'elles étaient volontaires. Une déclaration est involontaire si elle résulte soit de «la crainte de subir un préjudice» aux mains de personnes en situation d'autorité, soit de «l'espoir d'obtenir un avantage» de telles personnes. Un interrogatoire vigoureux et habile, de fausses déclarations de la police à l'égard des faits et des appels à la conscience de l'accusé ne rendent pas nécessairement inadmissible la déclaration qui en résulte. Une déclaration ne sera pas écartée du seul fait que l'accusé estimait qu'il avait avantage à faire une confession. Ce n'est que lorsque cette opinion est créée ou confirmée par des personnes en situation d'autorité que les déclarations doivent être écartées.

Examinant les faits de la présente affaire, la cour a jugé que les autorités policières n'avaient pas indiqué à l'intimé que les résultats du polygraphe n'étaient pas admissibles en preuve. Le sergent Taker aurait également dû dire à l'intimé que le polygraphe n'était pas infallible. La confusion subséquente de l'intimé relativement à la portée de

14

15

16

tant aspect of the overall context that had to be considered in deciding whether the statements were voluntary.

17 Against the backdrop of the polygraph examination, the police questioning developed other themes that, in light of all the other circumstances, constituted improper inducements to confess. While any one of these might not be sufficient to produce doubt about the voluntariness of the statements, their cumulative effect was overwhelming. Shortly after the polygraph results were given to the respondent, Sergeant Taker suggested that confessing would prevent him from getting into any more trouble than he was already in, and that confessing would allow him to get the help he needed if he had done these things. The police also minimized the seriousness of the offence, and warned that they might have to interrogate Ms. Kilcup. These actions, where they result in a confession, are improper inducements.

18 Another factor was the police's abuse of their relationship with the respondent. After gaining the respondent's trust, Sergeant Taker and Corporal Deveau breached that trust by unfairly and aggressively exploiting the results of the test as a confession-inducing instrument. Immediately before the first confession, Deveau said to the respondent that he was probably his "best friend right now". This statement was an abuse of confidence.

19 The court also disagreed with the trial judge's conclusion that the respondent appeared coherent and in control of his faculties on the videotape. The court felt that the transcript of the audiotape revealed that the respondent did not appreciate the role the equipment played in the process, and the separate role played by Sergeant Taker in his role as interpreter of the result. The conclusions of the trial judge failed to take into account several comments of Sergeant Taker wherein he assured the respondent that the polygraph machine was reliable.

son échec au test était un aspect important du contexte global qui devait être pris en compte pour décider si les déclarations étaient volontaires.

Dans le contexte du test polygraphique, l'interrogatoire des policiers a porté sur d'autres sujets qui, compte tenu de toutes les autres circonstances, ont constitué des encouragements inacceptables donnés à l'intimé afin qu'il fasse une confession. Bien que, considérés individuellement, ces encouragements puissent être insuffisants pour semer le doute quant au caractère volontaire des déclarations, leur effet cumulatif était irrésistible. Peu de temps après que les résultats du test polygraphique ont été communiqués à l'intimé, le sergent Taker lui a laissé entendre qu'en faisant une confession, il éviterait d'aggraver sa situation et il pourrait obtenir l'aide dont il avait besoin s'il avait commis les actes en question. Les policiers ont également minimisé la gravité de l'infraction, en plus de prévenir l'intimé qu'ils pourraient être obligés d'interroger M^{me} Kilcup. Lorsque de tels actes donnent lieu à une confession, ils constituent des encouragements inacceptables.

Un autre facteur dont il fallait tenir compte est le fait que les policiers ont abusé de la confiance de l'intimé. En effet, après avoir gagné la confiance de l'intimé, le sergent Taker et le caporal Deveau ont abusé de cette confiance en utilisant de façon injuste et agressive les résultats du test comme moyen de soutirer une confession. Tout juste avant que l'intimé fasse sa première confession, le caporal Deveau lui a dit qu'il était probablement son [TRADUCTION] «meilleur ami à l'heure actuelle». Cette déclaration était un abus de confiance.

De plus, la cour n'a pas souscrit à la conclusion du juge du procès que l'intimé paraissait cohérent et en possession de ses moyens sur la bande vidéo. La cour a estimé qu'il ressortait de la transcription de la bande audio que l'intimé n'appréciait ni le rôle que jouait l'équipement dans le processus, ni le rôle distinct que jouait le sergent Taker en tant qu'interprète des résultats. Les conclusions du juge du procès ne tenaient pas compte de plusieurs remarques du sergent Taker dans lesquelles celui-ci avait assuré l'intimé que le polygraphe était fiable.

Although none of the inducements on their own would require exclusion, taken cumulatively and in light of the use of the polygraph test, the statements were clearly involuntary and should have been excluded.

The court allowed the appeal. Since the statements were the only evidence that directly implicated the respondent, and without them, no reasonable trier of fact could convict, the convictions were set aside and acquittals entered.

IV. Analysis

A. *Standard of Review for Voluntariness*

While determining the appropriate legal test is of course a question of law, applying this test to determine whether or not a confession is voluntary is a question of fact, or of mixed law and fact. See *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161, at p. 161; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at p. 42 (*per* Spence J.); *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, at pp. 983-84 (*per* Fauteux J.); *R. v. Murakami*, [1951] S.C.R. 801, at p. 803 (*per* Rand J., Locke J. concurring). Therefore, as this Court held in *Ewert*, a disagreement with the trial judge regarding the weight to be given various pieces of evidence is not grounds to reverse a finding on voluntariness. Respectfully, I believe that the Court of Appeal did just that. Therefore, following *Ewert*, the appeal must be allowed.

While the foregoing might suffice technically to dispose of this appeal, I believe it is important to take this opportunity to set out the proper scope of the confessions rule. There was much argument among the parties and interveners in this appeal on this point, and this Court has not directly addressed the issue since the introduction of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Because of this lack of clarity, it has been often difficult to discern in various cases what standards have been applied.

Même si, individuellement, aucun des encouragements ne commandait l'exclusion des déclarations, compte tenu de leur effet cumulatif et de l'utilisation du test polygraphique, les déclarations étaient clairement non volontaires et auraient dû être écartées.

La cour a accueilli l'appel. Puisque les déclarations étaient les seuls éléments de preuve impliquant directement l'intimé et que, sans elles, aucun juge des faits raisonnable ne pourrait conclure à la culpabilité, les déclarations de culpabilité ont été annulées et des acquittements ont été inscrits.

IV. L'analyse

A. *La norme de contrôle du caractère volontaire*

Bien que la détermination du critère juridique approprié soit évidemment une question de droit, l'application de ce critère pour décider si un aveu était volontaire ou non est soit une question de fait, soit une question mixte de fait et de droit. Voir *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161, à la p. 161; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, à la p. 42 (le juge Spence); *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, aux pp. 983 et 984 (le juge Fauteux); *R. c. Murakami*, [1951] R.C.S. 801, à la p. 803 (le juge Rand, avec l'appui du juge Locke). En conséquence, conformément à la conclusion de notre Cour dans *Ewert*, un désaccord avec le juge du procès relativement au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments de preuve n'est pas un motif justifiant d'infirmer sa conclusion à l'égard du caractère volontaire d'une confession. En toute déférence, j'estime que c'est précisément ce qu'a fait la Cour d'appel. Par conséquent, suivant l'arrêt *Ewert*, j'estime que le pourvoi doit être accueilli.

Ce qui précède pourrait en principe suffire pour trancher le présent pourvoi, mais je crois cependant qu'il est important de saisir cette occasion pour délimiter le champ d'application de la règle des confessions. Dans le présent pourvoi, les parties et les intervenants ont abondamment débattu entre eux cette question, que notre Cour n'a pas examinée directement depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En raison de ce manque de clarté, il s'est souvent avéré diffi-

20

21

22

23

In addition, several arguments not addressed by the trial judge were raised before our Court. It is therefore necessary to broaden the discussion to deal with these issues.

B. *The Development of the Confessions Rule*

1. Two Elements of the Rule

As indicated by McLachlin J. (as she then was), in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, there are two main strands to this Court's jurisprudence under the confessions rule. One approach is narrow, excluding statements only where the police held out explicit threats or promises to the accused. The definitive statement of this approach came in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609:

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

This Court adopted the "*Ibrahim* rule" in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and subsequently applied it in cases like *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, *Fitton, supra*, *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640.

The *Ibrahim* rule gives the accused only "a negative right — the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority": *Hebert, supra*, at p. 165. However, *Hebert* also recognized a second, "much broader" approach, according to which "[t]he absence of violence, threats and promises by the authorities does not necessarily mean that the resulting statement is

cile de déterminer, dans certaines affaires, quelles normes avaient été appliquées. De plus, plusieurs arguments dont le juge du procès n'a pas traité ont été présentés à notre Cour. Il est donc nécessaire d'élargir notre analyse afin de traiter de ces questions.

B. *L'élaboration de la règle des confessions*

1. Les deux éléments de la règle

Comme l'a indiqué le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, deux courants principaux se dégagent de la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la règle des confessions. Selon l'approche étroite, une déclaration n'est écartée que dans les cas où les autorités policières ont explicitement fait des menaces ou des promesses à l'accusé. L'énoncé classique de cette approche a été formulé dans *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609:

[TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.

Notre Cour a adopté la «règle de l'arrêt *Ibrahim*» dans *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226, puis l'a appliquée par la suite dans des affaires telles *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Fitton*, précitée, *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.

La règle de l'arrêt *Ibrahim* ne confère à la personne accusée qu'un droit négatif — le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l'effet de menaces ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité: *Hebert*, précité, à la p. 165. Cependant, cet arrêt reconnaît également une approche «beaucoup plus large», suivant laquelle: «[l]'absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui résulte est volontaire si l'élément

voluntary, if the necessary mental element of deciding between alternatives is absent” (p. 166).

While not always followed, McLachlin J. noted at p. 166 that this aspect of the confessions rule “persists as part of our fundamental notion of procedural fairness”. This approach is most evident in the so-called “operating mind” doctrine, developed by this Court in *Ward, supra, Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, and *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914. In those cases the Court made “a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found”: *Ward, supra*, at p. 40. The “operating mind” doctrine dispelled once and for all the notion that the confessions rule is concerned solely with whether or not the confession was induced by any threats or promises.

These cases focused not just on reliability, but on voluntariness conceived more broadly. None of the reasons in *Ward* or *Horvath* ever expressed any doubts about the reliability of the confessions in issue. Instead, they focused on the lack of voluntariness, whether the cause was shock (*Ward*), hypnosis (*Horvath, per Beetz J.*), or “complete emotional disintegration” (*Horvath, supra*, at p. 400, *per Spence J.*). Similarly, in *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553, at pp. 556-57, Laskin C.J. noted that in determining the voluntariness of a confession, courts should be alert to the coercive effect of an “atmosphere of oppression”, even though there was “no inducement held out of hope of advantage or fear of prejudice, and absent any threats of violence or actual violence”; see also *R. v. Liew*, [1999] 3 S.C.R. 227, at para. 37. Clearly, the confessions rule embraces more than the narrow *Ibrahim* formulation; instead, it is concerned with voluntariness, broadly understood.

psychologique nécessaire de la décision entre des options est absent» (p. 166).

Bien que cette conception de la règle des confessions ne soit pas toujours suivie, le juge McLachlin a souligné, aux pp. 166 et 167, qu’elle «continue de faire partie de nos notions fondamentales d’équité procédurale». Cette conception ressort clairement de la règle dite de «l’état d’esprit conscient», élaborée par notre Cour dans les arrêts *Ward*, précité, *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914. Il ressort de ces arrêts qu’«il faut en outre, même lorsqu’on ne peut établir qu’il y a eu espoir d’un avantage ou crainte d’un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement»: *Ward*, précité, à la p. 40. La règle de «l’état d’esprit conscient» a écarté une fois pour toutes l’idée que la règle des confessions ne vise que la question de savoir si la confession a été obtenue par suite de menaces ou de promesses.

Ces arrêts se sont attaché non seulement à la fiabilité des confessions, mais également à leur caractère volontaire de façon générale. Nulle part dans les motifs exposés dans *Ward* et dans *Horvath* n’a-t-on exprimé de doutes quant à la fiabilité des confessions en litige. On a plutôt insisté sur l’absence de caractère volontaire de celle-ci, que ce soit en raison d’un choc (*Ward*), de l’hypnose (*Horvath*, le juge Beetz) ou encore d’un «effondrement émotionnel complet» (*Horvath*, à la p. 400, le juge Spence). De même, dans *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553, aux pp. 556 et 557, le juge en chef Laskin a souligné que les tribunaux appelés à statuer sur le caractère volontaire d’une confession doivent être conscients de l’effet coercitif que peut avoir une «atmosphère d’intimidation», même s’il n’y a pas eu «d’encouragement sous forme de l’espoir d’un avantage ou de la crainte d’un préjudice et en l’absence même de toute menace de violence ou de tout acte de violence»: voir également *R. c. Liew*, [1999] 3 R.C.S. 227, au par. 37. Il est clair que la règle des confessions vise davantage que le principe étroit formulé dans l’arrêt *Ibrahim*; elle s’attache plutôt à la question du caractère volontaire, considérée au sens large.

26

27

2. The Charter Era

28

The *Charter* constitutionalized a new set of protections for accused persons, contained principally in ss. 7 to 14 thereof. The entrenchment of these rights answered certain questions that had once been asked under the aegis of the confessions rule. For example, while the confessions rule did not exclude statements elicited by undercover officers in jail cells (*Rothman, supra*), such confessions can violate the *Charter*: see *Hebert, supra*, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

29

In *Hebert, supra*, McLachlin J. interpreted the right to silence in light of existing common law protections, such as the confessions rule. However, given the focus of that decision on defining constitutional rights, it did not decide the inverse question: namely, the scope of the common law rules in light of the *Charter*. One possible view is that the *Charter* subsumes the common law rules.

30

But I do not believe that this view is correct, for several reasons. First, the confessions rule has a broader scope than the *Charter*. For example, the protections of s. 10 only apply “on arrest or detention”. By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule. Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the

2. L'ère de la Charte

La *Charte* a constitutionnalisé de nouvelles garanties en faveur des personnes accusées de crimes, garanties énoncées principalement aux art. 7 à 14. L'inscription de ces droits dans la Constitution a répondu à certaines questions qui s'étaient déjà posées eu égard à la règle des confessions. Par exemple, même si la règle des confessions n'entraîne pas l'exclusion des déclarations obtenues par des agents en civil dans des cellules de prison (*Rothman, précité*), de telles confessions peuvent porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*: voir *Hebert, précité*, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Dans l'arrêt *Hebert, précité*, le juge McLachlin a interprété le droit de garder le silence à la lumière des garanties existantes prévues par la common law, telle la règle des confessions. Cependant, comme cet arrêt portait principalement sur la définition de certains droits constitutionnels, il n'a pas tranché la question inverse, savoir la portée des règles de common law au regard de la *Charte*. Une interprétation possible est que la *Charte* subsume ces règles.

Cependant, je ne crois pas que cette interprétation soit fondée, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte*. Par exemple, les garanties prévues par l'art. 10 ne s'appliquent qu'«en cas d'arrestation ou de détention». Par comparaison, la règle des confessions s'applique chaque fois qu'une personne en situation d'autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l'application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d'établir, hors de tout doute raisonnable, que l'aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l'un et l'autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilisa-

related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.

These various differences illustrate that the *Charter* is not an exhaustive catalogue of rights. Instead, it represents a bare minimum below which the law must not fall. A necessary corollary of this statement is that the law, whether by statute or common law, can offer protections beyond those guaranteed by the *Charter*. The common law confessions rule is one such doctrine, and it would be a mistake to confuse it with the protections given by the *Charter*. While obviously it may be appropriate, as in *Hebert, supra*, to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume one subsumes the other entirely.

C. *The Confessions Rule Today*

As previously mentioned, this Court has not recently addressed the precise scope of the confessions rule. Instead, we have refined several elements of the rule, without ever integrating them into a coherent whole. I believe it is important to restate the rule for two reasons. First is the continuing diversity of approaches as evidenced by the courts below in this appeal. Second, and perhaps more important, is our growing understanding of the problem of false confessions. As I will discuss below, the confessions rule is concerned with voluntariness, broadly defined. One of the predominant reasons for this concern is that involuntary confessions are more likely to be unreliable. The confessions rule should recognize which interrogation techniques commonly produce false confessions so as to avoid miscarriages of justice.

tion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l'opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l'exclusion des éléments de preuve.

Ces différences illustrent bien le fait que la *Charte* n'englobe pas exhaustivement tous les droits. Au contraire, elle représente le strict minimum que le droit doit respecter. Le corollaire nécessaire de cette affirmation est que le droit peut établir, soit au moyen de dispositions législatives ou de règles de common law, d'autres garanties que celles prévues par la *Charte*. La règle des confessions de la common law constitue un tel principe, et il serait erroné de le confondre avec les garanties offertes par la *Charte*. Bien qu'il puisse certes être approprié, comme l'a fait notre Cour dans *Hebert*, précité, d'interpréter un ensemble de droits au regard de l'autre, il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre.

C. *La règle des confessions aujourd'hui*

Comme il a été mentionné, notre Cour n'a pas examiné récemment la portée précise de la règle des confessions. Nous avons plutôt précisé plusieurs éléments de la règle, sans jamais toutefois les intégrer en un tout cohérent. J'estime qu'il est important de reformuler la règle, et ce pour deux raisons. La première est la diversité des approches qui continuent d'être suivies, comme en témoignent les décisions des juridictions inférieures en l'espèce. La deuxième raison, qui est peut-être aussi la plus importante, est notre meilleure compréhension du problème des fausses confessions. Comme je vais l'expliquer plus loin, la règle des confessions s'attache à la question du caractère volontaire, considérée au sens large. Une des principales raisons de cette préoccupation est le fait que les confessions non volontaires risquent davantage que les autres de ne pas être fiables. La règle des confessions devrait tenir compte des techniques d'interrogatoire qui produisent généralement de fausses confessions, afin d'éviter les erreurs judiciaires en découlant.

31

32

33

In defining the confessions rule, it is important to keep in mind its twin goals of protecting the rights of the accused without unduly limiting society's need to investigate and solve crimes. Martin J.A. accurately delineated this tension in *R. v. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), at p. 721:

Although improper police questioning may in some circumstances infringe the governing [confessions] rule it is essential to bear in mind that the police are unable to investigate crime without putting questions to persons, whether or not such persons are suspected of having committed the crime being investigated. Properly conducted police questioning is a legitimate and effective aid to criminal investigation. . . . On the other hand, statements made as the result of intimidating questions, or questioning which is oppressive and calculated to overcome the freedom of will of the suspect for the purpose of extracting a confession are inadmissible. . . .

All who are involved in the administration of justice, but particularly courts applying the confessions rule, must never lose sight of either of these objectives.

1. The Problem of False Confessions

34

The history of police interrogations is not without its unsavoury chapters. Physical abuse, if not routine, was certainly not unknown. Today such practices are much less common. In this context, it may seem counterintuitive that people would confess to a crime that they did not commit. And indeed, research with mock juries indicates that people find it difficult to believe that someone would confess falsely. See S. M. Kassin and L. S. Wrightsman, "Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts" (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

35

However, this intuition is not always correct. A large body of literature has developed documenting hundreds of cases where confessions have been proven false by DNA evidence, subsequent confessions by the true perpetrator, and other such

En définissant la règle des confessions, il est important d'avoir à l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre. Le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a bien décrit le tiraillement entre ces deux objectifs dans *R. c. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), à la p. 721:

[TRADUCTION] Même si des interrogatoires policiers irréguliers peuvent, dans certaines circonstances, porter atteinte à la règle [des confessions] applicable, il est essentiel de se rappeler que les autorités policières sont incapables de mener des enquêtes sur des crimes sans interroger des personnes, que ces personnes soient ou non soupçonnées d'avoir commis le crime faisant l'objet de l'enquête. Un interrogatoire policier régulièrement mené est un outil légitime et efficace d'enquêtes criminelles. [. . .] Par contre, les déclarations faites à la suite de questions intimidantes ou d'un interrogatoire oppressant et destiné à subjuguier la volonté du suspect afin de lui soutirer une confession sont inadmissibles. . . .

Tous ceux qui participent à l'administration de la justice, mais particulièrement les tribunaux qui appliquent la règle des confessions, ne doivent jamais perdre de vue ces objectifs.

1. Le problème des fausses confessions

L'histoire des interrogatoires policiers n'est pas exempt d'épisodes plutôt répugnants. S'ils n'étaient pas monnaie courante, les sévices physiques n'étaient certes pas un phénomène inconnu. De telles pratiques sont aujourd'hui beaucoup moins courantes. Dans ce contexte, il peut sembler paradoxal que des individus confessent des crimes qu'ils n'ont pas commis. D'ailleurs, des études menées avec des jurys simulés indiquent que les gens ont du mal à croire qu'une personne puisse faire une fausse confession. Voir S. M. Kassin et L. S. Wrightsman, «Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts» (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

Toutefois, cette intuition n'est pas toujours fondée. Il existe une abondante littérature documentant des centaines de cas de confessions dont la fausseté a été établie par une preuve génétique, par la confession ultérieure du véritable auteur du

independent sources of evidence. See, e.g., R. A. Leo and R. J. Ofshe, "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429 (hereinafter Leo & Ofshe (1998)); R. J. Ofshe and R. A. Leo, "The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189 (hereinafter Ofshe & Leo (1997)); R. J. Ofshe and R. A. Leo, "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979 (hereinafter Ofshe & Leo (1997a)); W. S. White, "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105; G. H. Gudjonsson and J. A. C. MacKeith, "A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type" (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329 (hereinafter Gudjonsson & MacKeith (1990)); G. H. Gudjonsson and J. A. C. MacKeith, "Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects" (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187 (hereinafter Gudjonsson & MacKeith (1988)); H. A. Bedau and M. L. Radelet, "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases" (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

One of the overriding concerns of the criminal justice system is that the innocent must not be convicted: see, e.g., *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 4. Given the important role of false confessions in convicting the innocent, the confessions rule must understand why false confessions occur. Without suggesting that any confession involving elements discussed below should automatically be excluded, I hope to provide a background for my synthesis of the confessions rule in the next section.

Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 210, provide a useful taxonomy of false confessions. They suggest that there are five basic kinds: voluntary,

crime ou d'autres sources indépendantes de preuve de cette nature. Voir, par exemple, R. A. Leo et R. J. Ofshe, «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation» (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429 (ci-après Leo & Ofshe (1998)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions» (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189 (ci-après Ofshe & Leo (1997)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action» (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979 (ci-après Ofshe & Leo (1997a)); W. S. White, «False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions» (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105; G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type» (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1990)); G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects» (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1988)); H. A. Bedau et M. L. Radelet, «Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases» (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

L'une des préoccupations dominantes du système de justice pénale est d'éviter qu'une personne innocente soit déclarée coupable: voir, par exemple, *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 4. Compte tenu du rôle important que jouent les fausses confessions lorsque des innocents sont déclarés coupables, la règle des confessions doit tenir compte des raisons pour lesquelles de fausses confessions sont faites. Sans suggérer que toute confession faisant intervenir les éléments dont je vais parler ci-après devrait automatiquement être écartée, je vais m'efforcer de bien situer le contexte de la synthèse de la règle des confessions que je fais dans la prochaine section.

Dans Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 210, les auteurs donnent une taxinomie utile des fausses confessions. Selon eux, il en existe fondamentale-

stress-compliant, coerced-compliant, non-coerced-persuaded, and coerced-persuaded. Voluntary confessions *ex hypothesi* are not the product of police interrogation. It is therefore the other four types of false confessions that are of interest.

38 According to Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 211, stress-compliant confessions occur “when the aversive interpersonal pressures of interrogation become so intolerable that [suspects] comply in order to terminate questioning”. They are elicited by “exceptionally strong use of the aversive stressors typically present in interrogations”, and are “given knowingly *in order to escape* the punishing experience of interrogation” (emphasis in original). See also Gudjonsson & MacKeith (1990), *supra*. Another important factor is confronting the suspect with fabricated evidence in order to convince him that protestations of innocence are futile: see *ibid.*; Ofshe & Leo (1997a), *supra*, at p. 1040.

39 Somewhat different are coerced-compliant confessions. These confessions are the product of “the classically coercive influence techniques (e.g., threats and promises)”, with which the *Ibrahim* rule is concerned: Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 214. As Gudjonsson & MacKeith (1988), *supra*, suggest at p. 191, “most cases of false confession that come before the courts are of the compliant-coerced type”. See also White, *supra*, at p. 131.

40 A third kind of false confession is the non-coerced-persuaded confession. In this scenario, police tactics cause the innocent person to “become confused, doubt his memory, be temporarily persuaded of his guilt and confess to a crime he did not commit”: Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 215. For an example, see *Reilly v. State*, 355 A.2d 324 (Conn. Super. Ct. 1976); Ofshe & Leo

ment cinq types: volontaires, induites par stress, induites par coercition, induites par persuasion sans coercition et induites par persuasion avec coercition. Par hypothèse, les confessions volontaires ne découlent pas d’interrogatoires policiers. Ce sont donc les quatre autres types de fausses confessions qui nous intéressent.

Selon Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 211, les fausses confessions induites par stress surviennent [TRADUCTION] «lorsque les pressions interpersonnelles aversives de l’interrogatoire deviennent à ce point intolérables que les [suspects] cèdent pour mettre fin à l’interrogatoire». Ces fausses confessions sont soutirées par [TRADUCTION] «une utilisation exceptionnellement marquée des facteurs de stress aversifs habituellement présents au cours d’interrogatoires», et elles [TRADUCTION] «sont faites sciemment *dans le but de mettre fin* à l’exténuante expérience que constitue l’interrogatoire» (en italique dans l’original). Voir également Gudjonsson & MacKeith (1990), *loc. cit.* Un autre facteur important est le fait de mettre le suspect en présence d’éléments de preuve fabriquée afin de le convaincre de la futilité de ses protestations d’innocence: voir *ibid.*; Ofshe & Leo (1997a), *loc. cit.*, à la p. 1040.

Les fausses confessions induites par coercition diffèrent quelque peu de celles induites par stress, puisqu’elles sont le produit des [TRADUCTION] «techniques classiques de coercition (par exemple des menaces et des promesses)» qui sont l’objet de la règle de l’arrêt *Ibrahim* (Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 214). Comme l’affirment Gudjonsson & MacKeith (1988), *loc. cit.*, à la p. 191, [TRADUCTION] «la plupart des cas de fausses confessions dont les tribunaux sont saisis sont des confessions induites par coercition». Voir également White, *loc. cit.*, à la p. 131.

Le troisième type de fausses confessions est la fausse confession induite par persuasion sans coercition. Dans ce scénario, les tactiques policières utilisées ont pour effet d’amener la personne innocente à [TRADUCTION] «devenir confuse, à douter de sa mémoire, à être temporairement persuadée de sa culpabilité et à confesser un crime qu’elle n’a pas commis»: Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la

(1997), *supra*, at pp. 231-34. The use of fabricated evidence can also help convince an innocent suspect of his or her own guilt.

A final type of false confession is the coerced-persuaded confession. This is like the non-coerced-persuaded, except that the interrogation also involves the classically coercive aspects of the coerced-compliant confession: see Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 219.

From this discussion, several themes emerge. One is the need to be sensitive to the particularities of the individual suspect. For example, White, *supra*, at p. 120, notes the following:

False confessions are particularly likely when the police interrogate particular types of suspects, including suspects who are especially vulnerable as a result of their background, special characteristics, or situation, suspects who have compliant personalities, and, in rare instances, suspects whose personalities make them prone to accept and believe police suggestions made during the course of the interrogation.

And indeed, this is consistent with the reasons of Rand J. in *Fitton*, *supra*, at p. 962:

The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them.

Ward, *supra*, and *Horvath*, *supra*, similarly recognized the particular circumstances of the suspects that rendered them unable to confess voluntarily: in *Ward*, the accused's state of shock, and in *Horvath*, the psychological fragility that precipitated his hypnosis and "complete emotional disintegration" (p. 400).

p. 215. Pour un exemple, voir *Reilly c. State*, 355 A.2d 324 (Conn. Super. Ct. 1976); Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, aux pp. 231 à 234. L'utilisation de preuve fabriquée peut également contribuer à convaincre un suspect innocent de sa culpabilité.

Le dernier type de fausses confessions est la fausse confession induite par persuasion avec coercition. Ces confessions sont semblables aux fausses confessions induites par persuasion sans coercition, sauf que l'interrogatoire comporte également les aspects classiques de coercition des fausses confessions induites par coercition: voir Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 219.

Plusieurs thèmes se dégagent de cette analyse, notamment la nécessité d'être attentif aux particularités du suspect en cause. À titre d'exemple, White, *loc. cit.*, à la p. 120, fait la remarque suivante:

[TRADUCTION] Des fausses confessions risquent particulièrement d'être faites lorsque les policiers interrogent certains types de suspects, notamment des suspects particulièrement vulnérables en raison de leur vécu, de caractéristiques spéciales ou de la situation, des suspects qui ont une personnalité complaisante et, dans de rares cas, des suspects qui de leur personnalité sont enclins à accepter et à croire les suggestions faites par les policiers pendant l'interrogatoire.

D'ailleurs, cette constatation est compatible avec les motifs exposés par le juge Rand dans l'arrêt *Fitton*, précité, à la p. 962:

[TRADUCTION] La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.

Dans les arrêts *Ward* et *Horvath*, précités, on a également reconnu les circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les suspects, et qui les avaient rendus incapables de faire une confession volontaire: dans *Ward* il s'agissait de l'état de choc de l'accusé, alors que dans *Horvath* il s'agissait de la fragilité psychologique de l'accusé, fragilité qui avait précipité son hypnose et son «effondrement émotionnel complet» (p. 400).

41

42

43 Another theme is the danger of using non-existent evidence. Presenting a suspect with entirely fabricated evidence has the potential either to persuade the susceptible suspect that he did indeed commit the crime, or at least to convince the suspect that any protestations of innocence are futile.

44 Finally, the literature bears out the common law confessions rule's emphasis on threats and promises. Coerced-compliant confessions are the most common type of false confessions. These are classically the product of threats or promises that convince a suspect that in spite of the long-term ramifications, it is in his or her best interest in the short- and intermediate-term to confess.

45 Fortunately, false confessions are rarely the product of proper police techniques. As Leo & Ofshe (1998), *supra*, point out at p. 492, false confession cases almost always involve "shoddy police practice and/or police criminality". Similarly, in Ofshe & Leo (1997), *supra*, at pp. 193-96, they argue that in most cases, "eliciting a false confession takes strong incentives, intense pressure and prolonged questioning. . . . Only under the rarest of circumstances do an interrogator's ploys persuade an innocent suspect that he is in fact guilty and has been caught."

46 Before turning to how the confessions rule responds to these dangers, I would like to comment briefly on the growing practice of recording police interrogations, preferably by videotape. As pointed out by J. J. Furedy and J. Liss in "Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91, at p. 104, even if "notes were accurate concerning the *content* of what was said . . . , the notes cannot reflect the *tone* of what was said and any body language that may have

Un autre thème est le danger que pose l'utilisation d'éléments de preuve qui n'existent pas. Présenter au suspect une preuve fabriquée de toutes pièces pourra le persuader, s'il est impressionnable, qu'il a effectivement commis le crime, ou à tout le moins que toute protestation d'innocence est futile.

Enfin, la littérature sur la question confirme l'importance que la règle des confessions de la common law attribue aux menaces et promesses. Les fausses confessions induites par coercition constituent le type le plus répandu de fausses confessions. Ces confessions sont habituellement le fruit de menaces ou de promesses qui convainquent le suspect que, malgré les conséquences que sa décision pourrait avoir à long terme, il est dans son intérêt, à court et à moyen terme, de faire une confession.

Heureusement, les fausses confessions découlent rarement de l'application de techniques policières régulières. Comme l'ont souligné Leo & Ofshe (1998), *loc. cit.*, à la p. 492, les affaires de fausses confessions comportent presque toujours [TRADUCTION] «des pratiques policières répréhensibles, de la criminalité policière, ou les deux». De même, dans Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, aux pp. 193 à 196, les auteurs soutiennent que, dans la plupart des cas, [TRADUCTION] «pour soutirer une fausse confession il faut recourir à des mesures incitatives importantes, exercer une pression intense et mener un interrogatoire prolongé. [. . .] Ce n'est que dans de très rares circonstances que les stratagèmes d'un interrogateur persuaderont un suspect innocent qu'en fait il est coupable et qu'il s'est fait prendre».

Avant de voir comment la règle des confessions répond à ces dangers, j'aimerais commenter brièvement la pratique, de plus en plus répandue, qui consiste à enregistrer les interrogatoires policiers, de préférence sur bande vidéo. Comme l'ont souligné J. J. Furedy et J. Liss dans «Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91, à la p. 104, même si [TRADUCTION] «des notes rapportent avec précision la *teneur* de ce qui a été dit [. . .], ces notes ne

been employed” (emphasis in original). White, *supra*, at pp. 153-54, similarly offers four reasons why videotaping is important:

First, it provides a means by which courts can monitor interrogation practices and thereby enforce the other safeguards. Second, it deters the police from employing interrogation methods likely to lead to untrustworthy confessions. Third, it enables courts to make more informed judgments about whether interrogation practices were likely to lead to an untrustworthy confession. Finally, mandating this safeguard accords with sound public policy because the safeguard will have additional salutary effects besides reducing untrustworthy confessions, including more net benefits for law enforcement.

This is not to suggest that non-recorded interrogations are inherently suspect; it is simply to make the obvious point that when a recording is made, it can greatly assist the trier of fact in assessing the confession.

2. The Contemporary Confessions Rule

The common law confessions rule is well-suited to protect against false confessions. While its overriding concern is with voluntariness, this concept overlaps with reliability. A confession that is not voluntary will often (though not always) be unreliable. The application of the rule will by necessity be contextual. Hard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession, and would inevitably result in a rule that would be both over- and under-inclusive. A trial judge should therefore consider all the relevant factors when reviewing a confession.

peuvent refléter le *ton* des propos de même que le langage corporel qui a pu être utilisé» (en italique dans l’original). De même, White, *loc. cit.*, aux pp. 153 et 154, avance quatre raisons pour lesquelles l’enregistrement des interrogatoires sur bande vidéo est une mesure importante:

[TRADUCTION] Premièrement, une telle mesure donne aux tribunaux un moyen de contrôler les pratiques en matière d’interrogatoire et, ainsi, de faire respecter les autres garanties. Deuxièmement, elle dissuade les autorités policières d’utiliser des méthodes d’interrogatoire susceptibles de donner lieu à des confessions qui ne sont pas dignes de foi. Troisièmement, elle permet aux tribunaux de rendre des jugements plus éclairés sur la question de savoir si des pratiques particulières en matière d’interrogatoire étaient susceptibles d’entraîner une confession qui n’est pas digne de foi. Enfin, le fait d’imposer cette garantie constitue une politique d’intérêt général judicieuse puisque, en plus de réduire le nombre de confessions qui ne sont pas dignes de foi, elle aura d’autres effets salutaires y compris des avantages nets pour les responsables de l’application de la loi.

Cela ne veut pas dire que les interrogatoires qui ne sont pas enregistrés sont intrinsèquement suspects, mais simplement que, de toute évidence, l’existence d’un enregistrement peut grandement aider le juge des faits à apprécier la confession.

2. La règle des confessions contemporaine

La règle des confessions de la common law offre une protection efficace contre les fausses confessions. Bien que cette règle s’attache principalement au caractère volontaire des confessions, ce concept chevauche celui de la fiabilité. Une confession non volontaire est souvent (mais pas toujours) peu fiable. L’application de la règle est, par nécessité, contextuelle. Il n’y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d’une confession; il en résulterait inévitablement une règle dont la portée serait à la fois trop large et trop restreinte. Par conséquent, le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu’il examine une confession.

(a) *Threats or Promises*

48

This is of course the core of the confessions rule from *Ibrahim, supra*. It is therefore important to define precisely what types of threats or promises will raise a reasonable doubt as to the voluntariness of a confession. While obviously imminent threats of torture will render a confession inadmissible, most cases will not be so clear.

49

As noted above, in *Ibrahim* the Privy Council ruled that statements would be inadmissible if they were the result of “fear of prejudice or hope of advantage”. The classic “hope of advantage” is the prospect of leniency from the courts. It is improper for a person in authority to suggest to a suspect that he or she will take steps to procure a reduced charge or sentence if the suspect confesses. Therefore in *Nugent, supra*, the court excluded the statement of a suspect who was told that if he confessed, the charge could be reduced from murder to manslaughter. See also *R. v. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481 (B.C.C.A.); *R. v. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331 (Ont. C.A.); R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9th ed. (loose-leaf)), at p. 1–15. Intuitively implausible as it may seem, both judicial precedent and academic authority confirm that the pressure of intense and prolonged questioning may convince a suspect that no one will believe his or her protestations of innocence, and that a conviction is inevitable. In these circumstances, holding out the possibility of a reduced charge or sentence in exchange for a confession would raise a reasonable doubt as to the voluntariness of any ensuing confession. An explicit offer by the police to procure lenient treatment in return for a confession is clearly a very strong inducement, and will warrant exclusion in all but exceptional circumstances.

a) *Menaces ou promesses*

Il s’agit là évidemment de l’essence de la règle des confessions énoncée dans l’arrêt *Ibrahim*, précité. Il importe donc de définir précisément quels types de menaces ou de promesses soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire d’une confession. Bien que des menaces de torture clairement imminente rendent une confession inadmissible, la plupart des affaires ne sont pas aussi nettes.

Comme il a été souligné plus tôt, le Conseil privé a jugé, dans *Ibrahim*, que des déclarations sont inadmissibles si elles ont été obtenues «par crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage». L’exemple classique d’«espoir d’un avantage» est la perspective de clémence de la part du tribunal. Il est inacceptable qu’une personne en situation d’autorité laisse entendre à un suspect qu’elle fera des démarches pour obtenir une réduction de l’accusation ou de la peine si le suspect fait une confession. En conséquence, dans l’arrêt *Nugent*, précité, la cour a écarté la déclaration d’un suspect à qui l’on avait dit que, s’il faisait une confession, il serait accusé d’homicide involontaire coupable au lieu de meurtre. Voir également *R. c. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481 (C.A.C.-B.); *R. c. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331 (C.A. Ont.); R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9^e éd. (feuilles mobiles)), à la p. 1–15. Aussi peu plausible que cela puisse intuitivement sembler, tant la jurisprudence que la doctrine confirment que la pression découlant d’un interrogatoire intense et prolongé peut convaincre un suspect que personne ne croira ses protestations d’innocence et qu’il sera inévitablement déclaré coupable. Dans de telles circonstances, faire miroiter à un suspect la possibilité d’une réduction de l’accusation ou de la peine en échange d’une confession soulèverait un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l’aveu qui s’ensuivrait. Le fait pour les policiers d’offrir explicitement au suspect de lui obtenir un traitement clément en retour d’une confession est manifestement un encouragement très puissant et justifiera l’exclusion de la confession, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

Another type of inducement relevant to this appeal is an offer of psychiatric assistance or other counselling for the suspect in exchange for a confession. While this is clearly an inducement, it is not as strong as an offer of leniency and regard must be had to the entirety of the circumstances. A good example of this comes from *R. v. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207 (B.C.C.A.). In that case, the police made what Hinkson J.A. at the Court of Appeal described as a “bold offer to the accused to help him, in the sense of providing psychiatric help, if he told them what had happened” (p. 216). Reversing the Court of Appeal, this Court upheld the trial judge’s conclusion that, while the police conduct was an inducement, it was not a factor in the suspect’s decision to confess. *Ewert* thus recognizes the importance of a contextual approach.

Threats or promises need not be aimed directly at the suspect for them to have a coercive effect. For example, in *R. v. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35 (B.C.C.A.), McIntyre J.A. (as he then was) addressed a confession obtained in a case where the accused and his friend Winn had robbed and murdered a hitchhiker. The police suspected the murder was Jackson’s doing, and urged him to confess, lest his friend Winn be unjustly convicted of murder. The trial judge had concluded that:

[The police] were exerting a subtle form of pressure on Jackson, they were appealing to his concept of right and wrong. . . . They indicated that unless they got to the truth of the matter, it might be necessary to charge both, and this too was a very likely possibility. The officers were completely frank with him. The officers hoped that when Jackson was faced with what they had, and what might transpire if he didn’t speak up, that he would take Winn off the hook and confess. That is exactly what he did. I can see nothing in what they said or in what they

Un autre type d’encouragement pertinent en ce qui concerne le présent pourvoi est le fait d’offrir au suspect de l’assistance psychiatrique ou d’autres formes de counselling en échange d’une confession. Bien qu’il s’agisse clairement d’un encouragement, une telle offre n’a pas autant de poids qu’une offre de clémence et il faut, dans un tel cas, tenir compte de l’ensemble des circonstances. L’affaire *R. c. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207 (C.A.C.-B.) est un bon exemple de ce genre de situation. Dans cette affaire, les autorités policières ont fait ce que le juge Hinkson de la Cour d’appel a décrit comme [TRADUCTION] «une offre d’aide audacieuse à l’accusé, savoir qu’ils lui procureraient de l’aide psychiatrique s’il leur racontait ce qui était arrivé» (p. 216). Infirmant l’arrêt de la Cour d’appel, notre Cour a confirmé la conclusion du juge du procès que, bien que la conduite des policiers ait constitué un encouragement, ce facteur n’a pas joué dans la décision du suspect de faire une confession. L’arrêt *Ewert* reconnaît donc l’importance d’une approche contextuelle.

Il n’est pas nécessaire que les menaces ou les promesses visent directement le suspect pour avoir un effet coercitif. Par exemple, dans *R. c. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35 (C.A.C.-B.), le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) a examiné une confession obtenue dans une affaire où l’accusé et son ami Winn avaient volé et assassiné un auto-stoppeur. Les policiers, qui soupçonnaient Jackson d’avoir commis le meurtre, l’ont exhorté à faire une confession, à défaut de quoi son ami Winn serait injustement déclaré coupable de meurtre. Le juge du procès avait tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] [Les policiers] exerçaient une forme de pression subtile sur Jackson, faisant appel à son concept du bien et du mal. [. . .] Ils lui ont dit que s’ils ne parvenaient pas à faire la lumière sur l’affaire, il pourrait s’avérer nécessaire de porter des accusations contre les deux, et qu’il s’agissait d’une très forte possibilité. Les agents ont été très francs avec lui. Ils espéraient que Jackson, confronté avec les éléments de preuve qu’ils avaient et les conséquences de son silence, tirerait Winn d’affaire et passerait aux aveux. C’est exactement ce qu’il a fait. À mon avis, ils n’ont rien dit ni fait qui puisse être interprété par Jackson comme faisant miroi-

did that can be construed by Jackson as holding out the possibility of any benefit to him should he confess.

McIntyre J.A. agreed that no hope of advantage that would render a confession inadmissible had been held out to the accused. He then presented the following very helpful analysis of the law (at p. 38):

[Cases] must be considered in relation to their own facts. It is my opinion that for a promised benefit to a person other than the accused to vitiate a confession, the benefit must be of such a nature that when considered in the light of the relationship between the person and the accused, and all the surrounding circumstances of the confession, it would tend to induce the accused to make an untrue statement, for it is the danger that a person may be induced by promises to make such a statement which lies at the root of this exclusionary rule.

ter la possibilité qu'il obtiendrait un avantage s'il faisait une confession.

Le juge McIntyre a lui aussi estimé qu'on n'avait pas fait miroiter à l'accusé l'espoir d'un avantage qui aurait rendu la confession inadmissible. Il a ensuite fait une analyse très utile du droit (à la p. 38):

[TRADUCTION] [Chaque affaire] doit être examinée à la lumière des faits qui lui sont propres. À mon avis, pour qu'un avantage promis à une personne autre que l'accusé vicié une confession, l'avantage doit être d'une nature telle que, envisagé à la lumière du lien qui existe entre cette personne et l'accusé, et de toutes les circonstances de la confession, il tendrait à amener l'accusé à faire une fausse déclaration, car c'est le danger qu'une personne puisse être incitée, par des promesses, à faire une telle déclaration qui est à l'origine de la règle de l'exclusion.

52

McIntyre J.A. offered, as examples of improper inducements, telling a mother that her daughter would not be charged with shoplifting if the mother confessed to a similar offence (see *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 1 A.C. 760 (H.L.), at p. 821), or a sergeant-major keeping a company on parade until he learned who was responsible for a stabbing (see *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35). In *Jackson*, by contrast, the accused had merely known Winn for a year in prison. The offence occurred a few days after their release. Neither testified to a relationship such that "the immunity of one was of such vital concern to the other that he would untruthfully confess to preserve it" (p. 39). The confession was therefore admissible.

Le juge McIntyre a mentionné, à titre d'exemples d'encouragements inacceptables, le fait de dire à une mère que sa fille ne serait pas accusée de vol à l'étalage si la mère avouait avoir commis une infraction similaire (voir *Commissioners of Customs and Excise c. Harz*, [1967] 1 A.C. 760 (H.L.), à la p. 821), ou le fait pour un sergent-major d'avoir fait parader une compagnie de soldats jusqu'à ce qu'on lui dise qui était le responsable d'une agression à coups de couteau (voir *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35). Dans *Jackson*, par contraste, l'accusé avait rencontré Winn en prison et ne le connaissait que depuis un an. L'infraction avait été commise quelques jours après leur libération. Ni l'un ni l'autre n'a témoigné de l'existence entre eux d'une relation telle que [TRADUCTION] «l'immunité de l'un était d'une importance si cruciale aux yeux de l'autre qu'il ferait une fausse confession pour la préserver» (p. 39). La confession a donc été jugée admissible.

53

The *Ibrahim* rule speaks not only of "hope of advantage", but also of "fear of prejudice". Obviously, any confession that is the product of outright violence is involuntary and unreliable, and therefore inadmissible. More common, and more challenging judicially, are the more subtle, veiled threats that can be used against suspects. The Honourable Fred Kaufman, in the third edition of

La règle de l'arrêt *Ibrahim* parle non seulement de «l'espoir d'un avantage», mais également de «la crainte d'un préjudice». Il va de soi que toute confession résultant de violence pure et simple est involontaire, non fiable et, par conséquent, inadmissible. Les menaces voilées, plus subtiles, qui peuvent être proférées contre des suspects sont plus répandues et posent un plus grand défi aux

The Admissibility of Confessions (1979), at p. 230, provides a useful starting point:

Threats come in all shapes and sizes. Among the most common are words to the effect that “it would be better” to tell, implying thereby that dire consequences might flow from a refusal to talk. Maule J. recognized this fact, and said that “there can be no doubt that such words, if spoken by a competent person, have been held to exclude a confession at least 500 times” (*R. v. Garner* (1848), 3 Cox C.C. 175, at p. 177).

Courts have accordingly excluded confessions made in response to police suggestions that it would be better if they confessed. See *R. v. Desmeules*, [1971] R.L. 505 (Que. Ct. Sess. P.); *Comeau v. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139 (N.S.S.C.); *Lazure, supra*; *R. v. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398 (Nfld. C.A.), at p. 401; *White, supra*, at p. 129.

However, phrases like “it would be better if you told the truth” should not automatically require exclusion. Instead, as in all cases, the trial judge must examine the entire context of the confession, and ask whether there is a reasonable doubt that the resulting confession was involuntary. Freedman C.J.M. applied this approach correctly in *R. v. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81 (Man. C.A.). In that case a suspect in a robbery and murder asked to meet with two police officers of his acquaintance. At this meeting, one officer said: “The best thing you can do is come in with us and tell the truth” (p. 95). Freedman C.J.M. held that while the officer’s language was “unfortunate”, it did not require exclusion (at p. 95): “McFall *wanted* to talk, he *wanted* to give the police his version of what had occurred, and above all he did not want

tribunaux. Dans la troisième édition de son ouvrage intitulé *The Admissibility of Confessions* (1979), l’honorable Fred Kaufman expose un point de départ utile, à la p. 230:

[TRADUCTION] Les menaces peuvent prendre toutes sortes de formes. Parmi les plus répandues, mentionnons les expressions comme «il vaudrait mieux» que tu te mettes à table, qui impliquent que le refus de le faire pourrait avoir des conséquences terribles. Le juge Maule a reconnu ce fait, et il a dit qu’«il ne fait pas de doute que de telles paroles, si elles sont prononcées par une personne en situation d’autorité, ont déjà justifié à au moins 500 reprises l’exclusion d’une confession» (*R. c. Garner* (1848), 3 Cox C.C. 175, à la p. 177).

Les tribunaux ont donc déjà écarté des confessions faites en réponse aux suggestions faites par les policiers aux suspects qu’il vaudrait mieux que ces derniers passent aux aveux. Voir *R. c. Desmeules*, [1971] R.L. 505 (C.S.P. Qué.); *Comeau c. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139 (C.S.N.-É.); *Lazure*, précité; *R. c. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398 (C.A.T.-N.), à la p. 401; *White, loc. cit.*, à la p. 129.

Cependant, le fait que des expressions du genre «il vaudrait mieux que vous disiez la vérité» aient été utilisées ne doit pas d’office entraîner l’exclusion d’une confession. Dans de telles situations, le juge du procès doit plutôt, comme dans tous les cas, examiner le contexte global de la confession et se demander s’il existe un doute raisonnable que la confession qui en a résulté était involontaire. Le juge en chef Freedman du Manitoba a bien appliqué cette approche dans *R. c. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81 (C.A. Man.). Dans cette affaire, une personne soupçonnée de vol qualifié et de meurtre a demandé à rencontrer deux policiers qu’elle connaissait. Durant cette rencontre, un des agents a dit: [TRADUCTION] «La meilleure chose que tu puisses faire, c’est nous accompagner et nous dire la vérité» (p. 95). Le juge en chef Freedman a estimé que, quoique les paroles de l’agent aient été «mal choisies», elles n’entraînent pas l’exclusion (à la p. 95): [TRADUCTION] «McFall *voulait* parler, il *voulait* donner sa version des faits aux policiers, et il ne voulait surtout pas que Puffer et Kizyma se tirent d’affaire, le laissant ainsi seul

Puffer and Kizyma to get away, leaving him to face the music alone” (emphasis in original).

pour faire face à la musique» (en italique dans l’original).

55

In his reasons, Freedman C.J.M. referred to a passage from an article he had written earlier, “Admissions and Confessions”, published in Salhany and Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), at pp. 110-11, where he stated the following:

Dans ses motifs, le juge en chef Freedman s’est référé à un passage d’un article qu’il avait écrit, «Admissions and Confessions», qui avait été publié dans Salhany et Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), aux pp. 110 et 111, et où il avait dit ce qui suit:

Risky though it be for a policeman to use words like “better tell us everything”— and an experienced and conscientious officer will shun them like the plague — their consequences will not always be fatal. There have been some instances where words of that type have been employed, and yet a confession following thereon has been admitted. That may occur when the court is satisfied that the offending words, potentially perilous though they be, did not in fact induce the accused to speak. In other words, he would have confessed in any event, the court’s enquiry on the point establishing that his statement was indeed voluntarily made. It is scarcely necessary to emphasize, however, that cases of the kind just mentioned will confront a prosecuting counsel with special difficulty. For words like “better tell the truth” carry the mark of an inducement on their very face, and a resultant confession may well find itself battling against the stream.

[TRADUCTION] Aussi risqué que puisse être le fait pour un policier d’utiliser des expressions du genre «il vaut mieux tout nous dire» — que les agents expérimentés et consciencieux éviteront comme la peste — les conséquences de ces expressions ne seront pas toujours fatales. Dans certains cas, de telles expressions ont été utilisées et, pourtant, l’aveu qui a suivi a été admis. Cela peut se produire lorsque le tribunal est convaincu que — bien que potentiellement périlleuses — les expressions attentatoires n’ont pas, dans les faits, amené l’accusé à parler. Autrement dit, il aurait fait une confession de toute façon, l’examen du tribunal ayant établi que sa déclaration était effectivement volontaire. Il est à peine besoin de souligner, cependant, que les affaires de ce type poseront une difficulté particulière aux avocats chargés des poursuites, car les expressions du genre «il vaut mieux dire la vérité» suggèrent à première vue un encouragement, et le procureur pourrait fort bien devoir lutter pour faire admettre une confession résultant de leur utilisation.

This Court upheld the Court of Appeal’s ruling. See *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; see also *R. v. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294 (Alta. C.A.), at pp. 296-97. I agree that “it would be better” comments require exclusion only where the circumstances reveal an implicit threat or promise.

Notre Cour a confirmé la décision de la Cour d’appel. Voir *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; voir également *R. c. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294 (C.A. Alb.), aux pp. 296 et 297. Je suis d’accord avec l’opinion selon laquelle les remarques du type «il vaudrait mieux» ne commandent l’exclusion de la confession que dans les cas où les circonstances révèlent une menace ou promesse implicite.

56

A final threat or promise relevant to this appeal is the use of moral or spiritual inducements. These inducements will generally not produce an involuntary confession, for the very simple reason that the inducement offered is not in the control of the police officers. If a police officer says “If you don’t confess, you’ll spend the rest of your life in jail. Tell me what happened and I can get you a lighter sentence”, then clearly there is a strong, and improper, inducement for the suspect to confess.

Un dernier type de menace ou de promesse pertinent dans le cadre du présent pourvoi est l’utilisation d’encouragements moraux ou spirituels. De tels encouragements ne donneront généralement pas lieu à un aveu involontaire, pour la raison bien simple que la concrétisation de l’objet de l’encouragement est indépendante de la volonté des policiers. Lorsqu’un policier dit «si vous ne confessez pas, vous passerez le reste de vos jours en prison. Dites-moi ce qui s’est produit et je pourrai vous

The officer is offering a *quid pro quo*, and it raises the possibility that the suspect is confessing not because of any internal desire to confess, but merely in order to gain the benefit offered by the interrogator. By contrast, with most spiritual inducements the interrogator has no control over the suggested benefit. If a police officer convinces a suspect that he will feel better if he confesses, the officer has not offered anything. I therefore agree with Kaufman, *supra*, who summarized the jurisprudence as follows at p. 186:

We may therefore conclude that, as a general rule, *confessions which result from spiritual exhortations or appeals to conscience and morality, are admissible in evidence, whether urged by a person in authority or by someone else.* [Emphasis in original.]

In summary, courts must remember that the police may often offer some kind of inducement to the suspect to obtain a confession. Few suspects will spontaneously confess to a crime. In the vast majority of cases, the police will have to somehow convince the suspect that it is in his or her best interests to confess. This becomes improper only when the inducements, whether standing alone or in combination with other factors, are strong enough to raise a reasonable doubt about whether the will of the subject has been overborne. On this point I found the following passage from *R. v. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), at p. 212, particularly apt:

Very few confessions are inspired solely by remorse. Often the motives of an accused are mixed and include a hope that an early admission may lead to an earlier release or a lighter sentence. If it were the law that the mere presence of such a motive, even if promoted by something said or done by a person in authority, led inexorably to the exclusion of a confession, nearly every confession would be rendered inadmissible. This is not the law. In some cases the hope may be self-generated. If so, it is irrelevant, even if it provides the dominant motive for making the confession. In such a case the

obtenir une peine moins lourde», il est clair qu'il encourage fortement et de façon inacceptable le suspect à faire une confession. En effet, l'agent offre une contrepartie, ce qui soulève la possibilité que le suspect confesse un crime non pas parce que, dans son for intérieur, il souhaite le faire, mais plutôt afin de tirer parti de l'avantage que lui offre l'interrogateur. Par contraste, dans le cas des encouragements spirituels, la réalisation de l'avantage évoqué est indépendante de la volonté de l'interrogateur. Le policier qui convainc un suspect qu'il se sentira mieux après avoir fait une confession n'offre rien à ce dernier. Je suis donc d'accord avec Kaufman, *op. cit.*, qui a résumé ainsi la jurisprudence, à la p. 186:

[TRADUCTION] Nous pouvons donc conclure que, en règle générale, *les aveux qui résultent d'exhortations spirituelles ou d'appels à la conscience et à la moralité sont admissibles en preuve, qu'ils aient été proférés par une personne en situation d'autorité ou par une autre personne.* [En italique dans l'original.]

En résumé, les tribunaux doivent avoir à l'esprit qu'il peut souvent arriver que les policiers offrent une certaine forme d'encouragement au suspect en vue d'obtenir une confession. Peu de suspects confesseront spontanément un crime. Dans la très grande majorité des cas, les policiers devront d'une façon ou d'une autre convaincre le suspect qu'il est dans son intérêt de faire une confession. Cela ne devient inacceptable que lorsque les encouragements — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a subjugué la volonté du suspect. Sur ce point, j'estime particulièrement à propos le passage suivant de l'affaire *R. c. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), à la p. 212:

[TRADUCTION] Très peu de confessions sont inspirées exclusivement par le remords. Il arrive souvent qu'un accusé soit animé par divers motifs, y compris l'espoir qu'un aveu hâtif puisse se traduire par une libération anticipée ou une peine moins sévère. Si, en droit, la règle était que la seule présence d'un tel motif, même s'il découle de paroles ou d'actes d'une personne en autorité, mène inexorablement à l'exclusion d'une confession, pratiquement toutes les confessions seraient jugées inadmissibles. Cela n'est pas le droit applicable. Dans certains cas, il se peut que l'espoir ait pris nais-

confession will not have been obtained by anything said or done by a person in authority. More commonly the presence of such a hope will, in part at least, owe its origin to something said or done by such a person. There can be few prisoners who are being firmly but fairly questioned in a police station to whom it does not occur that they might be able to bring both their interrogation and their detention to an earlier end by confession.

The most important consideration in all cases is to look for a *quid pro quo* offer by interrogators, regardless of whether it comes in the form of a threat or a promise.

(b) *Oppression*

58

There was much debate among the parties, interveners, and courts below over the relevance of “oppression” to the confessions rule. Oppression clearly has the potential to produce false confessions. If the police create conditions distasteful enough, it should be no surprise that the suspect would make a stress-compliant confession to escape those conditions. Alternately, oppressive circumstances could overbear the suspect’s will to the point that he or she comes to doubt his or her own memory, believes the relentless accusations made by the police, and gives an induced confession.

59

A compelling example of oppression comes from the Ontario Court of Appeal’s recent decision in *R. v. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449. The accused, charged with sexual assault, was arrested at 11:25 p.m. while under the influence of crack cocaine and alcohol. After two hours in a cell, two officers removed his clothes for forensic testing. He was left naked in a cold cell containing only a metal bunk to sit on. The bunk was so cold he had to stand up. One and one-half hours later, he was provided with some light clothes, but no underwear and ill-fitting shoes. Shortly thereafter, at about 3:00 a.m., he was awakened for the purpose of interviewing. In the course of the interrogation, the accused nodded off to sleep at least five times.

sance chez l’accusé lui-même. Dans ces cas, il n’est pas pertinent, même s’il constitue le motif dominant pour lequel l’accusé a confessé le crime. La confession n’aura pas été obtenue par suite de quelque acte d’une personne en situation d’autorité. Il arrive plus souvent que la présence d’un tel espoir tire son origine, du moins en partie, d’actes ou de paroles d’une telle personne. Il y a peu de prisonniers auxquels il ne vient pas à l’esprit, au cours d’un interrogatoire serré mais équitable dans un poste de police, de mettre fin rapidement à leur interrogatoire et à leur détention en faisant une confession.

Dans tous les cas, la question la plus importante consiste à se demander si les interrogateurs ont offert une contrepartie, que ce soit sous forme de menaces ou de promesses.

b) *L’oppression*

Les parties, les intervenants et les juridictions inférieures saisies de la présente affaire ont abondamment débattu la pertinence de l’«oppression» dans la règle des confessions. Il est clair que l’existence d’un climat d’oppression est susceptible de produire de fausses confessions. Si les policiers créent des conditions suffisamment désagréables, il n’y a rien d’étonnant à ce que le suspect fasse une fausse confession induite par stress pour échapper à ces conditions. Par ailleurs, un climat oppressif pourrait ébranler la volonté du suspect au point de l’amener à douter de sa propre mémoire, à croire les accusations incessantes des policiers et à faire une confession induite.

L’arrêt récent de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449, est un exemple frappant d’une situation oppressive. L’accusé, qui était inculpé d’agression sexuelle, avait été arrêté à 23 h 25 pendant qu’il était sous l’effet du crack et de l’alcool. Après avoir passé deux heures dans une cellule, deux agents lui ont retiré ses vêtements aux fins d’analyses médico-légales. On l’a laissé nu dans une cellule froide ne contenant qu’une couchette de métal où il pouvait s’asseoir. Cette couchette était si froide qu’il devait se tenir debout. Une heure et demie plus tard, on lui a fourni des vêtements légers — mais pas de sous-vêtements — de même que des souliers qui ne lui faisaient pas. Peu de temps après, vers 3 h, on a

He requested warmer clothes and a tissue to wipe his nose, both of which were refused. While he admitted knowing that he did not have to talk, and that the officers had made no explicit threats or promises, he hoped that if he talked to the police they would give him some warm clothes and cease the interrogation.

Under these circumstances, it is no surprise that the Court of Appeal concluded the statement was involuntary. Under inhumane conditions, one can hardly be surprised if a suspect confesses purely out of a desire to escape those conditions. Such a confession is not voluntary. For similar examples of oppressive circumstances, see *R. v. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538 (N.S.S.C., App. Div.); *R. v. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377 (B.C.S.C.). Without trying to indicate all the factors that can create an atmosphere of oppression, such factors include depriving the suspect of food, clothing, water, sleep, or medical attention; denying access to counsel; and excessively aggressive, intimidating questioning for a prolonged period of time.

A final possible source of oppressive conditions is the police use of non-existent evidence. As the discussion of false confessions, *supra*, revealed, this ploy is very dangerous: see Ofshe & Leo (1997a), *supra*, at pp. 1040-41; Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 202. The use of false evidence is often crucial in convincing the suspect that protestations of innocence, even if true, are futile. I do not mean to suggest in any way that, standing alone, confronting the suspect with inadmissible or even fabricated evidence is necessarily grounds for excluding a statement. However, when combined with other factors, it is certainly a relevant consideration in determining on a *voir dire* whether a confession was voluntary.

réveillé l'accusé afin de l'interroger. Ce dernier s'est endormi au moins cinq fois pendant l'interrogatoire. Il a vainement demandé des vêtements plus chauds et un mouchoir pour s'essuyer le nez. Quoiqu'il ait reconnu qu'il savait qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit et que les agents ne lui avaient pas explicitement fait de menaces ni de promesses, il espérait qu'en parlant aux policiers ceux-ci lui donneraient des vêtements chauds et mettraient fin à l'interrogatoire.

Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel ait conclu que la déclaration n'avait pas été volontaire. Dans des conditions inhumaines, on peut difficilement s'étonner qu'un suspect fasse une confession dans le seul but d'échapper à ces conditions. Une telle confession n'est pas volontaire. Pour des exemples similaires de situations oppressives, voir *R. c. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538 (C.S.N.-É., Div. app.); *R. c. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377 (C.S.C.-B.). Sans vouloir énumérer tous les facteurs susceptibles de créer un climat d'oppression, mentionnons le fait de priver le suspect de nourriture, de vêtements, d'eau, de sommeil ou de soins médicaux, de lui refuser l'accès à un avocat et de l'interroger de façon excessivement agressive pendant une période prolongée.

Une dernière source possible de conditions oppressives est l'utilisation, par les policiers, d'éléments de preuve inexistant. Comme il est ressorti de l'analyse qui a été faite des fausses confessions plus tôt, ce stratagème est très dangereux: voir Ofshe & Leo (1997a), *loc. cit.*, aux pp. 1040 et 1041; Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 202. L'utilisation de faux éléments de preuve est souvent un moyen crucial de convaincre le suspect que ses protestations d'innocence, même si elles sont vraies, sont futiles. Je ne veux d'aucune façon laisser entendre que le seul fait de mettre le suspect en présence d'éléments de preuve inadmissibles, ou même fabriqués, constitue nécessairement une raison d'écarter une déclaration. Cependant, lorsqu'elle s'ajoute à d'autres facteurs, cette considération est certes pertinente pour déterminer, dans le cadre d'un *voir-dire*, si la confession était volontaire.

60

61

62

England has also recognized the role of oppression. Section 76(8) of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, states that a confession must not be the product of “oppression”, which is defined to include “torture, inhuman or degrading treatment, and the use or threat of violence (whether or not amounting to torture)”. The Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers goes on to offer examples of what may amount to oppression, which are similar to what I described above.

(c) *Operating Mind*

63

This Court recently addressed this aspect of the confessions rule in *Whittle, supra*, and I need not repeat that exercise here. Briefly stated, Sopinka J. explained that the operating mind requirement “does not imply a higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying and that he is saying it to police officers who can use it to his detriment” (p. 936). I agree, and would simply add that, like oppression, the operating mind doctrine should not be understood as a discrete inquiry completely divorced from the rest of the confessions rule. Indeed, in his reasons in *Horvath, supra*, at p. 408, Spence J. perceived the operating mind doctrine as but one application of the broader principle of voluntariness: statements are inadmissible if they are “not voluntary in the ordinary English sense of the word because they were induced by other circumstances such as existed in the present case”.

64

Similarly, in concluding that the confessions rule cannot be limited to the negative inquiry of whether there were any explicit threats or promises, Beetz J. offered the following explanation of the rule, at pp. 424-25:

Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness. The principle always governs and may justify an extension of the rule to situations where involuntariness

L'Angleterre a également reconnu le rôle que joue l'oppression. En effet, le paragraphe 76(8) de la loi intitulée *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, précise que la confession ne doit pas découler d'«oppression», qui est définie comme visant notamment [TRADUCTION] «la torture, les traitements inhumains ou dégradants et le recours ou la menace de recours à la violence (qu'elle équivaille ou non à de la torture)». Le Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers donne des exemples de situations pouvant constituer des conditions oppressives similaires à celles que j'ai décrites plus tôt.

c) *L'état d'esprit conscient*

Notre Cour a récemment traité de cet aspect de la règle des confessions dans l'arrêt *Whittle*, précité, et il n'est pas nécessaire que je le refasse. En résumé, le juge Sopinka a expliqué que la théorie de l'état d'esprit conscient «n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui» (p. 936). Je souscris à cette explication et j'ajouterais simplement que, tout comme l'oppression, la théorie de l'état d'esprit conscient ne doit pas être considérée comme une enquête distincte, complètement dissociée du reste de la règle des confessions. De fait, dans les motifs qu'il a exposés dans l'arrêt *Horvath*, précité, à la p. 408, le juge Spence a considéré que la théorie de l'état d'esprit conscient n'était qu'une application du principe plus large du caractère volontaire: la déclaration est inadmissible si elle «n'est [. . .] pas volontaire au sens ordinaire de ce terme en anglais parce qu'elle [a été provoquée] par d'autres circonstances comme c'est le cas en l'espèce».

De même, estimant que la règle des confessions ne saurait se limiter à une analyse négative, c'est-à-dire à déterminer si des menaces ou promesses explicites ont été faites, le juge Beetz a expliqué ainsi la règle, aux pp. 424 et 425:

En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une

has been caused otherwise than by promises, threats, hope or fear, if it is felt that other causes are as coercive as promises or threats, hope or fear and serious enough to bring the principle into play.

As these passages make clear, the operating mind doctrine is just one application of the general rule that involuntary confessions are inadmissible.

(d) *Other Police Trickery*

A final consideration in determining whether a confession is voluntary or not is the police use of trickery to obtain a confession. Unlike the previous three headings, this doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system. Lamer J.'s concurrence in *Rothman, supra*, introduced this inquiry. In that case, the Court admitted a suspect's statement to an undercover police officer who had been placed in a cell with the accused. In concurring reasons, Lamer J. emphasized that reliability was not the only concern of the confessions rule; otherwise the rule would not be concerned with whether the inducement was given by a person in authority. He summarized the correct approach at p. 691:

[A] statement before being left to the trier of fact for consideration of its probative value should be the object of a *voir dire* in order to determine, not whether the statement is or is not reliable, but whether the authorities have done or said anything that could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue. It is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities' conduct as regards reliability.

Lamer J. was also quick to point out that courts should be wary not to unduly limit police discretion (at p. 697):

[T]he investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess

autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

Comme l'indiquent clairement ces extraits, la théorie de l'état d'esprit conscient n'est qu'une application de la règle générale selon laquelle les confessions involontaires sont inadmissibles.

d) *Les autres ruses policières*

Le dernier élément dont il faut tenir compte pour déterminer si une confession est volontaire ou non est la question de savoir si les policiers ont utilisé des ruses en vue d'obtenir la confession. Contrairement aux théories qui ont fait l'objet des trois dernières rubriques, cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu'elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale. Cette analyse a été introduite par le juge Lamer, dans les motifs concordants qu'il a exposés dans l'arrêt *Rothman*, précité. Dans cette affaire, la Cour a admis la déclaration qu'avait faite le suspect à un policier en civil qui partageait sa cellule. Dans ses motifs, le juge Lamer a souligné que la fiabilité n'était pas le seul aspect auquel s'attache la règle des confessions, car autrement la règle ne s'intéresserait pas à la question de savoir si l'encouragement a été donné par une personne en situation d'autorité. Il a résumé ainsi l'approche qu'il convient d'appliquer, à la p. 691:

[A]vant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au voir dire en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité.

Le juge Lamer s'est également empressé de souligner que les tribunaux doivent se garder de ne pas limiter indûment le pouvoir discrétionnaire des policiers (à la p. 697):

[U]ne enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles

65

66

of Queensbury rules. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must sometimes of necessity resort to tricks or other forms of deceit and should not through the rule be hampered in their work. What should be repressed vigorously is conduct on their part that shocks the community. [Emphasis added.]

As examples of what might “shock the community”, Lamer J. suggested a police officer pretending to be a chaplain or a legal aid lawyer, or injecting truth serum into a diabetic under the pretense that it was insulin. Lamer J.’s discussion on this point was adopted by the Court in *Collins, supra*, at pp. 286-87; see also *R. v. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (Que. Sup. Ct.).

du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d’artifices et d’autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l’application de la règle. Ce qu’il faut réprimer avec vigueur, c’est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. [Je souligne.]

À titre d’exemples de comportement susceptibles de «choquer la collectivité», le juge Lamer a mentionné un policier qui soit se ferait passer pour un aumônier ou un avocat de l’aide juridique, soit donnerait une injection de penthotal à un suspect diabétique en prétendant lui administrer de l’insuline. L’analyse du juge Lamer sur ce point a été adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Collins*, précité, aux pp. 286 et 287; voir également *R. c. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (C.S. Qué.).

67

In *Hebert, supra*, this Court overruled the result in *Rothman* based on the *Charter*’s right to silence. However, I do not believe that this renders the “shocks the community” rule redundant. There may be situations in which police trickery, though neither violating the right to silence nor undermining voluntariness *per se*, is so appalling as to shock the community. I therefore believe that the test enunciated by Lamer J. in *Rothman*, and adopted by the Court in *Collins*, is still an important part of the confessions rule.

(e) *Summary*

68

While the foregoing might suggest that the confessions rule involves a panoply of different considerations and tests, in reality the basic idea is quite simple. First of all, because of the criminal justice system’s overriding concern not to convict the innocent, a confession will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to voluntariness. Both the traditional, narrow *Ibrahim* rule and the oppression doctrine recognize this danger. If the police interrogators subject the suspect to utterly intolerable conditions, or if they offer inducements strong enough to produce an unreliable confession, the trial judge should exclude it. Between these two extremes,

Dans l’arrêt *Hebert*, précité, notre Cour a renversé le résultat de l’arrêt *Rothman* en se fondant sur le droit au silence garanti par la *Charte*. Toutefois, je n’estime pas que cela rende inutile la règle du «choc de la collectivité». Il peut survenir des situations où, quoique la ruse utilisée par les policiers ne porte pas atteinte au droit au silence ni ne mine le caractère volontaire de la confession comme tel, elle soit si odieuse qu’elle choque la collectivité. Je suis donc d’avis que le critère énoncé par le juge Lamer dans *Rothman* et adopté par notre Cour dans *Collins* demeure un élément important de la règle des confessions.

e) *Résumé*

Bien que ce qui précède puisse sembler indiquer que la règle des confessions comporte toute une panoplie de facteurs et critères, l’idée de base est en réalité assez simple. Premièrement, comme le souci premier du système de justice pénale est d’éviter qu’un innocent soit déclaré coupable, une confession ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. Tant la règle étroite traditionnelle qui a été énoncée dans l’arrêt *Ibrahim* que la théorie de l’oppression reconnaissent ce danger. Si les policiers qui mènent l’interrogatoire soumettent le suspect à des conditions tout à fait intolérables ou s’ils lui don-

oppressive conditions and inducements can operate together to exclude confessions. Trial judges must be alert to the entire circumstances surrounding a confession in making this decision.

The doctrines of oppression and inducements are primarily concerned with reliability. However, as the operating mind doctrine and Lamer J.'s concurrence in *Rothman*, *supra*, both demonstrate, the confessions rule also extends to protect a broader conception of voluntariness "that focuses on the protection of the accused's rights and fairness in the criminal process": J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 339. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule. Whether the concern is threats or promises, the lack of an operating mind, or police trickery that unfairly denies the accused's right to silence, this Court's jurisprudence has consistently protected the accused from having involuntary confessions introduced into evidence. If a confession is involuntary for any of these reasons, it is inadmissible.

Wigmore perhaps summed up the point best when he said that voluntariness is "shorthand for a complex of values": *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351. I also agree with Warren C.J. of the United States Supreme Court, who made a similar point in *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), at p. 207:

[N]either the likelihood that the confession is untrue nor the preservation of the individual's freedom of will is the sole interest at stake. As we said just last Term, "The abhorrence of society to the use of involuntary confessions . . . also turns on the deep-rooted feeling that the police must obey the law while enforcing the law; that

ment des encouragements assez importants pour qu'il fasse une confession non fiable, le juge du procès doit écarter cette confession. Entre ces deux extrêmes, l'existence d'une combinaison de conditions oppressives et d'encouragements peut également avoir pour effet d'entraîner l'exclusion d'une confession. Le juge du procès doit, lorsqu'il rend sa décision, tenir compte de toutes les circonstances dans lesquelles la confession a été faite.

La théorie de l'oppression et celle des encouragements s'attachent principalement à la fiabilité. Cependant, comme le démontrent la théorie de l'état d'esprit conscient et les motifs concordants du juge Lamer dans *Rothman*, précité, la règle des confessions vise également à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] «qui met l'accent sur la protection des droits de l'accusé et l'équité du processus pénal»: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 339. Le caractère volontaire est la pierre d'assise de la règle des confessions. Qu'il ait été question de menaces ou de promesses, de l'absence d'un état d'esprit conscient ou encore de ruses policières qui privent injustement l'accusé de son droit de garder le silence, la jurisprudence de notre Cour a invariablement protégé l'accusé contre l'admission en preuve d'une confession non volontaire. Si la confession est involontaire pour l'une ou l'autre de ces raisons, elle est inadmissible.

Wigmore est peut-être celui qui a le mieux résumé la question lorsqu'il a dit que le caractère volontaire était [TRADUCTION] «la formulation synthétique d'un faisceau de valeurs»: *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1970), vol. 3, § 826, à la p. 351. Je suis également d'accord avec le juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis, qui a exprimé un point de vue similaire dans l'arrêt *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), à la p. 207:

[TRADUCTION] Le seul intérêt en jeu n'est ni la probabilité que la confession soit fausse, ni la sauvegarde de la liberté de choix de l'individu. Comme nous l'avons dit au cours de la toute dernière session: «La répugnance de la société à utiliser des confessions involontaires [. . .] vient également du sentiment, profondément ancré, que

in the end life and liberty can be as much endangered from illegal methods used to convict those thought to be criminals as from the actual criminals themselves.” . . . Thus a complex of values underlies the stricture against use by the state of confessions which, by way of convenient shorthand, this Court terms involuntary, and the role played by each in any situation varies according to the particular circumstances of the case.

See *Hebert, supra*. While the “complex of values” relevant to voluntariness in Canada is obviously not identical to that in the United States, I agree with Warren C.J. that “voluntariness” is a useful term to describe the various rationales underlying the confessions rule that I have addressed above.

71

Again, I would also like to emphasize that the analysis under the confessions rule must be a contextual one. In the past, courts have excluded confessions made as a result of relatively minor inducements. At the same time, the law ignored intolerable police conduct if it did not give rise to an “inducement” as it was understood by the narrow *Ibrahim* formulation. Both results are incorrect. Instead, a court should strive to understand the circumstances surrounding the confession and ask if it gives rise to a reasonable doubt as to the confession’s voluntariness, taking into account all the aspects of the rule discussed above. Therefore a relatively minor inducement, such as a tissue to wipe one’s nose and warmer clothes, may amount to an impermissible inducement if the suspect is deprived of sleep, heat, and clothes for several hours in the middle of the night during an interrogation: see *Hoilett, supra*. On the other hand, where the suspect is treated properly, it will take a stronger inducement to render the confession involuntary. If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for “some palpable and overriding error which affected [the trial judge’s] assessment of the facts”: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (quoting *Stein v.*

les policiers doivent respecter la loi quand ils l’appliquent, qu’en bout de ligne, la vie et la liberté peuvent être autant menacées par l’utilisation de méthodes illégales pour faire condamner les personnes soupçonnées de crimes que par les vrais criminels eux-mêmes». [. . .] En conséquence, un ensemble de valeurs sous-tend la limitation imposée à l’État en matière d’utilisation de confessions, ensemble que notre Cour décrit au moyen d’un terme commode, «involontaires», et le rôle que joue chacune de celles-ci varie en fonction des circonstances particulières de l’affaire en cause.

Voir l’arrêt *Hebert*, précité. Bien que l’«ensemble de valeurs» pertinent en ce qui concerne le caractère volontaire au Canada ne soit manifestement pas identique à celui qui existe aux États-Unis, je conviens avec le juge en chef Warren que le «caractère volontaire» est une expression utile pour décrire les divers fondements de la règle des confessions dont j’ai traité précédemment.

Encore une fois, je tiens à souligner que l’analyse qui doit être faite en application de la règle des confessions est une analyse contextuelle. Les tribunaux ont déjà écarté des confessions faites par suite d’encouragements relativement faibles. Par ailleurs, le droit faisait abstraction des comportements policiers intolérables si ceux-ci ne se traduisaient pas par un «encouragement» au sens de la formulation étroite de la règle énoncée dans l’arrêt *Ibrahim*. Les deux résultats sont erronés. Les tribunaux doivent plutôt s’efforcer de bien comprendre les circonstances de la confession et se demander si elles soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession, en tenant compte de tous les aspects de la règle que j’ai déjà analysés plus tôt. En conséquence, un encouragement relativement faible, tels un mouchoir pour s’essuyer le nez ou des vêtements chauds, peut constituer un encouragement inadmissible si le suspect est privé de sommeil, de chauffage et de vêtements pendant plusieurs heures en plein milieu de la nuit durant un interrogatoire: voir *Hoilett*, précité. Par contre, dans les cas où le suspect est traité convenablement, il faudra un encouragement plus fort pour que la confession soit jugée involontaire. Si le tribunal de première instance examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l’égard du

The Ship "Kathy K", [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808) (emphasis in *Schwartz*).

D. Application to the Present Appeal

Applying the foregoing law to the facts of this appeal, and having viewed the relevant video- and audiotapes, I find no fault with the trial judge's conclusion that the respondent's confession was voluntary and reliable. The respondent was fully apprised of his rights at all times; he was never subjected to harsh, aggressive, or overbearing interrogation; he was not deprived of sleep, food, or drink; and he was never offered any improper inducements that undermined the reliability of the confessions. As the Court of Appeal reached a contrary conclusion with respect to a number of these issues, I will address them in turn.

1. Minimizing the Seriousness of the Crimes

The Court of Appeal concluded that the police improperly offered leniency to the respondent by minimizing the seriousness of his offences and suggesting "that the same punishment would likely be given whether he confessed to one or a number of fires" (para. 156). This, in their opinion, was an improper inducement (at para. 126):

In the beginning, it was suggested that "there isn't much in a car fire". Once the admission relating to the car was obtained, then the suggestion was made — and on several occasions — that the accused was not really a criminal and that the police did not want to treat him as a criminal. In addition, it was stated to the accused — again more than once — that there was little difference between being found guilty of one fire as compared to 10.

Insofar as the police simply downplayed the moral culpability of the offence, their actions were

caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si «le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits»: *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 279 (citant *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808) (passage souligné dans *Schwartz*).

D. L'application au présent pourvoi

Appliquant les règles de droit que je viens de décrire aux faits du présent pourvoi, après examen des bandes vidéo et audio pertinentes, j'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que la confession de l'intimé était volontaire et fiable. L'intimé a été pleinement informé de ses droits tout au long du processus; il n'a jamais été interrogé de façon rude, agressive ou autoritaire; il n'a pas été privé de sommeil ou de choses à boire ou à manger; et aucun encouragement inacceptable qui aurait pu miner la fiabilité de son aveu ne lui a été proposé. Comme la Cour d'appel a tiré une conclusion contraire en ce qui concerne un certain nombre de ces questions, je vais les examiner à tour de rôle.

1. Minimisation de la gravité des crimes

La Cour d'appel a jugé que les policiers avaient irrégulièrement fait une offre de clémence à l'intimé en minimisant la gravité de ses infractions et en indiquant [TRADUCTION] «qu'on lui infligerait probablement la même peine, qu'il confesse être l'auteur d'un seul incendie ou de plusieurs» (par. 156). De l'avis de la cour, il s'agissait d'un encouragement inacceptable (au par. 126):

[TRADUCTION] Au début, les policiers ont laissé entendre qu'un incendier une voiture n'est pas très grave». Après avoir obtenu la confession concernant la voiture, on a laissé entendre à l'accusé — et ce à plusieurs reprises — qu'il n'était pas vraiment un criminel et que la police ne voulait pas le traiter comme tel. En outre, on a dit à l'accusé — également plus d'une fois — qu'il y avait peu de différence entre le fait d'être reconnu coupable d'un seul incendie ou de 10.

Dans la mesure où les policiers ne faisaient que minimiser la culpabilité morale liée à l'infraction,

72

73

74

not problematic. As even the Court of Appeal recognized (at para. 126), “minimizing the moral significance of the offence is a common and usually unobjectionable feature of police interrogation”. Instead, the real concern is whether the police suggested that “confession will result in the legal consequences being minimal” (para. 126). As discussed above, this is inappropriate.

75

However, and with the greatest respect to the Court of Appeal, I believe they have mischaracterized the police interrogators’ words. The offending passages are well represented by the following excerpt (A.R. at p. 552), made shortly after the respondent arrived at the police station subsequent to his initial confession:

If you done the other ones this — or some of the other ones this is the time — this is the time to just get them off your chest. This is the perfect opportunity because of what you’ve already told us, okay. And everybody can see this, that it’s — You didn’t do one fire and then years down the road you did — this is a series of fires we’ve been having in Waterville. So we can look at it — we look at it as a one-package type of thing. Okay. And it’s — if you had a problem, I don’t know what it is yet. Maybe we’ll find out what it is, maybe you can help us on this. It’s not unrealistic that you would set some more things on fire especially when you would do your girlfriend’s vehicle, your fiancée’s vehicle but you don’t know why. So there’s something that — there’s something that triggers you into setting that fire. [Emphasis added.]

76

The Court of Appeal focused on the underlined passage to suggest that the police were offering a “package deal”, whereby the respondent would not be charged with multiple crimes if he confessed to them all. However, as the rest of the passage makes clear, the police were doing nothing of the sort. Instead, they were simply pointing out their reasons for believing that he was responsible for all the fires, not just one: namely, that it was a series of fires in issue, not isolated incidents. The police therefore treated the fires as a

leurs actes ne posaient pas problème. Comme l’a elle-même reconnu la Cour d’appel (au par. 126), [TRADUCTION] «le fait de minimiser la portée morale de l’infraction est un aspect courant et habituellement acceptable des interrogatoires policiers». La vraie question est plutôt de savoir si les policiers ont laissé entendre à l’accusé que [TRADUCTION] «la confession entraînera des conséquences juridiques minimales» (par. 126). Comme il a été expliqué plus tôt, un tel comportement est inapproprié.

Cependant, en toute déférence pour l’opinion des juges de la Cour d’appel, j’estime que ceux-ci ont mal qualifié les paroles des policiers qui ont mené l’interrogatoire. Les propos suivants (D.A., à la p. 552), tenus peu de temps après l’arrivée de l’intimé au poste de police à la suite de sa confession initiale, illustre bien les passages attentatoires:

[TRADUCTION] Si tu es responsable des autres, c’est — ou de certains des autres, c’est le temps — c’est le temps de soulager ta conscience. C’est l’occasion idéale de le faire, à cause de ce que tu nous as déjà dit, d’accord. Et tout le monde comprend cela, que c’est — Tu n’as pas allumé un incendie et puis dix ans après tu as — c’est toute une série d’incendies que nous avons eus à Waterville. De sorte que nous pouvons envisager cela — nous pouvons envisager cela comme un tout unique. O.K. Et c’est — si tu avais un problème, j’ignore toujours de quoi il s’agissait. Peut-être que nous découvrirons ce que c’est, peut-être peux-tu nous aider à cet égard. Il n’est pas impensable que tu aies pu incendier autres choses, surtout après avoir incendié le véhicule de ta petite amie, le véhicule de ta fiancée, sans savoir pourquoi. Donc, il y a quelque chose qui — quelque chose qui t’a incité à allumer cet incendie. [Je souligne.]

La Cour d’appel s’est appuyée sur le passage souligné pour affirmer que les policiers proposaient à l’intimé un «marché global», selon lequel il ne serait pas accusé d’une série de crimes s’il confessait les avoir tous commis. Cependant, comme l’indique clairement le reste de l’extrait, les policiers ne proposaient rien de la sorte. Ils exposaient plutôt simplement les raisons pour lesquelles ils croyaient que l’intimé était responsable de tous les incendies et non d’un seul, savoir qu’il s’agissait d’une série d’incendies liés et non d’inci-

“package”, all of which were likely set by the same person.

This interpretation is confirmed by the police’s consistent refusal to accept Oickle’s own suggestions of a “package deal”. Shortly before confessing to the vehicle fire, the following exchange took place between the respondent and Corporal Deveau (A.R. at pp. 519-20):

A: No, hang on, hang on. If [I] admit to her car and are the other ones looked at too?

Q: Richard, all I can tell you now is I want the truth out. I don’t want — you said, “If I admit to her car,” which leads me to believe that maybe you’re involved in that.

A: Um.

Q: Well, if you’re involved in it, tell me the truth and then we’ll look — you know, if — I don’t think for one minute that you’re involved in everything. Okay? But if you did the car, Richard, tell me you did the car. And if I believe that’s it, if we believe that you did not do the other one, I mean, we’re — remember I said, we’re not here to trick you into anything?

A: I trust you.

Q: I’m not here to bring everything down on you. The last thing I want to do, Richard. You’ve been good to me and I’m trying to be good to you.

A: Uh-huh.

Q: And I want you to tell me the truth. So if you did the car, tell me you did the car. But I want the truth. I just don’t want you to say, “I did the car, so I’m free from all the others.” Okay? That’s why it’s important here that —

A: Uh-huh.

Q: It’s the truth that we want. [Emphasis added.]

As this passage reveals, it was the respondent, not the police, who was seeking a “package deal”— a

dents isolés. Les policiers considéraient donc les incendies comme un «tout unique», et qu’ils avaient vraisemblablement été allumés par la même personne.

Cette interprétation est confirmée par le refus systématique des policiers d’accepter les suggestions d’Oickle lui-même de conclure un «marché global». Peu de temps avant que l’intimé confesse avoir incendié le véhicule, l’échange suivant a eu lieu entre lui et le caporal Deveau (D.A., aux pp. 519 et 520):

[TRADUCTION]

R: Non, un instant, un instant. Si j’admets avoir incendié sa voiture, est-ce qu’on parle des autres aussi?

Q: Richard, tout ce que je peux te dire à ce stade-ci, c’est que je veux découvrir la vérité. Je ne veux pas — tu as dit, «Si j’admets avoir incendié sa voiture», ce qui m’amène à croire que tu es peut-être impliqué dans cet événement.

R: Hum.

Q: Bien, si tu es impliqué dans cet événement, dis-moi la vérité et alors on verra — tu sais, si — je ne crois pas un instant que tu es impliqué dans tous les événements. OK? Mais si tu as incendié la voiture, Richard, dis-moi que tu as incendié la voiture. Et si j’estime que c’est tout, si nous estimons que tu n’es pas responsable de l’autre incendie, je veux dire, nous — souviens-toi de ce que je t’ai dit, que nous ne sommes pas là pour te tendre un piège.

R: Je te fais confiance.

Q: Je ne suis pas là pour te mettre tout sur le dos. C’est bien la dernière chose que je veux faire, Richard. Tu as été correct avec moi et j’essaie d’être correct avec toi.

R: Uh-huh.

Q: Et je veux que tu me dises la vérité. Alors, si tu as incendié la voiture, dis-moi que tu l’as incendiée. Mais je veux la vérité. Ce que je ne veux pas c’est que tu dises, «C’est moi qui ai incendié la voiture, alors je n’ai rien à craindre à propos des autres incendies». O.K.? Voilà pourquoi il est important à ce stade-ci que —

R: Uh-huh.

Q: C’est la vérité que je veux entendre. [Je souligne.]

Comme le révèle ce passage, c’est l’intimé, et non les policiers, qui voulait conclure un «marché glo-

deal Corporal Deveau squarely rejected. While the police did minimize the moral significance of the crimes, there was never any suggestion by the police that a confession would minimize the legal consequences of the respondent's crimes.

2. Offers of Psychiatric Help

78

The Court of Appeal also found that the police improperly offered psychiatric help in return for a confession. For example, at para. 121, the Court of Appeal noted passages wherein the police told the respondent "I think you need help", and "[m]aybe you need professional help". See also paras. 108 (pp. 363-64) and 122 (pp. 371-72). However, at no point did the police ever suggest that the respondent could only get help if he confessed. The distinction here is between the police suggesting the potential benefits of confession, and making offers that are conditional upon receiving a confession. The former is entirely appropriate — it is not an inducement because there is no *quid pro quo*. The latter is improper. However, the police made no such offer in the course of their interrogation of the respondent.

3. "It Would Be Better"

79

The transcripts are indeed rife with these sorts of comments. The police suggested that a confession would make the respondent feel better, that his fiancée and members of the community would respect him for admitting his problem (para. 120) and that he could better address his apparent pyromania if he confessed (para. 122). However, read in context, none of these statements contained an implied threat or promise. Instead, they were merely moral inducements suggesting to the respondent that he would feel better if he confessed and began addressing his problems. And indeed, after his confession, Corporal Deveau

bal» — marché que le caporal Deveau a carrément rejeté. Quoiqu'il soit vrai que les policiers ont minimisé la portée morale des crimes, ils n'ont jamais laissé entendre à l'intimé qu'une confession de sa part aurait pour effet d'atténuer les conséquences juridiques de ses crimes.

2. Les offres d'assistance psychiatrique

La Cour d'appel a également jugé que les policiers avaient irrégulièrement offert de l'assistance psychiatrique à l'intimé en échange d'une confession. Par exemple, au par. 121, la Cour d'appel a fait état des passages dans lesquels les policiers ont dit à l'intimé [TRADUCTION] «[J]e pense que tu as besoin d'aide» et «[p]eut-être que tu as besoin de l'aide d'un professionnel». Voir également les par. 108 (pp. 363 et 364) et 122 (pp. 371 et 372). Cependant, les policiers n'ont jamais laissé entendre à l'intimé qu'il obtiendrait de l'assistance uniquement s'il faisait une confession. La distinction qu'il faut faire ici est entre le fait pour les policiers de faire miroiter à l'intimé les avantages potentiels d'une confession et le fait de lui faire des offres conditionnelles à une confession. Le premier geste est tout à fait convenable, il ne s'agit pas d'un encouragement puisqu'il n'y a pas de contrepartie. Le second ne l'est pas. Toutefois, les policiers n'ont fait aucune offre de la sorte à l'intimé pendant qu'ils interrogeaient.

3. «Il vaudrait mieux»

La transcription est effectivement truffée de telles remarques. Les policiers ont laissé entendre à l'intimé qu'il se sentirait mieux après avoir confessé ses crimes, que sa fiancée et les membres de la collectivité le respecteraient pour avoir admis qu'il avait un problème (par. 120) et qu'il pourrait plus facilement résoudre son problème évident de pyromanie s'il faisait une confession (par. 122). Cependant, compte tenu du contexte dans lequel elles ont été faites, aucune de ces déclarations ne comportait de menace ou promesse implicite. Il s'agissait plutôt de simples encouragements moraux suggérant à l'intimé qu'il se sentirait

asked him “[s]o how do you feel now, Richard?” His answer was “[b]etter”.

To hold that the police officers’ frequent suggestions that things would be better if the respondent confessed amounted to an improper threat or inducement would be to engage in empty formalism. The tapes of the transcript clearly reveal that there could be no implied threat in these words. The respondent was never mistreated. Nor was there any implied promise. The police may have suggested possible benefits of confession, but there was never any insinuation of a *quid pro quo*. I therefore respectfully disagree with the Court of Appeal that these comments undermined the confessions’ voluntariness.

4. Alleged Threats Against the Respondent’s Fiancée

As discussed in connection with *Jackson, supra*, a threat or promise with respect to a third person could be an improper inducement. The Court of Appeal stated, at para. 128, that the police effectively told the respondent that “If he confessed, it would not be necessary to continue the investigation or put his fiancé [*sic*] through extensive interrogation.”

The majority of references during the interrogation to the respondent’s fiancée, Tanya Kilcup, centered on the respondent’s reliance on her as an alibi witness: see, e.g., A.R. at p. 570. However, the Court of Appeal is correct that there were moments when the police intimated that it might be necessary to question Ms. Kilcup to make sure

mieux s’il confessait ses crimes et commençait à résoudre ses problèmes. De fait, après la confession, le caporal Deveau a demandé à l’intimé [TRANSDUCTION] «[a]lors, comment te sens-tu maintenant, Richard?» Ce dernier a répondu «[m]ieux».

Soutenir que les fréquentes suggestions des policiers que l’intimé se sentirait mieux s’il faisait une confession constituait une menace ou un encouragement inacceptable équivaudrait à se lancer dans un formalisme dénué de sens. Les enregistrements révèlent clairement qu’il n’y avait pas de menace implicite dans ces paroles. L’intimé n’a jamais été maltraité. Il n’y a eu non plus aucune promesse implicite. Les policiers ont peut-être laissé entrevoir les avantages possibles d’une confession, mais ils n’ont jamais évoqué la possibilité d’une contrepartie. Par conséquent, je dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec l’avis des juges de la Cour d’appel que ces remarques ont miné le caractère volontaire des confessions.

4. Les menaces qui auraient été faites à l’en-droit de la fiancée de l’intimé

Comme nous l’avons vu dans l’examen de l’arrêt *Jackson*, précité, les menaces ou promesses visant un tiers pourraient constituer des encouragements inacceptables. La Cour d’appel a affirmé, au par. 128, que les policiers ont effectivement dit à l’intimé que [TRANSDUCTION] «s’il faisait une confession, il ne serait pas nécessaire de poursuivre l’enquête ou de soumettre sa fiancée à un long interrogatoire».

Dans la majorité des cas où les policiers ont fait mention de la fiancée de l’intimé, Tanya Kilcup, au cours de l’interrogatoire, leurs remarques portaient sur le fait que l’intimé comptait sur elle, comme témoin pour établir un alibi: voir, par exemple, D. A., à la p. 570. Cependant, la Cour d’appel a eu raison de conclure qu’il y avait eu des moments où les policiers avaient laissé entendre qu’il pourrait être nécessaire d’interroger M^{me} Kilcup pour s’assurer qu’elle n’était pas impliquée du tout dans les

80

81

82

she was not involved in the fires at all, either alone or in collaboration with the respondent:

Q. You know, this whole thing is — we might even ask Tanya if she would take a polygraph on this because we don't know where she stands, okay.

A. Do I have to sit here for that?

Q. Oh, no, no, not until she takes the polygraph. She's not going to take the polygraph tonight. But if you can tell us anything — [A.R. at p. 574]

. . .

Q. Do you realize the other reason is that we — that you've got to come clean with everything with us is for Tanya.

A. Um.

Q. We don't want to put Tanya through any — I mean she's going to be going through enough trying to — we don't want to — and I'm sure you don't want her to get — to go through half or what you went through today. It's no fun.

A. No, no.

Q. It won't be any fun for her. But in order for her to — in order for us to be one hundred percent we have to do it. So if there's anything that you can tell us that can put her — that we say, okay, we don't need you, Tanya, we have it here, you know, and we have some stuff. But we're not convinced on everything else. So don't put Tanya through that if there's something you can tell me, okay. [A.R. at pp. 603-4]

83

The relationship the respondent had with Ms. Kilcup was, in my opinion, strong enough potentially to induce a false confession were she threatened with harm. However, I do not believe any such threat ever occurred. There were no pending charges against Ms. Kilcup that the police were offering to drop; they never threatened to bring charges against her; indeed, the police never seriously suggested her as a suspect. The most they did was promise not to polygraph her if the respondent confessed. Given the entire context, the most likely reason to polygraph her was not as a suspect,

incendies, soit seule, soit en collaboration avec l'intimé:

[TRADUCTION]

Q. Tu sais, toute cette affaire est — nous pourrions même demander à Tanya si elle accepterait de subir un examen polygraphique sur cette question puisque nous ignorons quelle est sa position, o.k.

R. Est-ce que je dois donc attendre ici pour cela?

Q. Oh, non, non, pas jusqu'à ce qu'elle subisse le test polygraphique. Elle ne subira pas le test ce soir. Mais si tu peux nous dire quelque chose — [D.A., à la p. 574]

. . .

Q. Es-tu conscient du fait que l'autre raison est que nous — que tu dois vider ton sac devant nous pour Tanya.

R. Hum.

Q. Nous ne voulons pas faire subir à Tanya — je veux dire qu'elle devra déjà passer au travers de tant de choses pour tenter de — nous ne voulons pas — et je suis convaincu que tu ne veux pas qu'elle — qu'elle subisse la moitié de ce que tu as vécu aujourd'hui. Ce n'est pas amusant.

R. Non, non.

Q. Ça n'aura rien de plaisant pour elle. Mais pour qu'elle — pour que nous soyons absolument certains, nous devons le faire. Donc si tu peux nous dire quoi que ce soit qui puisse l'aider — pour que nous puissions lui dire, o.k., nous n'avons pas besoin de toi, Tanya, nous avons ce qu'il nous faut ici, tu sais, nous avons quelque chose. Mais nous ne sommes pas convaincus de tout le reste. Ne fais donc pas subir cela à Tanya si tu peux nous dire quoi que ce soit, o.k. [D.A., aux pp. 603 et 604]

Le lien qui existait entre l'intimé et M^{me} Kilcup était, à mon avis, suffisamment fort pour inciter ce dernier à faire une fausse confession si elle était menacée de subir un préjudice. Cependant, je n'estime pas qu'une telle menace ait jamais été faite. Il ne pesait contre M^{me} Kilcup aucune accusation que les policiers offraient de laisser tomber; ils n'ont jamais menacé de porter des accusations contre elle; de fait, les policiers n'ont jamais vraiment laissé entendre qu'elle était un suspect. Ils ont tout au plus promis qu'ils ne lui feraient pas subir de test polygraphique si l'intimé faisait une

but as an alibi witness. In my opinion, this is not a strong enough inducement to raise a reasonable doubt as to the voluntariness of the respondent's confessions.

Moreover, the timing of the comments regarding Ms. Kilcup suggests that there was no causal connection between the police inducements and the subsequent confession. After the statements quoted above, Corporal Deveau left the room, and told the respondent that he intended to speak to Tanya. Therefore the respondent's actual confession was approximately two hours after he thought the police were already speaking to Tanya. Moreover, soon after Constable Bogle took over the interrogation, the respondent himself made it clear that he thought the police were only talking to Ms. Kilcup in order to verify his alibi (A.R. at p. 611):

Q. Okay. I mean we have to go and — we asked Cst. Taker to talk to Tanya, okay. (Inaudible).

A. But I didn't tell her.

Q. What?

A. I didn't tell her.

Q. Yeah.

A. Totally by myself.

The "inducements" regarding the respondent's fiancée lacked both the strength and causal connection necessary to warrant exclusion.

5. Abuse of Trust

The Court of Appeal suggests at para. 129 that the police in general, and Corporal Deveau in particular, improperly abused the respondent's trust to obtain a confession. With respect, I cannot agree. In essence, the court criticizes the police for ques-

confession. Compte tenu de l'ensemble du contexte, j'estime que la raison la plus probable de lui faire subir le test polygraphique n'était pas en tant que suspect, mais plutôt comme témoin susceptible d'établir un alibi. À mon avis, il ne s'agit pas d'un encouragement suffisamment important pour soulever un doute raisonnable en ce qui concerne le caractère volontaire des confessions de l'intimé.

En outre, le moment où les remarques concernant M^{me} Kilcup ont été faites tend à indiquer qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les encouragements des policiers et la confession faite subséquentement. Après les déclarations citées précédemment, le caporal Deveau a quitté la pièce et a dit à l'intimé qu'il avait l'intention de s'entretenir avec Tanya. L'intimé a donc fait sa confession environ deux heures après avoir commencé à croire que les policiers s'entretenaient déjà avec Tanya. En outre, peu après que l'agent Bogle a commencé à son tour à interroger l'intimé, ce dernier a clairement indiqué qu'il croyait que les policiers s'entretenaient avec M^{me} Kilcup seulement pour vérifier son alibi (D.A., à la p. 611):

[TRADUCTION]

Q. O.K. Je veux dire que nous devons aller — nous avons demandé à l'agent Taker de s'entretenir avec Tanya, o.k. (Inaudible).

R. Mais je ne lui ai pas dit.

Q. Quoi?

R. Je ne lui ai pas dit.

Q. Ouais.

R. J'étais tout seul.

Les «encouragements» concernant la fiancée de l'intimé n'avaient ni l'importance, ni le lien de causalité requis pour justifier l'exclusion de la confession.

5. L'abus de confiance

La Cour d'appel affirme, au par. 129, que les policiers en général, et le caporal Deveau en particulier, ont indûment abusé de la confiance de l'intimé afin d'obtenir une confession. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Essentiellement, la

tioning the respondent in such a gentle, reassuring manner that they gained his trust. This does not render a confession inadmissible. To hold otherwise would send the perverse message to police that they should engage in adversarial, aggressive questioning to ensure they never gain the suspect's trust, lest an ensuing confession be excluded.

6. Atmosphere of Oppression

86

To hold that the police conduct in this interrogation was oppressive would leave little scope for police interrogation, and ignore Lamer J.'s reminder in *Rothman*, *supra*, at p. 697, that "the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules". Quite simply, the police acted in a proper manner. Viewing the videotapes and listening to the audiotapes reveal that at all times the police were courteous; they did not deprive the respondent of food, sleep, or water (at para. 119); they never denied him access to the bathroom; and they fully apprised him of his rights at all times (see, e.g., A.R. at pp. 370, 497 and 650). They did not fabricate evidence in an attempt to convince him denials were futile. They comforted him, with apparent sincerity, when he broke down in tears upon confessing. While the reenactment was admittedly done at a time when the respondent had had little sleep, he was already awake when they approached him, and was told that he could stop at any time. And indeed, the Court of Appeal did not directly claim that the police created an atmosphere of oppression sufficient to exclude the statements.

87

The absence of oppression is important not only in its own right, but also because it affects the overall voluntariness analysis. In the preceding sections, I have concluded that the police offered the respondent, at best, extremely mild induce-

Cour d'appel reproche aux policiers d'avoir interrogé l'intimé d'une façon si douce et rassurante qu'ils ont obtenu sa confiance. Cela ne rend pas une confession inadmissible. Conclure autrement enverrait le mauvais message aux policiers, car cela reviendrait à leur dire de mener des interrogatoires accusateurs et agressifs afin d'éviter de gagner la confiance du suspect, de crainte que toute la confession obtenue par la suite soit écartée.

6. L'atmosphère oppressive

Conclure que la conduite des policiers au cours de cet interrogatoire était oppressive ne laisserait pas une grande marge de manœuvre aux policiers qui mènent des interrogatoires et ne tiendrait pas compte du rappel fait par le juge Lamer dans *Rothman*, précité, à la p. 697, où il a dit qu'«une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury». Très simplement, les policiers ont agi de façon régulière. Il ressort des bandes vidéo et audio que les policiers ont toujours été courtois; ils n'ont ni empêché l'intimé de dormir ni privé ce dernier d'eau ou de nourriture (au par. 119); ils ne l'ont jamais empêché d'aller à la toilette; et ils l'ont pleinement informé de ses droits tout au long du processus (voir, par exemple, D.A., aux pp. 370, 497 et 650). Ils n'ont pas fabriqué de preuve pour tenter de le convaincre que ses dénégations étaient vaines. Ils l'ont réconforté, avec une apparente sincérité, quand il a éclaté en sanglots en faisant sa confession. Bien qu'il faille reconnaître que la reconstitution a été faite à un moment où l'intimé avait peu dormi, il était déjà réveillé quand les policiers lui ont demandé s'il voulait se livrer à la reconstitution et ils l'ont avisé qu'il pouvait y mettre fin en tout temps. Et en fait, la Cour d'appel n'a pas directement affirmé que les policiers avaient créé une atmosphère suffisamment oppressive pour justifier l'exclusion des déclarations.

L'absence d'oppression est importante non seulement en soi, mais également parce qu'elle a une incidence sur toute l'analyse du caractère volontaire. Dans les sections précédentes, j'ai conclu que les policiers avaient tout au plus donné à l'in-

ments. In particular, they suggested that “it would be better” if he confessed, and suggested that his girlfriend could be spared questioning if he confessed. However, given the entirely non-oppressive atmosphere maintained by the police, I do not believe that any of the alleged inducements are sufficient to render the confessions involuntary.

E. *The Relevance of the Polygraph Test*

In addition to the issues addressed above, the Court of Appeal found the police use of a polygraph particularly problematic. Because of the growing frequency with which police are using the polygraph as an investigative tool, and the absence of any direction thus far from this Court regarding the proper use of polygraphs in interrogations, I will now briefly discuss how polygraphs fit into the analytical framework set out above. The Court of Appeal identified several problems with the police’s use of a polygraph in this appeal. I will address each in turn.

1. Informing the Suspect of the Uses to Which the Polygraph Test Can Be Put

The Court of Appeal first stated that the police failed “to inform the accused clearly that the polygraph test was not admissible in court to show whether the accused was lying or telling the truth” (para. 156); see also *R. v. James*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 25, 1991; *R. v. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255 (Nfld. C.A.).

To the contrary is *R. v. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). As noted at para. 159 of Hill J.’s lucid reasons in that case,

confrontation of a suspect with polygraph test results, in such circumstances, is not qualitatively dissimilar from

timé des encouragements extrêmement faibles. En particulier, ils lui ont dit qu’«il vaudrait mieux» qu’il fasse une confession et ils lui ont laissé entendre que sa petite amie pourrait éviter l’interrogatoire s’il faisait une confession. Toutefois, compte tenu de l’atmosphère entièrement dénuée d’oppression créée par les policiers, je n’estime pas que les encouragements reprochés étaient suffisants pour rendre les confessions involontaires.

E. *La pertinence du test polygraphique*

En plus de se pencher sur les questions examinées précédemment, la Cour d’appel a conclu que l’utilisation du polygraphe par les policiers était particulièrement problématique. En raison de l’utilisation de plus en plus fréquente du polygraphe par les autorités policières en tant qu’outil d’enquête et de l’absence, jusqu’ici, de toute directive de notre Cour sur l’utilisation qu’il convient de faire du polygraphe dans les interrogatoires, je vais traiter brièvement de façon dont cet appareil s’inscrit dans l’analyse énoncée plus tôt. La Cour d’appel a décelé plusieurs problèmes qu’a posés l’utilisation du polygraphe par les autorités policières en l’espèce. Je vais examiner ces problèmes à tour de rôle.

1. Informier le suspect des utilisations possibles du test polygraphique

La Cour d’appel a d’abord affirmé que les policiers avaient omis [TRADUCTION] «d’informer clairement l’accusé que les résultats du test polygraphique n’étaient pas admissibles devant les tribunaux pour établir que l’accusé avait menti ou dit la vérité» (par. 156); voir également *R. c. James*, C. Ont. (Div. gén.), 25 janvier 1991; *R. c. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38 (C.S. T.-N., 1^{re} inst.); *R. c. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255 (C.A.T.-N.).

Pour une décision à l’effet contraire: voir *R. c. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117 (C. Ont. (Div. gén.)). Comme l’a souligné le juge Hill, au par. 159 des motifs limpides qu’il a exposés dans cette affaire:

[TRADUCTION] . . . mettre un suspect en présence des résultats d’un test polygraphique dans de telles circons-

88

89

90

such permissible techniques of persuasion as the police showing a detained suspect a co-accused's confession inadmissible in evidence against the suspect, or police trickery, for example, the ruse of relating to the suspect that his or her fingerprint has been discovered at the scene of the crime.

On this view, police trickery or use of inadmissible evidence is not necessarily grounds for exclusion.

91 I agree that merely failing to tell a suspect that the polygraph is inadmissible will not automatically produce an involuntary confession. Courts should engage in a two-step process. First, following *Rothman, supra*, and *Collins, supra*, the confession should be excluded if the police deception shocks the community. Second, even if not rising to that level, the use of deception is a relevant factor in the overall voluntariness analysis. At this stage, the approach is similar to the one used with fabricated evidence, *supra* — though of course the use of inadmissible evidence is inherently less problematic than fabricated evidence. Standing alone, simply failing to tell the suspect that the polygraph results are inadmissible will not require exclusion. The most it can do is be a factor in the overall voluntariness analysis.

92 Moreover, in this particular appeal, the police made it abundantly clear to the respondent just what was admissible and what was not. For example, as recognized by the Court of Appeal at para. 81, Sergeant Taker told the respondent at the outset of the polygraph that his “opinion based on the results of your polygraph test is not admissible in court. However, anything said between you and I may be admissible.” Moreover, the respondent demonstrated during the interrogation that he understood this (A.R. at p. 464):

tances n'est pas, sur le plan qualitatif, différent de techniques de persuasion acceptables utilisées par les policiers, tel le fait de montrer au suspect une confession faite par un coaccusé mais inadmissible en preuve contre le suspect, ou encore de ruses policières, par exemple celle qui consiste à dire au suspect qu'on a trouvé ses empreintes digitales au lieu du crime.

Suivant ce point de vue, les ruses policières ou l'utilisation d'éléments de preuve inadmissibles ne constituent pas nécessairement des motifs d'exclusion.

Je suis d'accord pour dire que le simple fait d'omettre d'indiquer au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles en preuve n'a pas automatiquement pour effet de rendre la confession involontaire. Les tribunaux doivent appliquer une démarche en deux étapes. Premièrement, conformément aux arrêts *Rothman* et *Collins*, précités, la confession doit être écartée si le subterfuge des policiers choque la collectivité. Deuxièmement, même si le subterfuge n'atteint pas ce degré de gravité, l'utilisation du subterfuge est un facteur pertinent dans l'analyse globale du caractère volontaire. À ce stade-ci, la démarche est similaire à celle applicable à l'égard de la preuve fabriquée, voir précédemment, quoique, évidemment, l'utilisation d'une preuve inadmissible soit intrinsèquement moins problématique que l'utilisation d'une preuve fabriquée. Le simple fait d'omettre de dire au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles n'entraîne pas à lui seul l'exclusion de la confession. Tout au plus peut-il constituer un facteur dans l'analyse globale du caractère volontaire.

Qui est plus, dans la présente affaire en particulier, les policiers ont très clairement indiqué à l'intimé ce qui était admissible et ce qui ne l'était pas. À titre d'exemple, comme l'a reconnu la Cour d'appel au par. 81, le sergent Taker a dit à l'intimé, dès le début du test polygraphique: [TRADUCTION] «[m]on opinion fondée sur les résultats de ton examen polygraphique n'est pas admissible devant les tribunaux. Cependant, tout ce que nous nous disons peut être admis en preuve». En outre, l'intimé a montré durant l'interrogatoire qu'il avait compris ces explications (D.A., à la p. 464):

Q. . . . Because your heart has told me that you haven't been truthful.

A. I don't care what that thing says.

Q. That thing cannot say anything. (Inaudible)

A. I don't care what you interpret from that thing.

Q. Just a minute now, Richard. Hear me out. Hear me out. That does not say anything, okay. Your body is what says it. That only records things, like I told you earlier —

A. I know that. [Emphasis added.]

This passage clearly demonstrates the respondent's understanding that the bare polygraph readouts are irrelevant; what matters is the polygrapher's opinion of these readings. Since Sergeant Taker clearly told the respondent that his interpretation of the readings was not admissible, I agree with MacDonald Prov. Ct. J. that "[t]here is no evidence here whatsoever that Mr. Oickle was confused on this point."

2. Exaggerating the Polygraph's Validity

The Court of Appeal also noted, correctly in my opinion, that the police made "repeated assertions to the accused that the polygraph was an infallible determiner of truth" (para. 156). Throughout the interrogation that produced the respondent's initial admission that he set Ms. Kilcup's vehicle on fire, both Sergeant Taker and Constable Deveau emphasized that the polygraph did not make mistakes, and that if Sergeant Taker interpreted it to indicate deception, then the respondent must have lied. For example, the Court of Appeal cited the following passage (at paras. 141-42):

[Oickle:] But if you read the chart and it says they are lying, then they are.

[TRANSDUCTION]

Q. . . . Parce que ton cœur m'a indiqué que tu ne disais pas la vérité.

R. Je me fous de ce que cette machine dit.

Q. Cette machine ne peut dire quoi que ce soit. (Inaudible)

R. Je me fous de ton interprétation des résultats de cette machine.

Q. Un instant, Richard. Écoute-moi. Écoute-moi. La machine ne dit rien, o.k. C'est ton corps qui parle. La machine ne fait qu'enregistrer des choses, comme je te l'ai dit plus tôt —

R. Je le sais. [Je souligne.]

Il ressort clairement de cet échange que l'intimé comprenait que, à eux seuls, les résultats du polygraphe n'étaient pas pertinents, que c'est plutôt l'opinion qu'en tire le technicien qui compte. Comme le sergent Taker a clairement dit à l'intimé que son interprétation des résultats n'était pas admissible, je souscris à l'opinion du juge MacDonald de la Cour provinciale qu'[TRANSDUCTION] «[i]l n'y a absolument aucun élément de preuve établissant que M. Oickle était confus sur ce point».

2. L'exagération de la validité des tests polygraphiques

La Cour d'appel a également souligné, à juste titre, que les policiers avaient [TRANSDUCTION] «à maintes reprises affirmé à l'accusé que le polygraphe permettait infailliblement de déterminer la vérité» (par. 156). Tout au long de l'interrogatoire ayant abouti à l'aveu initial de l'intimé qu'il avait incendié le véhicule de M^{me} Kilcup, le sergent Taker et l'agent Deveau ont souligné que le polygraphe ne faisait pas d'erreurs, et que si le sergent Taker interprétait les résultats comme indiquant de la tromperie, l'intimé avait dû mentir. Par exemple, la Cour d'appel a cité l'échange suivant (aux par. 141 et 142):

[TRANSDUCTION]

[Oickle:] Mais si tu lis le graphique et qu'il dit qu'ils mentent, alors ils mentent.

[Taker:] That's right. That's right.

Deveau: There's no doubt in anybody's mind now that you are involved in some of these fires.

Oickle: Because I failed that . . .

Deveau: Yes, very simple Richard . . . and when asked the question about these eight fires, the polygraph says that you are not truthful . . . the machine does not lie. You found that out today. [Emphasis added.]

95

I agree that the police exaggerated the accuracy of the polygraph. As many sources have demonstrated, polygraphs are far from infallible: see, e.g., D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector* (1998); J. J. Furedy, "The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers" (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263; C. J. Patrick and W. G. Iacono, "Validity of the Control Question Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias" (1991), 76 *J. App. Psych.* 229. Similarly, this Court recognized in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, that the results of polygraph examinations are sufficiently unreliable that they cannot be admitted in court.

96

The Quebec Court of Appeal concluded in *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312, at p. 324, that representing the polygraph as infallible rendered a confession involuntary. In that case the polygrapher told the accused that [TRANSLATION] "the test showed him that he is not telling the truth". This, the court found, was inappropriate in that it

[TRANSLATION] pushed what the examination consisted of much too far, into the absolute. The result was presented to the appellant as a certitude which obviously was going to shake him up and it made him say "but what is going to happen now?". It seems to me that, as a result, the appellant was led into error on the infallibility of the test and this manner of proceeding could naturally induce a person to "confess".

See also *Fowler, supra*. The Court of Appeal in *Amyot* put particular emphasis on the fact that the suspect confessed almost immediately after hear-

[Taker:] C'est exact. C'est exact.

Deveau: Personne ne doute, à ce stade-ci, que tu es impliqué dans certains de ces incendies.

Oickle: Parce que j'ai échoué . . .

Deveau: Oui, c'est très simple Richard [. . .] et relativement à la question de ces huit incendies, le polygraphe indique que tu ne dis pas la vérité . . . la machine ne ment pas. Tu as appris cela aujourd'hui. [Je souligne.]

Je reconnais que les policiers ont exagéré la fiabilité du polygraphe. Comme de nombreux auteurs l'ont démontré, les polygraphes sont loin d'être infallibles: voir, par exemple, D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector* (1998); J. J. Furedy, «The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers» (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263; C. J. Patrick et W. G. Iacono, «Validity of the Control Question Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias» (1991), 76 *J. App. Psych.* 229. De même, dans *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, notre Cour a reconnu que les résultats des tests polygraphiques ne sont pas suffisamment fiables pour être admis devant les tribunaux.

Dans *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954, à la p. 962, la Cour d'appel du Québec a jugé que le fait de dire que le polygraphe est infallible rend une confession involontaire. Dans cette affaire, le polygraphiste a dit à l'accusé que «le test lui démontre qu'il ne dit pas la vérité». La cour a estimé que ces propos étaient inappropriés, et ce pour les raisons suivantes:

. . . c'est pousser beaucoup trop dans l'absolu ce en quoi cet examen consiste: c'est présenter à l'appelant le résultat comme une certitude qui va évidemment l'ébranler et lui faire dire: «Mais que va-t-il se passer maintenant?» Il me semble qu'ainsi l'appelant est induit en erreur sur l'infaillibilité du test, et cette façon de procéder peut naturellement inciter le sujet à «passer aux aveux».

Voir également l'arrêt *Fowler*, précité. Dans *Amyot*, la Cour d'appel a insisté de façon particulière sur le fait que le suspect avait fait une confes-

ing the polygraph results, suggesting that his will was overwhelmed upon being confronted with the damning, supposedly incontrovertible evidence.

Without expressing an opinion as to whether *Amyot* was correctly decided, I note that the facts of the present appeal are very different. As the following passages demonstrate, the respondent repeatedly rejected the accuracy of the polygraph results:

A. I think you could bring a completely innocent person in here and with a bunch of nerves could do the same thing I just did. [A.R. at p. 495]

. . .

Q. So you're telling me that this test today is a bunch of shit. Is that what you're trying to tell me?

A. In my opinion, yeah. [A.R. at p. 505]

The respondent was not overwhelmed by the polygraph results. While the police clearly relied heavily on them to elicit a confession, this was not a situation like *Amyot* where the confession followed almost immediately after the announcement of the results.

Other courts have excluded confessions obtained through use of a polygraph only where the suspect took some time before eventually confessing. For example, in *Ollerhead, supra*, the court cited the following passage from *R. v. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408 (Co. Ct.), at p. 421:

[T]he psychological tactics employed by him created an aura of oppression. The will of the accused quickly crumbled with his emotional disintegration. As evidenced by the concomitant amenability and/or responsiveness to suggestions, his will was overcome and overcome by the will of the person in authority.

Various lower courts have thus taken very different approaches to determining whether polygraphs

sion presque immédiatement après avoir été informé des résultats du test polygraphique, ce qui tendait à indiquer que sa volonté avait été subjuguée lorsqu'on l'avait mis en présence de cette preuve accablante, censément irréfutable.

Sans me prononcer sur le bien-fondé la décision rendue dans *Amyot*, je souligne que les faits de cette affaire diffèrent considérablement de ceux du présent cas. Comme le démontre l'échange suivant, l'intimé a à maintes reprises rejeté l'exactitude des résultats du test polygraphique:

[TRADUCTION]

R. Je pense que vous pourriez amener ici une personne complètement innocente et si c'est un paquet de nerfs, elle pourrait faire la même chose que je viens tout juste de faire. [D.A., à la p. 495]

. . .

Q. Donc ce que tu me dis c'est que le test que tu as subi aujourd'hui ne vaut pas une claque. Est-ce bien ce que tu es en train de me dire?

R. C'est mon avis, ouais. [D.A., à la p. 505]

L'intimé n'a pas été atterré par les résultats du test polygraphique. Quoiqu'il soit clair que les policiers se sont fondés de façon importante sur ces résultats pour soutirer une confession à l'intimé, il ne s'agissait pas d'une situation comme celle de l'affaire *Amyot*, où l'aveu a presque immédiatement suivi la communication des résultats.

D'autres tribunaux ont écarté des confessions obtenues par l'utilisation d'un polygraphe seulement lorsqu'il s'était écoulé un certain temps avant que le suspect finisse par faire une confession. Par exemple, dans *Ollerhead, précité*, le tribunal a cité le passage suivant de *R. c. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408 (C. cté), à la p. 421:

[TRADUCTION] [L]es tactiques psychologiques utilisées ont créé une atmosphère d'oppression. L'accusé a rapidement perdu toute volonté lorsqu'il s'est effondré sur le plan émotif. Comme en témoigne sa docilité et/ou susceptibilité concomitantes aux suggestions, sa volonté a été vaincue et subjuguée par celle de la personne en situation d'autorité.

Divers tribunaux de juridiction inférieure ont donc adopté des approches très différentes pour détermi-

create an oppressive atmosphere. The contrasting approaches in cases like *Amyot* and *Ollerhead* demonstrate that the timing of the confession *vis-à-vis* the polygraph cannot be determinative. Instead, it is but a piece of evidence for the trial judge to consider in determining whether the confession was voluntary.

ner si les polygraphes créent une atmosphère oppressive. Les approches différentes retenues dans des affaires comme *Amyot* et *Ollerhead* démontrent que le moment de la confession par rapport à celui de l'administration du test polygraphique ne saurait être décisif. Il s'agit plutôt d'un élément de preuve qu'il appartient au juge du procès de considérer lorsqu'il détermine si la confession était volontaire.

99

Granted that the police misled the respondent with regards to the accuracy of the polygraph, the question remains whether, in light of the entire circumstances of the interrogation, this rendered the confessions inadmissible. In my opinion it did not. As discussed above, there was no emotional disintegration in this case. The mere fact that a suspect begins to cry when he or she finally confesses, as the respondent did, is not evidence of "complete emotional disintegration"; tears are to be expected when someone finally divulges that they committed a crime — particularly when the suspect is a generally law-abiding and upstanding citizen like the respondent.

Bien que les policiers aient effectivement induit l'intimé en erreur relativement à l'exactitude du polygraphe, il reste quand même à décider si, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'interrogatoire, ce fait a rendu les confessions inadmissibles. À mon avis, ce ne fut pas le cas. Comme nous l'avons vu plus tôt, il n'y a pas eu d'effondrement émotionnel en l'espèce. Le simple fait qu'un suspect se mette à pleurer lorsqu'il fait finalement une confession, comme l'a fait l'intimé, ne témoigne pas d'un «effondrement émotionnel complet»; on peut s'attendre à des larmes lorsque l'auteur d'un crime avoue finalement qu'il l'a commis — surtout lorsque le suspect est un citoyen généralement respectueux de la loi comme l'intimé.

100

Nor, as discussed above, do I believe that the police created an oppressive atmosphere. Simply confronting the suspect with adverse evidence, like a polygraph test, is not grounds for exclusion: see *Fitton*, *supra*. This holds true even for inadmissible evidence: see *Alexis*, *supra*. Nor does the fact that the police exaggerate the evidence's reliability or importance necessarily render a confession inadmissible. Eyewitness accounts are by no means infallible; yet in *Fitton*, this Court ruled admissible a statement taken after the police told a suspect they did not believe his denials because several eyewitnesses had come forward against him. In short, merely confronting a suspect with adverse evidence — even exaggerating its accuracy and reliability — will not, standing alone, render a confession involuntary.

Comme nous l'avons vu précédemment, je n'estime pas non plus que les policiers ont créé une atmosphère oppressive. Le simple fait de mettre le suspect en présence d'un élément de preuve qui lui est défavorable, comme les résultats d'un test polygraphique, ne constitue pas un motif d'exclusion: voir *Fitton*, précité. Cette constatation vaut même dans le cas d'un élément de preuve inadmissible: voir *Alexis*, précité. En outre, le fait que les policiers exagèrent la fiabilité ou l'importance d'une preuve ne rend pas nécessairement une confession inadmissible. Les déclarations de témoins oculaires ne sont nullement infaillibles; pourtant, dans l'arrêt *Fitton*, notre Cour a jugé admissible une déclaration faite après que les policiers ont dit à un suspect qu'ils ne croyaient pas ses dénégations puisque plusieurs témoins oculaires l'avaient dénoncé. Bref, le simple fait de mettre un suspect en présence d'un élément de preuve défavorable — même en exagérant l'exactitude et la fiabilité de cet élément — ne rend pas à lui seul la confession involontaire.

3. Misleading the Accused Regarding the Duration of the Interview

The final ground on which the Court of Appeal challenged the use of the polygraph, at para. 156, was the police's

misleading the accused about the expected duration of the test procedure, particularly concerning the interrogation to follow and immediately commencing intense questioning upon informing the accused that he had "failed" the test

A similar argument was made in *Nugent, supra*. Since this Court has ruled that polygraph results are not admissible in evidence, *Béland, supra*, "then the administering of a test must be clearly separated from questioning for the purpose of obtaining statements" (*Nugent, supra*, at p. 212). According to the Court of Appeal, a statement directly following a polygraph should not be admissible because the defence cannot adequately explain the context of the statement — which it might wish to do in order to attack the weight of the statement before the jury — without notifying the jury that the accused failed a polygraph test.

Drawing on these arguments, the intervener, the Criminal Lawyers' Association, argued that the police have only two options when using polygraphs. One is to ensure that the suspect has consulted with counsel before consenting to the test. The other is to "clearly separate any post-test interrogation from the test itself". I do not believe that it is necessary to limit the police's discretion in this manner. It is true that the police procedures present the defence with the unpalatable choice of either trying to explain away the confession without using the polygraph, or admitting that the accused failed the test. However, this is true any time a suspect confesses after being confronted with inadmissible evidence, and it does not necessarily render the confession involuntary. Tactical disadvantage to the defence is not relevant to the voluntariness of the defendant's confession; instead, if anything, it simply suggests prejudicial effect. However, given the immense probative

3. Tromper l'accusé sur la durée de l'entrevue

Le dernier motif invoqué par la Cour d'appel à l'encontre de l'utilisation du polygraphe, au par. 156, a été la conduite suivante des policiers:

[TRADUCTION] le fait de tromper l'accusé sur la durée prévue du test, particulièrement en ce qui concernait l'interrogatoire qui devait suivre, et de commencer immédiatement un interrogatoire intense après avoir informé l'accusé qu'il avait «échoué» au test. . .

Un argument similaire a été présenté dans l'affaire *Nugent*, précitée. Puisque notre Cour a jugé dans *Béland*, précité, que les résultats de tests polygraphiques ne sont pas admissibles en preuve, [TRADUCTION] «l'administration du test doit donc être clairement séparée de l'interrogatoire mené en vue d'obtenir des déclarations» (*Nugent*, précité à la p. 212). Suivant la Cour d'appel, une déclaration faite tout de suite après un test polygraphique ne devrait pas être admissible parce que la défense ne peut pas expliquer adéquatement le contexte dans lequel la déclaration a été faite — ce qu'elle souhaiterait peut-être faire en vue d'en contester le poids devant le jury — sans indiquer au jury que l'accusé a échoué au test polygraphique.

S'inspirant de ces arguments, l'intervenante Criminal Lawyers' Association a plaidé que deux avenues seulement s'offrent aux policiers qui recourent aux tests polygraphiques. Ils peuvent soit s'assurer que le suspect a consulté un avocat avant de consentir à subir le test, soit [TRADUCTION] «séparer clairement tout interrogatoire mené après le test du test lui-même». Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de limiter ainsi le pouvoir discrétionnaire des policiers. Il est vrai que les procédures policières offrent à la défense un choix désagréable: soit essayer d'expliquer la confession sans faire état du polygraphe, soit admettre que l'accusé a échoué au test. Cependant, cela se produit chaque fois qu'un suspect fait une confession après avoir été mis en présence d'un élément de preuve inadmissible, et cela ne rend pas nécessairement la confession involontaire. Le fait que la défense subisse un désavantage d'ordre tactique n'est pas pertinent pour ce qui est du caractère volontaire

value of a voluntary confession, I cannot agree that exclusion is appropriate.

103

The final argument in favour of separating the interrogation from the polygraph test is related to the alleged “abuse of trust” addressed above. It is submitted that the intimacy fostered during the pre-test interview improperly carries over to the post-test interrogation. Whether this is true or not, I do not believe it would be grounds to exclude the confession. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal in *R. v. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574, at p. 575:

There is no question that the procedure is intrusive and purports to use expertise in psychology to create a relationship between the interviewer and the candidate which is conducive to making the technical analysis more accurate. It is also true that the appearance of intimacy carries over into the third stage when, in this case, the inculpatory statement was made. Yet, all police interrogations may include these features in one form or another. The “good cop, bad cop” routine is the best known.

Moreover, in this appeal the respondent did not confess until Corporal Deveau took over the questioning from Sergeant Taker. Therefore, any intimacy created by the pre-test interview could not have precipitated the respondent’s confessions.

F. *Summary on Voluntariness*

104

In summary, there were several aspects of the police’s interrogation of the respondent that could potentially be relevant to the voluntariness of his confessions. These include the comments regarding Ms. Kilcup; the suggestions that “it would be better” for the respondent to confess; and the exaggeration of the polygraph’s accuracy. These are certainly relevant considerations when determining voluntariness. However, I agree with the trial judge that neither standing alone, nor in combination with each other and the rest of the circumstances surrounding the respondent’s confessions,

des confessions; tout au plus suggère-t-il plutôt l’existence d’un effet préjudiciable. Cependant, vu l’immense valeur probante d’une confession volontaire, je ne peux accepter que l’exclusion soit une solution appropriée.

Le dernier argument en faveur de la séparation de l’interrogatoire du test polygraphique est lié à l’«abus de confiance» qu’on reproche et dont j’ai déjà traité. On soutient que le lien d’intimité qui est établi à l’entrevue préliminaire perdure indûment au cours de l’interrogatoire qui suit le test. Que cela soit vrai ou non, je n’estime pas qu’il s’agit là d’un motif justifiant d’écarter la confession. Sur ce point, je souscris aux propos suivants de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574, à la p. 575:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la procédure est attentatoire et entend mettre à profit une expertise en psychologie en vue d’établir, entre l’interrogateur et l’«interrogé» un rapport propre à rendre l’analyse technique plus exacte. Il est également vrai que l’apparence d’intimité perdure jusqu’à la troisième étape, au cours de laquelle, dans la présente affaire, la déclaration inculpatoire a été faite. Pourtant, tout interrogatoire policier peut présenter ces caractéristiques, sous une forme ou une autre. Le «numéro du gentil policier et du méchant policier» est le plus connu.

Qui plus est, dans le présent pourvoi, l’intimé n’a fait une confession qu’après que le caporal Deveau a pris la relève du sergent Taker. Par conséquent, tout lien d’intimité qui aurait été créé pendant l’entrevue préliminaire ne peut avoir entraîné les confessions de l’intimé.

F. *Résumé sur le caractère volontaire*

En résumé, plusieurs aspects de l’interrogatoire de l’intimé par les policiers étaient susceptibles d’être pertinents en ce qui concerne le caractère volontaire des confessions de celui-ci, notamment les remarques faites au sujet de M^{me} Kilcup, les suggestions qu’«il vaudrait mieux» pour l’intimé qu’il fasse une confession et l’exagération de l’exactitude du polygraphe. Il s’agit certainement de considérations pertinentes pour statuer sur le caractère volontaire. Cependant, je souscris à l’opinion du juge du procès que ces divers facteurs — que ce soit individuellement ou ensemble avec les

do these factors raise a reasonable doubt about the voluntariness of the respondent's confessions. The respondent was never mistreated, he was questioned in an extremely friendly, benign tone, and he was not offered any inducements strong enough to raise a reasonable doubt as to voluntariness in the absence of any mistreatment or oppression. As I find no error in the trial judge's reasons, the Court of Appeal should not have disturbed her findings.

V. Disposition

In conclusion, in my view the Nova Scotia Court of Appeal applied both the wrong standard of appellate review, and reached the wrong conclusion with regard to voluntariness. I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the trial judge's conviction of the respondent.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, on this appeal. With respect, I believe that there were improper inducements held out by the police officers who interrogated the respondent and that these inducements, considered cumulatively and contextually in light of the "failed" polygraph test, require the exclusion of the respondent's statements. Moreover, in my view the proximity and the causal connection between the "failed" polygraph test and the confession also compels this result. Accordingly, I would dismiss the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all counts.

autres circonstances des confessions de l'intimé — ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions de l'intimé. Ce dernier n'a jamais été maltraité, il a été interrogé de façon extrêmement amicale et affable et aucun encouragement assez important pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions en l'absence de tout mauvais traitement ou d'oppression ne lui a été donné. Puisque je ne constate la présence d'aucune erreur dans les motifs du juge du procès, la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer ses conclusions.

V. Le dispositif

En conclusion, je suis d'avis que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a à la fois appliqué la mauvaise norme de contrôle et tiré la mauvaise conclusion en ce qui concerne le caractère volontaire. J'accueillerais donc le pourvoi, j'annulerais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé par le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci dans le présent pourvoi. En toute déférence, je suis d'avis que les policiers qui ont interrogé l'intimé lui ont fait des incitations inacceptables qui, considérées cumulativement et contextuellement en tenant compte de l'«échec» à l'examen polygraphique, requièrent l'exclusion des déclarations de l'intimé. Je suis également d'avis que le peu de temps écoulé et le lien de causalité entre l'examen polygraphique «échoué» et l'obtention de la confession exigent ce résultat. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'inscrirais un acquittement à l'égard de chaque chef d'accusation.

107

This case involves exclusively the admissibility of a confession. We were greatly assisted, as was the Court of Appeal, by the existence of a rich record from which the factual issues can be reviewed. As I hope will increasingly be the case, the entire interrogation of the respondent, including the exchanges that preceded the administration of the polygraph test, was recorded. The first part, which lasted until the first incriminating statement, was audio recorded, and the several hours that followed were also video recorded. While some deference is always required because of the privileged position from which the trial judge assesses credibility, including on a *voir dire*, appeal courts must ensure that the question of the voluntariness of a confession was correctly decided by the trial judge, in accordance with the applicable law, and on a reasonable view of the facts.

108

The determination of the voluntariness of a statement obtained after a long and protracted interrogation requires careful scrutiny of the record. This is particularly so where, as here, the improper inducements are interspaced throughout a web of skilful, effective and, I may add, permissible misrepresentations made to the respondent by the police. The words of Rand J., in *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, at p. 962, are instructive in this regard:

The cases of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them.

109

I will not repeat the facts which are canvassed by my colleague. I simply wish to highlight the salient parts as they relate to the issues that I have identified.

La présente affaire porte exclusivement sur l'admissibilité d'une confession. Tout comme la Cour d'appel, nous avons considérablement bénéficié de la présence d'un dossier bien étoffé, à partir duquel les questions factuelles pouvaient être examinées. Tout l'interrogatoire de l'intimé a été enregistré, y compris les échanges qui ont précédé l'administration de l'examen polygraphique. Il s'agit d'une pratique qui, je l'espère, deviendra de plus en plus courante. La première partie de l'interrogatoire, qui dure jusqu'à la première déclaration incriminante, a été enregistrée sur bande audio, et les quelques heures qui ont suivi ont été enregistrées sur bande vidéo. Bien qu'il faille toujours faire preuve d'un certain degré de retenue en raison de la position privilégiée à partir de laquelle le juge du procès évalue la crédibilité, entre autres à l'occasion d'un *voir dire*, les tribunaux d'appel doivent s'assurer que le juge du procès a adéquatement décidé de la question du caractère volontaire d'une confession, conformément au droit applicable et selon une interprétation raisonnable des faits.

Pour se prononcer sur le caractère volontaire d'une déclaration obtenue après un interrogatoire long et fastidieux, il faut examiner attentivement le dossier. C'est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, les incitations inacceptables étaient disséminées au sein d'un réseau de fausses affirmations habiles, efficaces et, dois-je ajouter, autorisées, faites par les policiers à l'intimé. Les propos du juge Rand dans l'arrêt *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, à la p. 962, sont instructifs à cet égard:

[TRADUCTION] Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se complique lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.

Je ne répéterai pas les faits déjà exposés par mon collègue. Je veux simplement souligner les éléments saillants qui sont pertinents quant aux questions que je soulève.

II. The Administration of the Polygraph Test

Properly understood, this case involves two confessions obtained by the police following the “failure” of a polygraph test and a skillful interrogation which lasted nearly six hours. Repeated threats and promises were made. They were often subtle but in my view, against the backdrop of the polygraph procedure, they overwhelmed the free will of the respondent. These seemingly mild pressures make this case a difficult one in which to apply the confessions rule and demand an attentive appreciation of the full context in which the alleged voluntary, incriminating statements were made.

I fully agree with the summary of the applicable law provided by Justice Iacobucci at paras. 68-70. However, I take a different view of the proper legal characterization of what happened in the course of the many hours during which the respondent was interrogated and of the voluntary quality of his incriminating statements.

At the request of the police, on April 26, 1995, the respondent met Corporal Bruno Deveau and Sergeant Gregory Taker, both of the RCMP, at a motel room where the police were set up to administer a polygraph test to him. By then, the police had already administered several such tests in relation to their investigation of a series of fires in the Waterville area in the period from February 1994 to April 4, 1995. They administered two such polygraph tests in June of 1994, to two different subjects. In the opinion of the polygraph examiner (also called a polygraphist), Sergeant Taker, the results of these two tests were inconclusive. Other tests were administered in July and September 1994, and in January 1995. In all three cases, Sergeant Taker formed the opinion that the subject was telling the truth. See A.R. at pp. 735-54.

The last fire was set some two weeks before the respondent was asked to attend for his test; it involved a vehicle owned by his girlfriend, Tanya

II. L’administration de l’examen polygraphique

Essentiellement, le présent pourvoi porte sur deux confessions obtenues par les policiers suite à l’«échec» à un examen polygraphique et grâce à un interrogatoire habile ayant duré près de six heures. Les policiers ont fait des menaces et des promesses de façon répétée. Ces menaces et ces promesses étaient souvent subtiles, mais j’estime que, considérées avec la procédure polygraphique en arrière-plan, elles ont subjugué la volonté de l’intimé. Ces pressions en apparence légères rendent difficile l’application de la règle des confessions dans la présente cause et requièrent un examen attentif du contexte global dans lequel ces déclarations compromettantes que l’on prétend volontaires furent faites.

Je suis entièrement d’accord avec le résumé du droit applicable qu’a fait le juge Iacobucci aux par. 68 à 70 de ses motifs. Je ne partage toutefois pas son avis quant à la qualification juridique de ce qui s’est produit durant les nombreuses heures au cours desquelles l’intimé a été interrogé, ni quant au caractère volontaire des déclarations compromettantes de ce dernier.

Le 26 avril 1995, à la demande des policiers, l’intimé a rencontré le caporal Bruno Deveau et le sergent Gregory Taker, tous deux membres de la GRC, dans une chambre de motel où les policiers étaient prêts à lui administrer un examen polygraphique. À cette époque, les policiers avaient déjà administré plusieurs de ces examens dans le cadre de leur enquête sur une série d’incendies survenus dans la région de Waterville, de février 1994 au 4 avril 1995. En juin 1994, les policiers ont fait subir cet examen polygraphique à deux personnes différentes. Selon le sergent Taker, l’examineur en polygraphie (ou polygraphiste), les résultats de ces deux examens n’étaient pas concluants. D’autres examens ont été administrés en juillet et septembre 1994, ainsi qu’en janvier 1995. Dans les trois cas, le sergent Taker était d’avis que le sujet disait la vérité. Voir D.A., aux pp. 735 à 754.

Le dernier incendie a été allumé environ deux semaines avant qu’on demande à l’intimé de se soumettre à l’examen; la voiture appartenant à

110

111

112

113

Kilcup. She was living with him at the time, and he said that they were planning to get married. On the form filled out by Sergeant Taker as an introduction to the polygraph procedure, under the heading “demeanor”, the police officer indicated the respondent appeared “nervous”. The form also indicates that the respondent understood his *Charter* rights, understood the warning, did not want a lawyer and understood that the purpose of the polygraph was “to see if I had anything to do with my girlfriend’s car fire”. He said he felt “[g]ood” about the test and thought it “should be ok”. See A.R. at pp. 746-48.

Tanya Kilcup, la petite amie de l’intimé, était en cause dans cet incendie. Cette dernière vivait alors avec l’intimé, qui a affirmé qu’ils envisageaient de se marier. Sur le formulaire qu’il a rempli avant la procédure polygraphique, le sergent Taker a indiqué, sous la rubrique «attitude», que l’intimé paraissait «nerveux». Le formulaire précise également que l’intimé comprenait ses droits garantis en vertu de la *Charte* ainsi que la mise en garde qui lui avait été faite, qu’il ne voulait pas demander l’assistance d’un avocat et qu’il comprenait que l’examen polygraphique avait pour but [TRADUCTION] «de déterminer s’[il avait] quelque chose à voir dans l’incendie de la voiture de [s]a petite amie». Il a affirmé se sentir [TRADUCTION] «à l’aise» face à l’examen et penser que «tout devrait bien se passer». Voir D.A., aux pp. 746 à 748.

114

The respondent signed a consent form and was given a booklet which explained the testing procedure. The three-page booklet states that the polygraph, also known as the “Lie Detector” test, should be called a “Truth Verifier” because statistics show that in the majority of cases, the opinion of the examiner is that the subject was truthful. The booklet uses a question and answer format. It describes a two-step process: the first is the “Pre-Test Interview”, in which the subject’s legal rights are explained, his or her medical and psychological background is explored, and the facts under investigation and the workings of the instrument are reviewed; the second step is the “In-Test Phase”. It is described in the booklet as follows:

L’intimé a signé une formule de consentement et reçu un livret lui expliquant la procédure d’examen. Le livret de trois pages indique que l’examen polygraphique — aussi appelé test du «détecteur de mensonges» — devrait plutôt être appelé «indicateur de vérité», car les statistiques démontrent que, dans la majorité des cas, le polygraphiste est d’avis que la personne dit la vérité. Les renseignements contenus dans le livret sont donnés sous forme de questions et réponses. L’examen est décrit comme une procédure en deux étapes: la première est celle de l’«entrevue préliminaire», au cours de laquelle on explique au sujet ses droits sur le plan juridique, on examine ses antécédents médicaux et psychologiques et on revoit les faits qui font l’objet de l’enquête, ainsi que le fonctionnement de l’appareil; la seconde étape est celle de l’«examen lui-même». Cette dernière étape est décrite ainsi dans le livret:

In-Test Phase: At this point, the polygraphist will review all pertinent test questions with you and then conduct a “Demonstration Test” to help he or she assess your suitability for additional tests. Several tests will then be conducted, which will include the reviewed questions. There will be no surprise questions on any of the tests. The polygraphist will then analyse the results of each test to arrive at an opinion.

L’examen lui-même: Le polygraphiste va d’abord examiner avec vous toutes les questions pertinentes qu’il va vous poser. Il procède ensuite à une démonstration du fonctionnement du polygraphe en vue d’aider à déterminer l’à-propos de l’examen qui va suivre. L’examen comprend plusieurs parties parmi lesquelles on retrouvera les questions examinées préalablement. Il n’y a pas de questions-surprises. Le polygraphiste analyse ensuite chaque parties de l’examen avant d’en arriver à une conclusion.

Two other entries in the booklet are, in my view, of interest:

5. SUPPOSE THE INSTRUMENT SAYS I'M LYING WHEN I'M NOT?

The polygraph cannot say anything. It merely records on a chart certain bodily reactions to the questions you are being asked. It is up to the polygraphist to "Read" the information your body provides.

9. DOES THIS EXAMINATION MEAN THAT THE POLYGRAPH IS INFALLIBLE?

No. Most examinations readily reveal to the polygraphist whether or not the person is truthful. Possible outcome of any polygraph examination is Truthful, Deceptive or Inconclusive. "Inconclusive" means the examiner is unable to render an opinion of either Truthful or Deceptive in that particular case. The polygraphist may request a re-examination if the results are inconclusive. A re-examination is also voluntary.

It is interesting to me that this last answer is not very responsive to the real question raised. It suggests that the polygraph is not infallible because it sometimes does not indicate whether the subject is truthful or not, in which case the result may be inconclusive. The answer does not say whether mistakes can be made in identifying liars. In fact, it suggests that no such errors are likely since "[m]ost examinations readily reveal to the polygraphist whether or not the person is truthful".

Although this was not described in the booklet, where, after the in-test phase, the subject is deemed to have been "truthful" the polygraph test comes to an end. However, if he is deemed to have been "untruthful", it is standard procedure to move to a post-test "interview" and to interrogate the subject with a view to obtaining a confession. This was clearly the plan here and the post-test "interview" was strategically planned, and successfully executed.

Deux autres aspects traités dans le livret sont à mon avis dignes d'intérêt:

5. LE POLYGRAPHE PEUT-IL DIRE QUE JE MENS ALORS QUE JE DIS LA VÉRITÉ?

Le polygraphe ne dit rien. Il ne fait qu'enregistrer sur un graphique certaines réactions de l'organisme aux questions posées. Il revient au polygraphiste d'interpréter les renseignements transmis par votre organisme.

9. LE POLYGRAPHE EST-IL INFALLIBLE?

Non. La plupart des examens permettent au polygraphiste de déterminer facilement si la personne dit la vérité ou non. L'examen donne lieu à trois résultats possibles: examen concluant (dires véridiques), examen concluant (dires non véridiques) et examen non concluant. L'examen est considéré non concluant lorsque le polygraphiste ne peut émettre une opinion quant à la véracité des dires d'une personne. Le polygraphiste peut demander un deuxième examen si les résultats du premier ne sont pas concluants. Le deuxième examen est aussi facultatif.

Il est intéressant pour moi de constater que ce dernier paragraphe ne fournit pas vraiment de réponse à la véritable question posée. La réponse fournie suggère que le polygraphe n'est pas infallible étant donné que, parfois, il n'indique pas si le sujet dit ou non la vérité, auquel cas le résultat peut être non concluant. La réponse ne dit pas si des erreurs peuvent survenir lorsque l'appareil indique qu'une personne ment. En fait, elle laisse entendre qu'il y a peu de chances que de telles erreurs se produisent, puisque «[l]a plupart des examens permettent au polygraphiste de déterminer facilement si la personne dit la vérité ou non».

Quoique le livret ne le précise pas, dans les cas où, après l'étape de l'examen lui-même, le sujet est considéré avoir «dit la vérité», l'examen polygraphique prend fin. Cependant, lorsqu'on considère que le sujet n'a pas dit la «vérité», la procédure habituelle consiste à passer à l'«entrevue» post-examen et à interroger le sujet dans le but d'obtenir une confession. C'était clairement ce qu'on projetait de faire en l'espèce, et l'«entrevue» post-examen a été stratégiquement planifiée et exécutée avec succès.

116 The pre-test interview conducted here by the polygraph examiner, Sergeant Taker, laid critical groundwork for the post-test interrogation. It did so in two respects. First, in my opinion, it created ambiguity about the precise admissibility, or lack thereof, of polygraph-related evidence. Secondly, in conjunction with the wording of question 9, it conveyed the overall impression that the polygraph machine is a scientific and infallible lie-detector, akin to trustworthy medical procedures and tests, and, relatedly, that the polygraph machine yields objectively accurate information since it measures involuntary body reactions, independent of the controlled responses of the subject.

117 In the pre-test phase, Sergeant Taker informed the respondent of his rights. In the course of so doing, he provided the respondent with the following information concerning the admissibility of polygraph-related evidence. He stated that “[m]y opinion based on the results of your polygraph test is not admissible in court. However, anything said between you and I may be admissible” (A.R. at p. 370). Even when combined with the information provided in the booklet, to the effect that the polygraph cannot say anything, but that it is up to the polygraphist to “‘Read’ the information your body provides”, the explanation provided by Sergeant Taker, in my view, is hardly informative about the admissibility, or non-admissibility of polygraph-related evidence. In fact, it is incomprehensible. It gives no explanation of the distinction between an “opinion based on the results of your polygraph test”, the “results of your polygraph test” and the “reading” by the polygraphist of the recordings on the polygraph chart. It certainly does not convey accurately that the interrogators’ categorical assertions that the respondent had been untruthful, repeated to him at every opportunity during the post-test interview, reflected little more than the interrogators’ inadmissible opinions based on the bare graphs produced during the respondent’s test.

L’entrevue préliminaire pratiquée en l’espèce par l’examineur, le sergent Taker, a préparé le terrain de façon cruciale pour l’entrevue post-examen, et ce de deux manières. Premièrement, l’entrevue a selon moi créé de l’ambiguïté quant à la question de l’admissibilité réelle — ou de l’inadmissibilité — des éléments de preuve obtenus par polygraphe. Deuxièmement, conjuguée au texte de la question 9, l’entrevue a créé l’impression générale que le polygraphe constitue un détecteur de mensonges scientifique et infallible, semblable à des procédures et tests médicaux fiables, et, dans le même ordre d’idées, que le polygraphe produit des données objectivement exactes puisqu’il mesure des réactions physiologiques involontaires, indépendantes des réponses contrôlées par le sujet.

Lors de l’entrevue préliminaire, le sergent Taker a informé l’intimé de ses droits. Ce faisant, il lui a dit, relativement à l’admissibilité des éléments de preuve obtenus par polygraphe: [TRADUCTION] «[m]on opinion fondée sur les résultats de ton examen polygraphique n’est pas admissible devant les tribunaux. Cependant, tout ce que nous nous disons peut être admis en preuve» (D.A., à la p. 370). Même conjuguées aux renseignements fournis dans le livret, qui indiquent que le polygraphe ne dit rien, mais qu’il revient plutôt au polygraphiste d’«interpréter les renseignements transmis par [l’]organisme», les explications du sergent Taker sont très peu instructives à mon avis sur l’admissibilité ou l’inadmissibilité des éléments de preuve obtenus par polygraphe. En fait, ses explications sont incompréhensibles. Elles n’informent pas l’intimé de la distinction entre [TRADUCTION] «[l’]opinion fondée sur les résultats de [son] examen polygraphique», les «résultats de son examen polygraphique» et l’«interprétation» que fait le polygraphiste des résultats enregistrés sur le tableau polygraphique. Elles n’indiquent certes pas de façon claire que les affirmations catégoriques des interrogateurs selon lesquelles l’intimé ne disait pas la vérité, affirmations constamment répétées au cours de l’entrevue post-examen, ne reflétaient rien de plus que les opinions inadmissibles des policiers fondées sur les simples graphiques générés au cours de l’examen subi par l’intimé.

In fact, the record contains numerous statements by Sergeant Taker that may have been taken by the respondent as suggesting that the “results” of a polygraph test encompass more than the bare graphs produced by the machine’s pens and that these have meaning independent of the polygraphist’s reading or interpretation. The following assertions by Sergeant Taker are illustrative:

- It will only record that as a lie because to pass the polygraph you must be 100 percent truthful. [A.R. at p. 410]

- [I]t will show that you’re lying. [A.R. at p. 415]

- . . . I would rather you explain that to me now than have the polygraph later on tell me you’ve not been truthful. [A.R. at p. 416]

- They’re also questions that will show me when you’re telling the truth when I start off the polygraph okay. [A.R. at p. 442]

- [I]f you don’t answer 100 percent truthfully then you can’t pass the test. [A.R. at p. 445] [Emphasis added.]

Having explained to the respondent his rights, Sergeant Taker sought to impress upon him, both subtly and forcefully, the scientific and reliable nature of the polygraph instrument. For example, the police officer asked the respondent a series of medical questions (e.g., whether he had ever been treated by a psychiatrist, had rheumatic fever, heart problems, epilepsy, tuberculosis, etc.), ostensibly for the purpose of determining the respondent’s “suitability” to take the test, that could not help but serve to bolster the scientific aura of the polygraph in the respondent’s mind. See A.R. at pp. 381-89. Further, and more importantly, he repeatedly, though often implicitly, emphasized the polygraph’s infallibility as a lie-detecting instrument:

Q. Because right now you’re the only person in this room that knows if you have lit any of these fires that I referred to earlier, right? But before the day is over

En fait, on trouve au dossier de nombreuses déclarations du sergent Taker qui auraient pu être interprétées par l’intimé comme signifiant que les «résultats» de l’examen polygraphique englobent davantage que les simples graphiques générés par les aiguilles du polygraphe et que ceux-ci ont leur sens propre, indépendamment de la lecture ou de l’interprétation qu’en fait le polygraphiste. Les affirmations suivantes du sergent Taker illustrent bien cette constatation:

[TRADUCTION]

- Il n’enregistrera cela que comme un mensonge, parce que pour réussir l’examen polygraphique il faut être honnête à 100 %. [D.A., à la p. 410]

- [I]l montrera que tu mens. [D.A., à la p. 415]

- [J]’aimerais mieux que tu m’expliques ce fait maintenant, plutôt que de voir le polygraphe me révéler plus tard que tu n’as pas dit la vérité. [D.A., à la p. 416]

- Ce sont aussi des questions qui m’indiqueront à quel moment tu dis la vérité quand je vais démarrer le polygraphe, d’accord? [D.A., à la p. 442]

- [S]i ta réponse n’est pas toute la vérité, tu ne peux pas réussir le test. [D.A., à la p. 445] [Je souligne.]

Après avoir expliqué à l’intimé ses droits, le sergent Taker a cherché à le convaincre, de manière à la fois subtile et énergique, de la nature scientifique et fiable du polygraphe. À titre d’exemple, apparemment pour déterminer l’«aptitude» de l’intimé à subir l’examen, le policier lui a posé une série de questions d’ordre médical (par exemple s’il avait déjà été soigné par un psychiatre, s’il souffrait de fièvre rhumatismale, de troubles cardiaques, d’épilepsie ou de tuberculose) qui ne pouvaient que contribuer à renforcer l’image scientifique du polygraphe dans l’esprit de l’intimé. Voir D.A., aux pp. 381 à 389. En outre, fait plus important encore, le policier a, de façon répétée bien que souvent implicite, mis l’accent sur l’infaillibilité du polygraphe en tant qu’instrument de détection de mensonges:

[TRADUCTION]

Q. Parce qu’à l’heure actuelle tu es la seule personne dans cette pièce qui sait si tu as allumé l’un des incendies dont j’ai parlé plus tôt, vrai? Mais quand tout ça

there's going to be two of us that knows if you've lit any of these fires, right? [A.R. at p. 376]

sera fini, nous serons les deux seuls à savoir si tu as allumé un des incendies, n'est-ce pas? [D.A., à la p. 376]

Q. ... to pass the polygraph you must be 100 percent truthful. It's like a girl who comes home and says to her mother, she says, "Mum, I'm a little bit pregnant." Well, you and I both know that's — I mean that doesn't work, right?

Q. ... pour réussir l'examen polygraphique il faut être honnête à 100 %. C'est comme la fille qui rentre à la maison et dit à sa mère: «M'man, je suis un peu enceinte». Eh bien, toi et moi savons que c'est — je veux dire que ça ne se peut pas, exact?

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. You either are pregnant or you're not pregnant. That's exactly how the polygraph works. You either are telling the truth or you're not telling the truth, okay.

Q. On est enceinte ou ne l'est pas. C'est exactement comme ça que fonctionne le polygraphe. Ou bien la personne dit la vérité, ou bien elle ne dit pas la vérité, d'accord?

Q. ... As good as a polygraph is it doesn't have any human capabilities. It doesn't have any ability to understand or doesn't have the ability to reason. And basically it's a cold scientific instrument... [A.R. at pp. 410-11] [Emphasis added.]

Q. ... Aussi efficace que puisse être le polygraphe, il ne possède pas de capacités humaines. Il ne possède pas la faculté de comprendre ni la capacité de raisonner. Et, essentiellement, c'est un instrument purement scientifique. ... [D.A., aux pp. 410 et 411] [Je souligne.]

120

Sergeant Taker also impressed upon the respondent that the polygraph records the subject's involuntary bodily responses, as opposed to his or her conscious, willed and therefore controlled verbal responses, to the questions posed. For example, he stated (A.R. at p. 373):

Le sergent Taker a également bien fait comprendre à l'intimé que le polygraphe enregistrerait les réactions physiologiques involontaires du sujet aux questions posées, par opposition à ses réponses verbales conscientes, voulues et par conséquent maîtrisées. Par exemple, il lui a dit ceci (D.A., à la p. 373):

I'm going to be using the polygraph to monitor your physiological responses is the — is your — any change in your movement in your chest cavity, your heart rate, and any changes in physiological activity in the things that I monitor, okay.

[TRADUCTION] Je vais utiliser le polygraphe pour surveiller tes réactions physiologiques; est-ce que — ton — tout changement de l'activité dans ta cage thoracique, dans ton rythme cardiaque, et tout changement dans l'activité physiologique liée aux éléments que je surveille, d'accord?

Later, he said (A.R. at pp. 404-5):

Plus tard, il a ajouté ceci (D.A., aux pp. 404 et 405):

Q. The first set of nerves I'm going to talk about are the voluntary nerves. And these are the nerves we can control at will.

Q. Le premier groupe de nerfs dont je vais parler sont les nerfs volontaires. Et ce sont les nerfs que nous pouvons maîtriser à volonté.

Q. But as a polygraph examiner I'm not interested in that set of nerves. I'm interested in the ... involuntary nerves or the autonomic nerves. Now the involuntary

Q. Mais, à titre d'examineur en polygraphie, je ne m'intéresse pas à ce groupe de nerfs. Je m'intéresse aux [...] nerfs involontaires, ou nerfs du système nerveux

nerves control most of the muscles and the organs in your body. And the main muscle that they control is the heart muscle. And as polygraph examiner it's the heart muscle that I'm mainly interested in, Richard.

Q. . . . Now when I said to you, Richard, I'm mainly interested in the heart muscle it's because I know when a person knowingly tells a lie and I must stress that word "knowingly". Your heart will rebel against that last [Emphasis added.]

III. The Post-Polygraph Interrogation

In my view, the information provided to the respondent during the pre-test interview served to convince him that the polygraph results would demonstrate to the police whether he had set fire to his girlfriend's car. The interrogation that followed immediately on the heels of the announcement that the respondent had "failed" the polygraph test built very effectively on the groundwork laid during the pre-test interview. Sergeant Taker conducted approximately the first hour of the post-test interview. In that time, he further developed the "infallible polygraph" theme, introduced the possibility of psychiatric help and further obscured the distinction between an opinion based on the results of the test and the results of the test.

The respondent said very little during the nearly six hours that he spent being questioned. The three police officers who worked as a relay team to conduct the interview did most of the talking. Their overall approach and strategy were clear and proved effective. It consisted of persuading the respondent that during the polygraph test, his body had already betrayed him and that they now knew that he had some involvement in some of the fires. I believe that they were persuaded from the outset that all the fires had likely been caused by the same arsonist. However, they repeatedly told the respondent otherwise, focusing, at first, on the very recent burning of his girlfriend's car. The polygraph test was set up in such a way that all eight fires were linked together and that he was asked to admit or deny his involvement in all of them col-

autonome. Or, ces nerfs contrôlent la plupart des muscles et des organes de ton corps. Et le muscle principal qu'ils contrôlent est celui du cœur. Et, en tant qu'examineur en polygraphie, c'est le muscle cardiaque qui m'intéresse principalement, Richard.

Q. . . . Alors quand je te dis, Richard, que je m'intéresse surtout au muscle cardiaque, c'est parce que je sais quand une personne dit sciemment des mensonges, et je me dois d'insister sur le terme «sciemment». Ton cœur va se rebeller contre cette dernière . . . [Je souligne.]

III. L'entrevue post-examen

À mon avis, les renseignements donnés à l'intimé au cours de l'entrevue préliminaire ont contribué à le convaincre que les résultats de l'examen polygraphique indiqueraient à la police s'il avait mis le feu à la voiture de sa petite amie. L'interrogatoire qui a immédiatement suivi l'annonce que l'intimé avait «échoué» à l'examen polygraphique a exploité très efficacement les fondations établies durant l'entrevue préliminaire. Le sergent Taker a pris en charge l'entrevue post-examen pendant la première heure. C'est au cours de cette période qu'il a développé plus amplement le thème de «l'infaillibilité du polygraphe», évoqué la possibilité d'une assistance psychiatrique et brouillé davantage la distinction entre les résultats de l'examen et l'opinion fondée sur ces résultats.

L'intimé a très peu parlé durant l'interrogatoire qui a duré près de six heures. Ce sont les trois policiers qui se sont relayés qui ont surtout parlé. Leur stratégie globale était claire et s'est avérée efficace. Elle consistait à convaincre l'intimé que son corps l'avait déjà trahi pendant l'examen polygraphique et que les policiers savaient désormais qu'il était impliqué d'une façon ou d'une autre dans certains des incendies. Je crois que les policiers étaient persuadés dès le départ que tous les incendies avaient probablement été allumés par le même incendiaire. Toutefois, ils ont à maintes reprises dit le contraire à l'intimé, se concentrant au départ sur l'incendie très récent de la voiture de sa petite amie. L'examen polygraphique était conçu de telle manière que les huit incendies étaient tous reliés et qu'on a demandé à l'intimé d'admettre ou de nier

121

122

lectively. This provided the police with the opportunity to persuade the respondent that he could have failed the test because of his involvement in only one fire, possibly the most trivial one — the girlfriend's car — and that admitting to that one would dispel their concern that he might have done them all. It is clear, in my view, that the respondent came to be convinced that having failed the polygraph, he would not be left alone by the police, who were convinced of his guilt, until he conceded what his body had already revealed. On two occasions prior to the first confession, he asked what would happen if he admitted to setting fire to his fiancée's car. This was clearly becoming the most attractive proposition to him.

123 In turn, that admission was to become the trigger for the next stage of the interrogation. At that point, the tables had turned substantially. To his surprise, it seems, the respondent was then placed under arrest, no longer free to leave, and was told that since he had no explanation for having set his girlfriend's car on fire, it was likely that he had a problem with fires, and that he was involved in all the others.

124 I wish to stress that the overall interrogation strategy was sound, and that although it relied on considerable deception on the part of the police, that in itself is neither illegal nor sufficient to vitiate the voluntary nature of a confession. The line is crossed, and was crossed here in my view, when improper inducements are put forward by persons in authority in an oppressive atmosphere, undermining the interrogated person's control over his mind and will.

125 Here, the police created an atmosphere of trust, and persuaded the respondent, at the outset, that they thought he was a "good guy", not a criminal, and that it was very unlikely that he was responsible for all the fires. This was not true, of course, but these representations did not violate the confessions rule. However, having left the respondent

sa participation aux incendies considérés collectivement. Cette façon de faire a donné aux policiers l'occasion de convaincre l'intimé qu'il avait pu échouer à l'examen en raison de sa participation à un seul incendie; possiblement le plus mineur — celui de la voiture de sa petite amie —, et que le fait d'admettre sa responsabilité à l'égard de cet incendie dissiperait leurs soupçons quant à la possibilité qu'il les ait tous allumés. Il est clair, à mon avis, que l'intimé s'est laissé convaincre que, ayant échoué à l'examen polygraphique, il ne cesserait pas d'être talonné par les policiers, qui étaient convaincus de sa culpabilité, tant qu'il n'avouerait pas ce que son organisme avait déjà révélé. À deux reprises avant la première confession, l'intimé a demandé ce qui arriverait s'il avouait avoir mis le feu à l'automobile de sa petite amie. Cette solution devenait clairement la plus intéressante à ses yeux.

Cet aveu devait à son tour déclencher l'étape suivante de l'interrogatoire. À ce moment-là, la situation avait considérablement changé. À son grand étonnement, semble-t-il, l'intimé a été mis en état d'arrestation, privé de son droit de quitter les lieux et s'est fait dire que, comme il n'avait aucune explication à donner concernant l'incendie de la voiture de sa petite amie, il était probable qu'il ait un problème de pyromanie et qu'il soit impliqué dans tous les autres incendies.

J'aimerais souligner que la stratégie globale de l'interrogatoire était valable et que, bien que les policiers aient eu abondamment recours au subterfuge, de telles manœuvres ne sont en soi ni illégales ni suffisantes pour vicier le caractère volontaire de l'aveu. La limite est franchie — et je suis d'avis qu'elle l'a été en l'espèce — lorsque des personnes en situation d'autorité donnent des incitations inacceptables dans une atmosphère oppressive, minant ainsi la maîtrise que possède la personne interrogée de son esprit et de sa volonté.

En l'espèce, les policiers ont créé une atmosphère de confiance et ont dès le départ persuadé l'intimé qu'ils estimaient qu'il était un «bon gars» et non un criminel, et qu'il était très peu probable qu'il soit responsable de tous les incendies. Tout cela était faux bien sûr, mais ces affirmations ne violaient pas la règle portant sur les confessions.

with no clear idea of the true nature — either scientific or legal — of the polygraph test, the police worked to persuade him that his continued denials were futile. With that in the background, they resorted to improper inducements which tipped the balance and served to convince the respondent to admit, first, that he set fire to his girlfriend's car and, later, that he was also responsible for the building fires.

IV. The Voluntariness of the Statements: Threats, Promises and Inducements

A. *Promise of Psychiatric Help*

The first impermissible inducement was introduced by Sergeant Taker who suggested that the respondent needed psychiatric help and that he and/or the police could help the respondent get it (A.R. at pp. 506-8):

Q. . . . And I'm thinking and hoping that it's only the car or the van or whatever the case may be, and it's not those buildings. If it is, what I'm saying to you is that I'd rather see you be truthful with me now about that than lie to me and have me think that you burned those friggig buildings. Because if you burned the buildings, we need to get you some help, Richard. If you set those buildings on fire, we need to get you some help. And I'm talking maybe seeing a psychiatrist, Richard.

. . . .

Q. . . . [W]hat I'm saying to you, if that's the problem, let's get it taken care of before someone gets hurt. Because it's something that you can't control if that's what the problem is. You can't control that.

A. I can't control my own life?

Q. No, if you're lighting fires, I'm saying, in those buildings . . . [you're] the person that's lighting those fires on the buildings maybe you better get some help, okay?

. . . .

Cependant, n'ayant pas donné à l'intimé d'explication claire quant à la véritable nature — scientifique ou juridique — de l'examen polygraphique, les policiers ont entrepris de le persuader de la futilité de ses dénégations incessantes. Sur cette toile de fond, les policiers ont eu recours à des incitations inacceptables qui ont joué un rôle déterminant et contribué à convaincre l'intimé d'avouer, dans un premier temps, qu'il avait mis le feu à la voiture de sa copine et, dans un deuxième temps, qu'il était également responsable des immeubles incendiés.

IV. Le caractère volontaire des déclarations: menaces, promesses et incitations

A. *Promesse d'assistance psychiatrique*

La première incitation inacceptable a été faite par le sergent Taker, qui a évoqué l'idée que l'intimé avait besoin d'assistance psychiatrique et que lui-même et/ou la police pourraient l'aider à y avoir accès (D.A., aux pp. 506 à 508):

[TRADUCTION]

Q. . . . Aussi, je pense et j'espère que c'est seulement la voiture ou la fourgonnette, ou peu importe ce que c'est, et qu'il ne s'agit pas de ces immeubles. Si c'est le cas, ce que je te dis, c'est que je préfère que tu sois honnête avec moi maintenant plutôt que j'en vienne à croire que tu as mis le feu à ces fichus immeubles. Parce que si tu as incendié ces immeubles, nous devons de te trouver de l'aide, Richard. Si tu as mis le feu à ces immeubles, nous devons te trouver de l'aide. Et je parle peut-être d'aller consulter un psychiatre, Richard . . .

. . . .

Q. . . . [C]e que je te dis, si c'est ça le problème, il vaut mieux le traiter avant que quelqu'un ne subisse un préjudice. Parce que c'est quelque chose que tu n'es pas capable de maîtriser, si c'est ça le problème. Tu ne peux pas maîtriser ça.

R. Je ne peux pas contrôler ma propre vie?

Q. Non, si tu as allumé ces incendies, je veux dire, dans ces immeubles [. . .], [tu es] la personne qui a mis le feu à ces immeubles, il vaudrait peut-être mieux que tu obtiennes de l'aide, d'accord?

. . . .

Now, if it's you that's lighting those buildings on fire, there's people to see that can help you out And if that's the case, Richard, let's deal with that because I've got — I'd be really concerned with that.

In the final hour of the interrogation, then being conducted by Constable Dale Bogle, this help theme assumed a dominant role, particularly in the seconds just prior to the second confession:

Q. This fire here, you can just take this car one, for instance. I mean there's areas we have to place things. Is it a sickness? Would it happen again? Okay. How many times before? What can we do to help you so it can be stopped? Okay. Do you understand?

. . . .

Q. We have to talk about what do we have to — Is it a sickness?

A. Um.

Q. Do we have to have you sent to a hospital for assessment sort of thing?

. . . .

Q. . . . Let's treat it as a problem. Okay. I can say, Look, you know, look guys, I need some help. I don't want to hurt anybody, property, you know, (inaudible) been a car

But if it's pyromania and you think you're suffering from it, for God's sakes, come on guys give me a hand here. Okay. [A.R. at pp. 608-16]

. . . .

Q. Okay. Let's deal with the problem, okay. That problem you've got to come out and say, Look, boys, you know, give me help, I don't know why I done it. Okay. [A.R. at p. 630]

. . . .

Q. All right. So with that don't you think you need some sort of help in dealing with this or —

Maintenant, si c'est toi qui a mis le feu à ces immeubles, il y a des gens qui sont là pour t'aider. [. . .] Et si c'est le cas, Richard, voyons-y parce que j'ai — je serais vraiment inquiet . . .

Durant la dernière heure de l'interrogatoire, qui était alors mené par l'agent Dale Bogle, le thème de l'assistance psychiatrique a pris une place prédominante, plus particulièrement dans les secondes qui ont précédé la seconde confession:

[TRADUCTION]

Q. Cet incendie-là, prends celui de la voiture, par exemple. Je veux dire, il y a certaines choses qu'il nous faut situer. Est-ce une maladie? Est-ce que ça va arriver encore? D'accord. Combien de fois déjà? Que pouvons-nous faire pour t'aider, pour que ça cesse? D'accord. Tu comprends?

. . . .

Q. Nous devons parler de ce que nous devons — Est-ce une maladie?

R. Hum.

Q. Devons-nous te faire envoyer à l'hôpital pour une sorte d'évaluation?

. . . .

Q. . . . Voyons-ça comme un problème. D'accord. Je peux dire: Écoutez les gars, vous savez, j'ai besoin d'aide. Je ne veux pas blesser quelqu'un, ni endommager des biens, vous savez (inaudible) été une voiture . . .

Mais si c'est de la pyromanie et que tu penses que tu souffres de ça, pour l'amour de Dieu, allez les gars, donnez-moi un coup de main. D'accord. [D.A., aux pp. 608 à 616]

. . . .

Q. D'accord. Attaquons-nous au problème, d'accord. Ce problème que tu as, tu dois te dire: Écoutez les gars, vous savez, aidez-moi, je ne sais pas pourquoi je l'ai fait. D'accord. [D.A., à la p. 630]

. . . .

Q. Bon. Alors, avec tout ça, tu penses pas que tu as besoin d'aide pour régler ça ou —

A. Someone to talk to, yeah, or maybe they can help me find out why. [A.R. at p. 638]

. . .

Q. You're a good guy. I know you're a good guy.

A. I think I am. Yeah.

Q. Let us help you kind of deal with some of these things, okay?

. . .

Q. All right. Let's not fabricate it anymore, okay. (Inaudible.) Let's do it. Okay. [I'm really happy?]. Take that load off your back, okay. Okay, Richard. Okay. Just — let's start a new chapter, okay. All right. Let us help you. [A.R. at pp. 642-44]

In the midst of this last statement by Constable Bogle, the respondent collapsed emotionally. Leaning forward, with his head in his hands, he began to sob, while Constable Bogle comforted him, patting and rubbing his shoulder. With some additional prompting and encouragement from Constable Bogle, the respondent confessed to the building fires and provided police with a written statement to this effect.

In my opinion, the promise of psychiatric help was improper. While it is true that the police did not explicitly tell the respondent that the only way he could get psychiatric help was if he confessed, this was the clear implication of what was said. In the circumstances here, I believe that the offer by the police to provide the respondent with psychiatric assistance if he confessed his involvement in the fires constituted an improper inducement which affected the voluntariness of his confession.

B. *Minimization*

The second improper inducement was introduced by Corporal Deveau, who replaced Sergeant Taker after the latter had interrogated the respondent for about an hour. Corporal Deveau had been sitting in an adjacent motel room listening to and recording the interrogation conducted by Sergeant

R. Quelqu'un à qui parler, ouais, ou peut-être quelqu'un qui peut m'aider à découvrir pourquoi. [D.A., à la p. 638]

. . .

Q. Tu es un bon gars. Je sais que tu es un bon gars.

R. Je pense que oui. Ouais.

Q. Laisse-nous t'aider à essayer de régler quelques-uns de ces problèmes, d'accord?

. . .

Q. Bon. Cessons d'inventer des histoires, d'accord? (Inaudible.) Allons-y. D'accord. [Je suis vraiment content?]. Enlève-toi un poids de sur les épaules, d'accord. D'accord, Richard. D'accord. Seulement —, tournons la page, d'accord. Bon. Laisse-nous t'aider. [D.A., aux pp. 642 à 644]

Au cours de cette dernière déclaration de l'agent Bogle, l'intimé s'est effondré au niveau émotionnel. Penché vers l'avant, la tête entre les mains, l'intimé s'est mis à pleurer, pendant que l'agent Bogle le reconfortait à l'aide de petites tapes et frictions sur l'épaule. Après d'autres invitations et encouragements de l'agent Bogle, l'intimé a avoué avoir incendié les immeubles et il a donné à la police une déclaration écrite à cet effet.

À mon avis, la promesse d'assistance psychiatrique était inappropriée. Bien qu'il soit vrai que les policiers n'ont pas dit expressément à l'intimé que la seule façon pour lui d'obtenir de l'assistance psychiatrique était de passer aux aveux, il n'en reste pas moins que c'était clairement ce qui était sous-entendu. Dans les circonstances de l'espèce, j'estime que l'offre des policiers de fournir à l'intimé de l'assistance psychiatrique s'il avouait sa participation aux incendies constitue une incitation inacceptable qui a porté atteinte au caractère volontaire de la confession de l'intimé.

B. *Minimisation*

La seconde incitation inacceptable a été faite par le caporal Deveau, qui a remplacé le sergent Taker après que celui-ci eut interrogé l'intimé pendant environ une heure. Jusque-là, le caporal Deveau était resté assis dans une chambre adjacente du motel, où il avait écouté et enregistré l'interroga-

127

128

Taker. After again emphasizing the certainty guaranteed by the results of the polygraph, the police officer downplayed the seriousness of the offences that were the subject of the interrogation, and in particular the seriousness of the car fire (A.R. at pp. 513-18):

Q. . . . You know why I feel for you? Because you're not a criminal. You're a good guy, Richard. You're a good guy, and these fires — they're not all that bad fires. They're old empty buildings in Waterville. They look like the shits. [A.R. at p. 513]

But you know, if it's Claude Cook's store you're involved with — it's a piece of junk on the corner. It's an eyesore. That burned down the first time But let's assume you burned it down the third time. What is really wrong with that? Probably not a whole lot. That store was a piece of junk. It was already burned.

So somebody burned it the third time. What have you hurt? Basically nothing, except that you set fire, that it went down. But if that's the case, you tell me. And the — was it burned down because it was an eyesore? [A.R. at p. 515]

If it's just the motor vehicle — there's not, you know, there's not a whole lot in a motor vehicle fire. There's not a whole lot to hold into that but you got to tell me about that. If it's the old building, tell me about the old building. [A.R. at p. 518] [Emphasis added.]

129

After being interrogated by Corporal Deveau for 30 to 40 minutes, the respondent confessed to setting the fire in his girlfriend's car and provided the police with a statement. He was distraught at this time. He continued, however, to maintain his innocence in relation to the other fires. In the face of these denials, Corporal Deveau returned briefly to the "infallible polygraph" theme, this time specifically with reference to the building fires. He then placed the respondent under arrest and transported him to the New Minas Detachment. En route, the respondent was visibly upset and was observed by

toire mené par le sergent Taker. Après avoir insisté à nouveau sur le caractère certain des résultats du polygraphe, le policier a minimisé la gravité des infractions qui faisaient l'objet de l'interrogatoire, plus particulièrement la gravité de l'incendie de la voiture (D.A., aux pp. 513 à 518):

[TRADUCTION]

Q. . . . Tu sais pourquoi je m'en fais pour toi? Parce que tu n'es pas un criminel. Tu es un bon gars, Richard. Tu es un bon gars, et ces incendies — ce ne sont pas des incendies vraiment graves. Ce sont de vieux immeubles abandonnés à Waterville. Ils sont tout dégueulasses. [D.A., à la p. 513]

Mais tu sais, si c'est le magasin de Claude Cook qui est en cause — c'est une bicoque dans le coin. C'est une horreur. Qui a brûlé pour la première fois [. . .] Mais supposons que tu l'as incendié la troisième fois. Qu'y a-t-il de mal à ça vraiment? Probablement pas grand chose. Ce magasin était une bicoque. Il était déjà brûlé.

Alors quelqu'un l'a incendié la troisième fois. Qu'as-tu fait de mal? En réalité, rien, sauf y mettre le feu, et il a été détruit. Mais si c'est le cas, dis-le-moi. Et le — l'immeuble a-t-il été incendié parce que c'était une horreur? [D.A., à la p. 515]

Si c'est seulement la voiture — il n'y a pas, tu sais, c'est pas grand chose, l'incendie d'une voiture. Il n'y a pas grand chose à ça, mais tu dois m'en parler. Si c'est le vieil immeuble, parle-moi du vieil immeuble. [D.A., à la p. 518] [Je souligne.]

Après avoir été interrogé par le caporal Deveau pendant 30 à 40 minutes, l'intimé a avoué avoir incendié la voiture de sa petite amie et il a fourni une déclaration aux policiers. Il était alors angoissé. Il a cependant continué à clamer son innocence quant aux autres incendies. Face à ces démentis, le caporal Deveau est revenu brièvement sur le thème de «l'infaillibilité du polygraphe», cette fois-ci en se référant précisément aux immeubles incendiés. Il a ensuite mis l'intimé en état d'arrestation et l'a transporté jusqu'au détachement de New Minas. En chemin, l'intimé était

Corporal Deveau to be crying. In the three-hour interrogation that followed the respondent's initial confession to having set fire to his girlfriend's car, the minimization theme crystallized. Corporal Deveau minimized the seriousness of the additional legal consequences that would flow from a confession to the building fires. He explicitly suggested that the fires could be "packaged" or "bundled", the clear implication being that the respondent would not be that much worse off by admitting to all the fires now that he had admitted to one:

Q. If you done the other ones this — or some of the other ones this is the time — this is the time to just get them off your chest. This is the perfect opportunity because of what you've already told us, okay. And everybody can see this, that it's — You didn't do one fire and then ten years down the road you did — this is a series of fires we've been having in Waterville. So we can look at it — we can look at it as a one-package type of thing. [A.R. at p. 552]

Q. [T]his is one in the bundle, we can all have — rope it together and it's not an isolated situation here . . . Richard. This is a big bundle. This is a big cancer here and you've chopped a bit of it off. But if there's more here this is the time to get rid of it because it's just — it can be dealt almost as one incident and people can understand that. [A.R. at p. 575]

Q. . . . And if you've got anything to do with it this is the time for you to tell us because like I said it's all — it's a big bundle there. It's altogether and we can look at it as almost as one incident. There's a number of incidents but it all happened in general — it's all happened in the same area . . . [A.R. at p. 577] [Emphasis added.]

Corporal Deveau persisted in minimizing the seriousness of the combined offences (A.R. at pp. 630 and 643-44):

visiblement bouleversé et le caporal Deveau l'a vu pleurer. Le thème de la minimisation s'est cristallisé au cours des trois heures d'interrogatoire qui ont suivi la confession initiale de l'intimé dans laquelle il reconnaissait avoir mis le feu à la voiture de sa petite amie. Le caporal Deveau a minimisé la gravité des conséquences juridiques additionnelles qui découleraient d'une confession concernant l'incendie des immeubles. Il a expressément suggéré que les incendies pourraient être considérés comme un «ensemble» ou un «tout», insinuant clairement que l'intimé n'empirerait pas beaucoup sa situation en avouant sa participation à tous les incendies, maintenant qu'il venait d'avouer sa participation à l'un d'eux:

[TRADUCTION] Si tu es responsable des autres, c'est — ou de certains des autres, c'est le temps — c'est le temps de soulager ta conscience. C'est l'occasion idéale de le faire, à cause de ce que tu nous as déjà dit, d'accord. Et tout le monde comprend cela, que c'est — Tu n'as pas allumé un incendie et puis dix ans après tu as — c'est toute une série d'incendies que nous avons eus à Waterville. De sorte que nous pouvons envisager cela — nous pouvons envisager cela comme un tout unique. [D.A., à la p. 552]

Q. [C]'est un incendie parmi un groupe, nous pouvons tous avoir — les regrouper et ce n'est pas une situation isolée là . . . Richard. C'est de tout un groupe d'incendies dont on parle. C'est d'un gros cancer et tu as réussi à en exciser une partie. Mais s'il y a autre chose, c'est le temps de vider ton sac parce que c'est simplement — ça peut être considéré presque comme un seul événement et les gens peuvent comprendre ça. [D.A., à la p. 575]

Q. . . . Et si tu as quelque chose à voir avec ça, c'est le temps pour toi de nous le dire, parce que comme je l'ai dit, c'est — c'est tout un groupe qu'on a là. Ils sont tous liés et nous pouvons les considérer presque comme un seul et même événement. Il y a un certain nombre d'événements, mais ils se sont tous produits généralement — ils se sont tous produits dans la même région . . . [D.A., à la p. 577] [Je souligne.]

Le caporal Deveau a continué à minimiser la gravité de l'ensemble des infractions (D.A., aux pp. 630, 643 et 644):

Q. ... And you can help us in a big way (inaudible) ten, does not make a lot of difference.

. . .

Q. ... If we're talking one or if we're talking ten. You've climbed the first hurdle. You've done one good step. Okay. But you're dealing with it like you done all the way if it's one or if it's ten, it doesn't matter, okay You're a good man. Let's just deal with that. I know what you want, don't you?

A. Huh?

Q. You want to — don't turn back now. We're right here. Okay. We're there. Let's do it. Okay. I know all that. I've been at this for 17 years. Okay. (Inaudible) one or if it's 10 or it's 20. Okay.

A. Um. [Emphasis added.]

131 In short, it was suggested to the accused that it made no difference whether he had set one or ten fires and that if he confessed, the building fires could be bundled with the car fire. This was clearly improper.

C. *Threat to Interrogate the Respondent's Girlfriend*

132 Shortly after the respondent's initial confession, Corporal Deveau suggested to the respondent, for the first time, that confessing would be beneficial to his girlfriend (A.R. at p. 574):

Q. You know, this whole thing is — we might even ask Tanya if she would take a polygraph on this because we don't know where she stands, okay. [Emphasis added.]

This theme was pressed repeatedly. Specifically, the police officer was explicit that the respondent could spare his girlfriend the unpleasant experience of being polygraphed and interrogated if he would simply "come clean" (A.R. at pp. 603-4):

[TRANSCRIPTION]

Q. ... Et tu peux nous aider beaucoup (inaudible) ... dix, ça ne change pas grand chose.

. . .

Q. Si nous parlons d'un seul ou si nous parlons de dix. Tu as franchi le premier obstacle. Tu as fait un grand pas. D'accord. Mais tu en parles encore comme tu le fais depuis le début, si c'est un ou si c'est dix, ça n'a pas d'importance, d'accord [...] Tu es un bon gars. Occupons-nous seulement de ça. Je sais ce que tu veux, tu le sais toi ce que tu veux?

R. Hein?

Q. Tu veux — ne retourne pas en arrière maintenant. Nous sommes ici. D'accord. On est rendu ici. Allons-y. D'accord. Je sais tout ça. Je fais ça depuis 17 ans. D'accord. (Inaudible) un ou si c'est 10 ou si c'est 20. D'accord.

R. Hum. [Je souligne.]

Bref, on a laissé entendre à l'accusé qu'il n'y avait aucune différence entre le fait d'allumer un incendie ou dix, et que s'il avouait, les incendies des immeubles pourraient être regroupés avec celui de la voiture. Cette suggestion était clairement inappropriée.

C. *Menace d'interroger la petite amie de l'intimé*

Peu après la confession initiale de l'intimé, le caporal Deveau a, pour la première fois, laissé entendre à l'intimé que le fait pour lui de passer aux aveux serait avantageux pour sa petite amie (D.A., à la p. 574):

[TRANSCRIPTION]

Q. Tu sais, toute cette affaire est — nous pourrions même demander à Tanya si elle accepterait de subir un examen polygraphique sur cette question puisque nous ignorons quelle est sa position, o.k. [Je souligne.]

Ce thème a été développé à plusieurs reprises. Plus particulièrement, le policier a explicitement indiqué à l'intimé que s'il décidait simplement de «vider son sac», il pourrait éviter à sa petite amie la désagréable expérience d'avoir à subir l'examen polygraphique et l'interrogatoire (D.A., aux pp. 603 et 604):

Q. Do you realize the other reason is that we — that you've got to come clean with everything with us is for Tanya.

A. Um.

Q. We don't want to put Tanya through any — I mean she's going to be going through enough trying to — we don't want to — and I'm sure you don't want her to get — to go through half of what you went through today. It's no fun.

A. No, no.

Q. It won't be any fun for her. But in order for her to — in order for us to be one hundred percent we have to do it. So if there's anything that you can tell us that can put her — that we say, okay, we don't need you, Tanya, we have it here, you know, and we have some stuff. But we're not convinced on everything else. So don't put Tanya through that if there's something you can tell me, okay.

A. About what?

Q. About anything — about any of the other fires or anything else at all. About your vehicle fire. There is something that you — [Emphasis added.]

It is apparent that it was known to the police that Tanya Kilcup was within the respondent's "close circle": see *R. v. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18 (C.A.), at p. 21. Earlier, referring to the respondent's confession to setting fire to her car, Corporal Deveau had said (A.R. at p. 548):

Q. You've got a good girlfriend who you probably love very much.

A. (Nods "yes".)

Q. Going to get married soon and — but this is not the end of — this is not the end. This is going to probably put you back a few pegs but it's not unsurmountable. Okay.

The police were also clearly aware that the respondent was already concerned about the implications of his earlier confession for his relationship

[TRADUCTION]

Q. Es-tu conscient du fait que l'autre raison est que nous — que tu dois vider ton sac devant nous pour Tanya.

R. Hum.

Q. Nous ne voulons pas faire subir à Tanya — je veux dire qu'elle devra déjà passer au travers de tant de choses pour tenter de — nous ne voulons pas — et je suis convaincu que tu ne veux pas qu'elle — qu'elle subisse la moitié de ce que tu as vécu aujourd'hui. Ce n'est pas amusant.

R. Non, non.

Q. Ça n'aura rien de plaisant pour elle. Mais pour qu'elle — pour que nous soyons absolument certains, nous devons le faire. Donc si tu peux nous dire quoi que ce soit qui puisse l'aider — pour que nous puissions lui dire, o.k., nous n'avons pas besoin de toi, Tanya, nous avons ce qu'il nous faut ici, tu sais, nous avons quelque chose. Mais nous ne sommes pas convaincus de tout le reste. Ne fais donc pas subir cela à Tanya si tu peux nous dire quoi que ce soit, o.k.

R. À propos de quoi?

Q. À propos de n'importe quoi — à propos des autres incendies ou de n'importe quoi d'autre. À propos de la voiture que tu as incendiée. Il y a quelque chose que tu — [Je souligne.]

Il est manifeste que les policiers savaient que Tanya Kilcup faisait partie du [TRADUCTION] «cerce des proches» de l'intimé: voir *R. c. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18 (C.A.), à la p. 21. Plus tôt, se référant à la confession de l'intimé concernant l'incendie de la voiture de M^{me} Kilcup, le caporal Deveau a dit (D.A., à la p. 548):

[TRADUCTION]

Q. Tu as une bonne petite amie que tu aimes probablement beaucoup.

R. (Fait «oui» de la tête.)

Q. Le mariage est pour bientôt et — mais ce n'est pas la fin de — ce n'est pas la fin. Cela te fera probablement baisser un peu dans son estime, mais ce n'est pas insurmountable. D'accord.

En outre, les policiers savaient clairement que l'intimé était déjà préoccupé par les conséquences de sa première confession sur sa relation avec

with Ms. Kilcup. Consider the following exchange (A.R. at p. 555):

Q. . . . You're going to have to live with your girlfriend. And I think that —

A. Maybe. She might leave me.

Q. Well.

A. I can't say for sure she's not going to leave.

Q. No, but if there's love there things are going to work out

135 Still more important, in providing a plain indication that the respondent wanted to avoid entangling his girlfriend with the police, are the respondent's concerned reaction to the suggestion that she might be considered a suspect, despite his earlier, firm denial that Ms. Kilcup had any involvement in or knowledge of the car fire, see A.R. at p. 533, and his insistence that if she had any part to play it was limited to one of alibi:

Q. Okay. We're going to have — on these things that you've told me, okay, so we're going to have to check everything out, okay. So somebody is on the way up to talk with Tanya. Tanya has got to be spoken to, okay Looking at the situation we, you know, we don't know what Tanya — if she knows anything or if she doesn't. You have said she doesn't know anything. We're going to have to confirm that, okay What is Tanya going to say?

A. Probably it's over.

Q. Well, just —

A. I don't know. She's not going to be impressed.

Q. Yeah. I'm sure she can — you two can probably work things out. Huh?

A. If she talks to me.

Q. I'm sure she'll talk to you

A. More mad than anything probably. [A.R. at pp. 570-71]

M^{me} Kilcup, comme en témoigne la conversation suivante (D.A., à la p. 555):

[TRADUCTION]

Q. . . . Tu vas devoir vivre avec ta petite amie. Et je pense que —

R. Peut-être. Elle pourrait bien me quitter.

Q. Eh bien.

R. Je ne peux dire avec certitude qu'elle ne me quittera pas.

Q. Non, mais quand on s'aime, les choses s'arrangent

La réaction alarmée de l'intimé à la suggestion que sa petite amie pourrait être considérée comme un suspect, malgré le fait qu'il ait fermement nié, plus tôt, que M^{me} Kilcup soit impliquée de quelque façon dans l'incendie de la voiture ou qu'elle ait su quelque chose à cet égard, voir D.A., à la p. 533, et ses protestations que, si elle avait quelque chose à voir dans cette affaire, c'était seulement en tant qu'alibi — sont des faits encore plus importants en ce que qu'ils indiquent clairement que l'intimé voulait éviter que sa copine ait affaire à la police:

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Nous allons devoir — les choses que tu m'as dévoilées, d'accord, alors nous allons devoir vérifier tout ça, d'accord. Alors quelqu'un est parti pour aller discuter avec Tanya. Nous devons parler à Tanya, d'accord [. . .] Étant donné la situation, nous, tu sais, nous ne savons pas ce que Tanya — si elle sait quelque chose ou non. Tu as dit qu'elle ne savait rien. Nous allons devoir confirmer tout ça, d'accord [. . .] Qu'est-ce que Tanya va dire?

R. Probablement que c'est fini.

Q. Eh bien, fais simplement —

R. Je ne sais pas. Elle ne sera pas impressionnée.

Q. Ouais. Je suis sûr qu'elle peut — vous pouvez probablement arranger les choses entre vous. Hein?

R. Si elle me parle.

Q. Je suis sûr qu'elle te parlera

R. Elle sera probablement plus en colère qu'autre chose. [D.A., aux pp. 570 et 571]

A. She's not involved in her car, and neither one of us are involved in the buildings. Well, if she does (inaudible), I can't tell you. I highly doubt it.

Q. Yeah, I would doubt it too. And her car, she has no knowledge at all? You never talked to her about that or anything?

A. All she knew is verify where I was.

Q. Uh-hum. Well, we'll check that out. [A.R. at p. 604]

Q. . . . I mean that's got — from a law enforcement perspective, you know, was it you and her? Just you? Just whoever? Okay?

A. Just me.

Q. Okay. I mean we have to go and — we asked Cst. Taker to talk to Tanya, okay. (Inaudible).

A. But I didn't tell her.

Q. What?

A. I didn't tell her.

Q. Yeah.

A. Totally by myself. [A.R. at p. 611]

The respondent's concern to protect his girlfriend was known to the police and they used it to induce him to confess. Corporal Deveau indicated that the police would have to consider her a suspect and that they would have to polygraph and interrogate her if the respondent's confession was not forthcoming. Following the first confession, Corporal Deveau explored with the respondent the possibility that the car was set on fire in order to collect the insurance. It was her car. The threat to interrogate Ms. Kilcup remained effective throughout the post-test interview because, as Corporal Deveau had made clear to the respondent, the police did not intend to polygraph and interrogate Ms. Kilcup that very evening. The clear suggestion was that the respondent could spare her his predicament by admitting his sole involvement in all the fires. In my view, the relationship between the respondent and Ms. Kilcup was such that the

R. Elle n'est pas impliquée dans l'incendie de sa voiture, et aucun de nous deux n'est impliqué dans l'incendie des immeubles. Eh bien, si effectivement elle (inaudible), je n'en sais rien. J'en doute fortement.

Q. Ouais, j'en doute moi aussi. Et sa voiture, elle ne savait absolument rien. Tu ne lui as jamais parlé de ça ou de quoi que soit d'autre?

R. Tout ce qu'elle peut dire, c'est confirmer où j'étais.

Q. Hum-hum. Eh bien, nous allons vérifier tout ça. [D.A., à la p. 604]

Q. . . . Je veux dire, il faut que — du point de vue de la police, tu sais, est-ce que c'était toi et elle? Juste toi? Juste qui? D'accord?

R. Juste moi.

Q. D'accord. Je veux dire, nous devons partir et — nous avons demandé au sergent Taker de parler avec Tanya, d'accord. (Inaudible)

R. Mais je ne lui ai rien dit.

Q. Quoi?

R. Je ne lui ai rien dit.

Q. Ouais.

R. C'est moi et moi seul. [D.A., à la p. 611]

Les policiers savaient que l'intimé était soucieux de protéger sa petite amie et ils ont utilisé cette situation pour l'inciter à passer aux aveux. Le caporal Deveau a indiqué que les policiers allaient être obligés de considérer M^{me} Kilcup comme un suspect et qu'ils allaient devoir lui faire subir un examen polygraphique et l'interroger si l'intimé ne faisait pas bientôt une confession. Après la première confession, le caporal Deveau a exploré avec l'intimé la possibilité que l'automobile ait été incendiée en vue de recueillir le produit de l'assurance. C'était la voiture de M^{me} Kilcup. La menace d'interroger M^{me} Kilcup est demeurée réelle tout au long de l'entrevue post-examen car, comme l'avait clairement indiqué à l'intimé le caporal Deveau, les policiers n'avaient pas l'intention de soumettre M^{me} Kilcup à l'examen polygraphique et de l'interroger ce soir-là. L'insinuation était claire, l'intimé pouvait épargner à sa petite amie la

threats to implicate her placed impermissible pressure on the respondent to confess.

137

In sum, it is my opinion that the foregoing representations constituted threats, promises and inducements, within the meaning of the confessions rule and, when combined with the prevalent ambiguity concerning just what was and was not admissible in court against the respondent, as well as the oppressive atmosphere created by the “infallible” polygraph test, they are sufficient to raise a reasonable doubt as to voluntariness of the respondent’s confessions, first, to the car fire, and, later, to the rest. The combination of the lies and misrepresentations, which are not impermissible, with the inducements, which are, in my view caused the respondent to make involuntary admissions. The few instances in which he appeared to reject the representations made to him by the police officers were little more than desperate bravado and vain attempts to delay what he seemed to view as the inevitable fact that he would have to confess. The following excerpts are indicative of the respondent’s state of mind:

Q. . . . You’re sitting there, Richard, and denying is not going to help this problem. I can tell you right now. It’s only going —

A. All I’m supposed to say, yeah, I did this, this, and this, and —

Q. No.

A. — whether I did it or not and —

Q. No, no, no.

A. — it doesn’t matter.

Q. No, that’s not right. That’s not right What I’m saying to you, something here that you’ve told me today is not truthful. I’m not saying all this is not truthful. I’m saying something on this piece of paper that you’ve told

situation difficile qu’il vivait en avouant que lui seul était impliqué dans tous les incendies. À mon avis, la relation entre l’intimé et M^{me} Kilcup était telle que les menaces de la mêler à cette affaire ont exercé une pression inacceptable sur l’intimé pour qu’il fasse une confession.

En définitive, je suis d’avis que les affirmations que nous venons d’examiner constituent des menaces, des promesses et des incitations au sens de la règle portant sur les confessions et que, conjuguées à l’ambiguïté qui régnait relativement à ce qui était admissible ou non en cour contre l’intimé ainsi qu’à l’atmosphère oppressive créée par l’«infaillibilité» de l’examen polygraphique, elles sont suffisantes pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession initiale de l’intimé concernant l’incendie de la voiture et de sa confession ultérieure concernant les autres infractions. L’effet conjugué des affirmations trompeuses et des mensonges qui ne sont pas interdits en soi d’une part, et des encouragements qui le sont d’autre part a à mon avis poussé l’intimé à faire des aveux non volontaires. Les quelques occasions où l’intimé a semblé rejeter les suggestions des policiers n’étaient rien d’autre que des bravades désespérées et de vaines tentatives afin de retarder ce qu’il semblait considérer comme inévitable, c’est-à-dire le fait qu’il devrait passer aux aveux. Les extraits suivants illustrent bien l’état d’esprit de l’intimé:

[TRADUCTION]

Q. . . . Tu es là, Richard, et le nier ne réglera pas le problème. Je peux te le dire maintenant. Ça va seulement —

R. Tout ce que je suis censé dire, c’est ouais, j’ai fait ça, ça et ça, et —

Q. Non.

R. — que je l’aie fait ou non et

Q. Non, non, non.

R. — peu importe.

Q. Non, ce n’est pas ça. Ce n’est pas ça [. . .] Ce que je te dis, c’est que quelque chose que tu m’as dit aujourd’hui est faux. Je ne dis pas que tout cela n’est pas vrai. Je te dis que quelque chose sur ce morceau de papier,

me here today isn't — you haven't been truthful with me. [A.R. at p. 483]

que tu m'as dit ici aujourd'hui, n'est pas — tu n'as pas été honnête avec moi. [D.A., à la p. 483]

A. Uh-huh. You'll tell (inaudible) that I failed it and —

R. Oh non. Tu vas dire (inaudible) que je ne l'ai pas réussi et —

Q. And these are the questions I asked.

Q. Et ce sont les questions que j'ai posées.

A. And they'll go off to wherever they want to go and away they go.

R. Et elles partiront où elles voudront, et les voilà parties.

Q. Basically — right now that's all I know.

Q. Essentiellement — pour l'instant c'est tout ce que je sais.

A. So in other words, I'm screwed.

R. Alors autrement dit je suis cuit.

Q. No. What I'm saying to you — I think sometimes you're missing what I'm saying, Richard. Just because you lit a car fire, doesn't mean that you're going to go to jail for the rest of your life. It definitely does not mean that. Right?

Q. Non. Ce que je te dis — je pense que parfois tu ne saisis pas ce que je dis, Richard. Simplement parce que tu as mis le feu à la voiture, ça ne signifie pas que tu vas passer le reste de ta vie en prison. Ça ne veut absolument pas dire cela. Exact?

A. I didn't think it would.

R. Je ne le pensais pas non plus.

Q. Well, you're thinking some awful strong things here. You know —

Q. Eh bien, tu penses à des choses terriblement sérieuses, là. Tu sais —

A. No, I'm thinking that unless I say okay, I did the car or whatever —

R. Non, je pense que si je ne dis pas d'accord, j'ai incendié la voiture ou peu importe —

Q. Yeah.

Q. Ouais.

A. Bruno [Deveau] will be at my door until they can prove it. [A.R. at p. 502] [Emphasis added.]

R. Bruno [Deveau] me talonnera jusqu'à ce qu'on puisse le prouver. [D.A., à la p. 502] [Je souligne.]

V. Other Basis for Exclusion: Fair Trial Considerations

V. Autres raisons d'écarter la preuve: considérations touchant l'équité du procès

Polygraph evidence is inadmissible in a criminal trial. See *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 416; see also *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. As the polygraph evidence was tendered by the defence in *Béland*, the majority of the Court excluded it on the basis of several well-established rules of evidence (i.e., the rule against oath-helping, the rule against past consistent statements and the rule relating to character evidence, at p. 417). More importantly, however, for the purpose of this appeal, the majority also rested its decision to exclude the polygraph evidence on the policy of law which dictates that, as a general rule, credibility is a matter solely for the trier of fact (see *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 248; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23);

Les éléments de preuve obtenus par polygraphe ne sont pas admissibles dans un procès criminel. Voir *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 416; voir également *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18. Dans l'arrêt *Béland*, étant donné que la preuve obtenue par polygraphe avait été présentée par la défense, la Cour à la majorité l'a exclue en se fondant sur plusieurs règles de preuve bien établies (à savoir la règle interdisant les témoignages justificatifs («oath-helping»), la règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles et la règle relative à la preuve de moralité, à la p. 417). Toutefois, il est particulièrement important, pour les fins du présent pourvoi, de souligner que les juges majoritaires ont également fondé leur décision d'écarter la preuve obtenue par poly-

and on an assessment of the unacceptable cost, in relation to the fairness and efficiency of the trial process, of admitting polygraph evidence (see *Mohan, supra*, at p. 21). In this regard, McIntyre J. for the majority wrote (at pp. 415-18):

Here, the sole issue upon which the polygraph evidence is adduced is the credibility of the accused, an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert evidence is required. It is a basic tenet of our legal system that judges and juries are capable of assessing credibility and reliability of evidence

[I]t is my view that the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. It will disrupt proceedings, cause delays, and lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists.

What would be served by the introduction of evidence of polygraph readings into the judicial process? To begin with, it must be remembered that however scientific it may be, its use in court depends on the human intervention of the operator. Whatever results are recorded by the polygraph instrument, their nature and significance reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility is therefore present as before, but now it may be said to be fortified with the mystique of science. Then, it may be asked, what does it do? It provides evidence on the issue of credibility of a witness. This has always been a collateral issue and one to be decided by the trier of fact.

graphe sur la règle de droit selon laquelle la crédibilité est, de façon générale, une question qu'il appartient uniquement au juge des faits de trancher (voir *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 248; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à la p. 23), et sur la question des coûts inacceptables, sur le plan de l'équité et de l'efficacité du procès, de l'admission de preuves obtenues par polygraphe (voir *Mohan*, précité, à la p. 21). À cet égard, le juge McIntyre, s'exprimant pour la majorité, a écrit ceci (aux pp. 415 à 418):

En l'espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l'expérience de juges et de jurys et à l'égard de laquelle aucune preuve d'expert n'est nécessaire. L'un des principes fondamentaux de notre système juridique porte que les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d'une preuve. . .

[J]'estime que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. De plus, elle perturbera les procédures, occasionnera des retards et créera de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent.

À quoi servirait-il d'introduire à titre de preuve dans le processus judiciaire des résultats de tests par détecteurs de mensonges? En premier lieu, il faut se rappeler que toute scientifique que puisse être cette preuve, son utilisation devant le tribunal dépend d'une intervention humaine, celle de l'expert en détecteurs de mensonges. Quels que soient les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, c'est par la bouche de l'expert que leur nature et leur sens sont communiqués au juge des faits. La faillibilité humaine est par conséquent toujours présente, mais on peut dire que maintenant elle est renforcée par la mystique de la science. On peut se demander alors à quoi cela sert-il? Il fournit une preuve sur la question de la crédibilité d'un témoin, ce qui n'a jamais été autre chose qu'une question incidente à trancher par le juge des faits.

139 The admission into evidence of a confession, given in circumstances where it is intimately linked to a "failed" polygraph test, as it was in this case, is wholly inconsistent with the holding of this Court in *Béland* and the principles and policy that inform it. Further, it is my opinion that it severely,

L'admission en preuve d'une confession, faite dans des circonstances où elle est intimement liée à un examen polygraphique «échoué», comme c'est le cas en l'espèce, est tout à fait incompatible avec la décision de notre Cour dans l'arrêt *Béland*, précité, et avec les principes et la règle qui la sous-

and unjustifiably, prejudices an accused's fair trial interests.

Where, as here, the accused's confession is intertwined with a "failed" polygraph test, he is presented with an impossible dilemma at trial. See *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312 (Que. C.A.), at p. 325; see also *R. v. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL) (Gen. Div.), at para. 26. On the one hand, if the accused wishes to repudiate his confession, as he is entitled to do, he must be able to inform the trier of fact of all of the circumstances in which the confession was made. See *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902, at p. 921; *L.E.W.*, *supra*, at para. 21; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at §§ 8.83-8.84. As indicated by the Court of Appeal, in the case at bar this would include: "all of the circumstances leading up to the taking of the test, the examination itself, the manner in which the failure of the test was conveyed, as well as the subsequent interrogation": *R. v. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), at para. 50. The trier of fact cannot otherwise properly appreciate whether the confession may be untrue and accept the accused's repudiation of his out-of-court statement. See *L.E.W.*, *supra*, at para. 26; see also Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 8.84 (quoting *R. v. Murray*, [1951] 1 K.B. 391, at p. 393); *R. v. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL) (Gen. Div.), at para. 28; *R. v. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL) (C.J.), at para. 26.

A confession has often been referred to as "the highest and most satisfactory proof of guilt": *Bigaouette v. The King* (1926), 46 C.C.C. 311 (Que. K.B.), at p. 320 (quoting *R. v. Lambe* (1791), 2 Leach 552, 168 E.R. 379); see also *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 14 and 17; *DeClercq*, *supra*, at p. 922; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, at p. 235; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, at pp. 1093-94; *R. v. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568, at p. 574; *R. v. Guidice*, [1964] W.A.R. 128 (Ct. Crim. App.), at p. 130; *Wigmore on Evidence*

tendent. En outre, je suis d'avis que cela porte une atteinte grave et injustifiée au droit de l'accusé à un procès équitable.

Dans le cas où, comme ici, la confession de l'accusé est associée à un «échec» à un examen polygraphique, l'accusé fait face à un dilemme impossible au procès. Voir *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954 (C.A. Qué.), à la p. 963; voir également *R. c. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL) (Div. gén.), au par. 26. D'une part, si l'accusé désire désavouer sa confession, comme il est en droit de le faire, il doit être en mesure d'informer le juge des faits de toutes les circonstances dans lesquelles la confession a été faite. Voir *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902, à la p. 921; *L.E.W.*, précité, au par. 21; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), aux §§ 8.83-8.84. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, cela signifierait, en l'espèce: [TRADUCTION] «toutes les circonstances qui ont mené à l'administration de l'examen, l'examen lui-même, la manière dont l'échec à l'examen a été communiqué, de même que l'interrogatoire qui a suivi»: *R. c. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), au par. 50. Autrement le juge des faits ne pourrait évaluer adéquatement la possibilité que la confession ne soit pas véridique et accepter le retrait par l'accusé de sa déclaration extrajudiciaire. Voir *L.E.W.*, précité, au par. 26; voir également Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 8.84 (où l'on cite *R. c. Murray*, [1951] 1 K.B. 391, à la p. 393); *R. c. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL) (Div. gén.), au par. 28; *R. c. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL) (C.J.), au par. 26.

On a souvent dit de la confession qu'elle est [TRADUCTION] «la preuve de culpabilité la plus forte et la plus convaincante»: *Bigaouette c. The King* (1926), 46 C.C.C. 311 (B.R. Qué.), à la p. 320 (citant *R. c. Lambe* (1791), 2 Leach 552, 168 E.R. 379); voir également *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, aux par. 14 et 17; *DeClercq*, précité, à la p. 922; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, à la p. 235; *R. c. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, aux pp. 1093 et 1094; *R. c. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568, à la p. 574; *R. c. Guidice*, [1964] W.A.R. 128

140

141

(Chadbourne rev. 1970), vol. 3, §§ 820b-820c, at pp. 301-6. As Wigmore explains, § 820b, at p. 303, this is because

[t]he confession of a crime is usually as much against a man's permanent interests as anything well can be; . . . no innocent man can be supposed ordinarily to be willing to risk life, liberty, or property by a false confession. Assuming the confession as an undoubted fact, it carries a persuasion which nothing else does, because a fundamental instinct of human nature teaches each one of us its significance.

Where, as here, the confession has been recorded, there can be little doubt that it was made. The only remaining issue for the jury is whether it is reliable as proof of guilt. It is because of its "conclusive effect with respect to guilt" that the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is applied to the question of voluntariness, whereas proof on a balance of probabilities is the relevant standard with respect to the admissibility of evidence generally. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 474; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 8.87. Given the overwhelming weight that jurors are likely to attribute to confessions, as a simple matter of human intuition, and, relatedly, given the skepticism and suspicion with which they will normally approach the proposition that a person may, absent torture, falsely confess to a serious crime, it must be open to the accused to exhaustively explain any inducements or "discrediting circumstances", Wigmore, *supra*, at § 820c, at p. 306, which may cast doubt on its truthfulness.

142

Where, as here, the confession and the polygraph are so intimately linked, the accused will unavoidably have to reveal having failed the polygraph if he wishes to cast doubt on the truthfulness of his confession. This, in my opinion, comes at too high a cost to the accused's fair trial interests. The accused is placed in a position where he cannot, as is his right, seek to repudiate his out-of-court confession without effectively being forced to adduce highly prejudicial evidence that the

(Ct. Crim. App.), à la p. 130; *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1970), vol. 3, §§ 820b-820c, aux pp. 301 à 306. Comme l'explique Wigmore, § 820b, à la p. 303, cela est dû au fait que

[TRADUCTION] [e]n règle générale, rien n'est davantage contraire aux intérêts permanents d'une personne que la confession d'un crime; [. . .] il est normalement impossible d'imaginer qu'une personne innocente puisse être disposée à risquer sa vie, sa liberté ou ses biens en faisant une fausse confession. À supposer que la confession soit un fait incontestable, elle emporte une force de persuasion qu'on ne trouve nulle part ailleurs, parce qu'un trait fondamental de la nature humaine nous enseigne sa signification.

Dans les cas où, comme en l'espèce, la confession a été enregistrée, il y a peu de doute qu'elle a été faite. La seule question que le jury doit alors trancher est de savoir si elle constitue une preuve fiable de culpabilité. C'est en raison de son «effet concluant relativement à la culpabilité» que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable du droit criminel est appliquée à la question du caractère volontaire, alors que la preuve par prépondérance des probabilités est la norme pertinente quant à l'admissibilité de la preuve en général. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 474; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 8.87. Vu le poids énorme que les jurés risquent d'accorder aux confessions, par simple intuition, et, au surplus, vu le scepticisme et la méfiance qu'ils manifesteront normalement envers l'idée qu'une personne puisse, en l'absence de torture, confesser faussement un crime grave, il doit être possible à l'accusé d'expliquer en détail les incitations ou [TRADUCTION] «circonstances suspectes» qui pourraient jeter un doute sur la véracité de sa confession, Wigmore, *op. cit.*, au § 820c, à la p. 306.

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'aveu et l'examen polygraphique sont aussi étroitement liés, l'accusé devra inévitablement révéler qu'il a échoué à l'examen s'il veut mettre en doute la véracité de sa confession. À mon avis, cela crée un trop grand risque pour le droit de l'accusé à un procès équitable. Ce dernier est placé dans une situation où il ne peut tenter, comme il en a pourtant le droit, de désavouer sa confession extrajudiciaire sans être contraint, dans les faits, de produire

Crown could not tender, and that will appear to bolster, rather than impeach, the reliability of his confession. See *R. v. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344 (N.S.S.C., App. Div.), at p. 353; cf. *R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at para. 70. It is difficult to imagine a more devastating, self-inflicted blow to the accused's credibility, led through useless, unreliable and therefore prejudicial evidence. The accused is, in effect, forced to incriminate himself by introducing an otherwise inadmissible piece of evidence that cannot help but strengthen what is often, as here, the sole evidence against him.

In *Béland, supra*, the majority relied, in part, on the danger that polygraph evidence will be misused and will distort the fact-finding process as a ground for barring it from the courtroom. See *Béland, supra*, at pp. 417-18; see also *Mohan, supra*, at p. 21. La Forest J. (concurring in the result) expressed this concern in terms of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science": *Béland, supra*, at p. 434. Like some similar fact evidence, polygraph evidence is likely to generate a perception of reality which wholly overreaches the mark.

While "[t]he possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions" as to the limited use to which the evidence can be put, *Mohan, supra*, at p. 24, I cannot accept that this is so where, as here, the "expert" evidence, though not admitted for that purpose, goes directly to the credibility of the accused and, purportedly as an admission of guilt, to the ultimate issue for the jury to decide. See *Thorne, supra*; cf. *McIntosh, supra*, at paras. 68-70. To paraphrase the majority in *Marquard, supra*, at p. 248, the questions of credibility and guilt or innocence are difficult ones and polygraph evidence, cloaked as it is in the mystique of science, may be all too readily accepted by

un élément de preuve hautement préjudiciable, que le ministère public ne pourrait lui-même introduire, et qui semblera renforcer plutôt que diminuer la fiabilité de sa confession. Voir *R. c. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 353; cf. *R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), au par. 70. Il est difficile d'imaginer une atteinte plus dévastatrice, que l'accusé portera lui-même à sa propre crédibilité en produisant un élément de preuve inutile, peu fiable et par conséquent préjudiciable. En effet, l'accusé est forcé de s'incriminer en introduisant un élément de preuve qui serait autrement inadmissible et qui ne peut manquer de renforcer ce qui, bien souvent, comme c'est le cas en l'espèce, est la seule preuve dont on dispose contre lui.

Dans l'arrêt *Béland*, précité, les juges de la majorité se sont fondés en partie sur le risque que la preuve obtenue par polygraphe soit utilisée à mauvais escient et fausse le processus d'enquête pour interdire l'utilisation de cette preuve devant les tribunaux. Voir *Béland*, précité, aux pp. 417 et 418; voir également *Mohan*, précité, à la p. 21. Dans *Béland*, précité, à la p. 434, le juge La Forest (souscrivant au résultat) a exprimé cette préoccupation comme le problème de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science». Tout comme certaines preuves de faits similaires, la preuve obtenue par polygraphe risque de créer une perception tout à fait exagérée de la réalité.

Bien que «[l]a possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détourne de ses tâches [puisse] souvent être contrecarrée par des directives appropriées» relativement à l'utilisation limitée qui peut être faite de la preuve, *Mohan*, précité, à la p. 24, je ne peux accepter que ce soit le cas lorsque, comme en l'espèce, la preuve d'«expert» — quoiqu'elle n'ait pas été admise à cette fin — se rapporte directement à la crédibilité de l'accusé, ainsi que, se voulant un aveu de culpabilité, à la question fondamentale que le jury doit trancher. Voir *Thorne*, précité; cf. *McIntosh*, précité, aux par. 68 à 70. Pour paraphraser les juges majoritaires dans l'arrêt *Marquard*, précité, à la p. 248, la question de la crédibilité et celle de la

143

144

a frustrated or uncertain jury, in abdication of its duty to determine credibility and render a true verdict, as a convenient basis upon which to resolve its difficulties.

145 On the other hand, the alternative open to the accused, namely to deny the veracity of his confession without the benefit of informing the trier of fact of all the circumstances in which it was made, is equally problematic. In this case, for instance, no amount of editing could realistically remove the constant references, during the six-hour interrogation, to the respondent's failed polygraph test. Moreover, there would be no basis upon which to understand why he would have confessed falsely without the polygraph test as the trigger.

146 I see the "failed" polygraph test as distinct from other inadmissible evidence and from other highly incriminating evidence, such as DNA. If an accused confesses after having been confronted with incriminating DNA evidence, there is no unfairness in the accused having to relate the circumstances under which the confession was made, including having to refer to the DNA evidence itself. Unlike evidence of a "failed" polygraph test, DNA evidence is not as such inadmissible in a criminal trial. See *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), aff'd [1999] 3 S.C.R. 866. In the DNA scenario the accused will merely be referring to evidence that may well be fully before the trier of fact in any event. In such a case, he lends little, if any, additional credibility or weight to his confession. In contrast, where an accused is forced to adduce "failed" polygraph evidence, he is effectively introducing a piece of evidence which will serve to bolster and confirm the probative value and credibility of his confession. I do not have to decide on the legality of deliberately using inadmissible evidence to secure a confession in all cases. Suffice it to say, for present purposes, that a "failed" polygraph test is likely to

culpabilité ou de l'innocence sont complexes et la preuve obtenue par polygraphe, entourée comme elle l'est de la mystique de la science, pourrait être acceptée beaucoup trop facilement par un jury frustré ou incertain comme un moyen pratique de résoudre ses difficultés, tout en abdiquant sa responsabilité de statuer sur la crédibilité et de rendre un verdict juste.

En revanche, l'autre solution qui s'offre à l'accusé, c'est-à-dire nier la véracité de sa confession sans informer le juge des faits de toutes les circonstances dans lesquelles elle a été faite, pose tout autant problème. En l'espèce, par exemple, il serait irréaliste de penser pouvoir supprimer les références constantes qui ont été faites, au cours des six heures qu'a duré l'interrogatoire, à l'échec de l'intimé à l'examen polygraphique. En outre, rien ne permettrait de comprendre ce qui aurait pu mener l'intimé à faire une fausse confession en l'absence de l'élément déclencheur qu'a constitué l'examen polygraphique.

Je considère que l'«échec» à l'examen polygraphique se distingue des autres éléments de preuve inadmissibles et des autres éléments de preuve hautement compromettants, telle la preuve génétique (ADN). Si un accusé fait une confession après avoir été confronté à une preuve génétique qui l'incrimine, il n'est pas injuste que l'accusé ait à relater les circonstances dans lesquelles la confession a été faite, y compris en se référant à la preuve génétique elle-même. Contrairement à la preuve relative à l'«échec» à l'examen polygraphique, la preuve génétique n'est pas inadmissible comme telle dans un procès criminel. Voir *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), conf. par [1999] 3 R.C.S. 866. Dans le cas de la preuve génétique, l'accusé ne fera que se référer à une preuve qui peut fort bien être devant le juge des faits de toute façon. Ainsi, l'accusé n'ajoute que peu, sinon pas du tout, de crédibilité ou de poids additionnels à sa confession. Par contre, lorsque l'accusé se voit forcé de présenter la preuve relative à l'«échec» à l'examen polygraphique, il introduit en fait un élément de preuve qui contribuera à renforcer et à confirmer la valeur probante et la crédibilité de sa confession. Je n'ai pas à sta-

be perceived as simply a confession by another name. Given the unparalleled weight attributed to confessions, I believe that the prejudicial effect that flows from an accused's reference to his "failed" polygraph test is overwhelming.

In my view, therefore, confessions should be excluded where the accused, because of the intimate causal and temporal connection between a "failed polygraph" and a subsequent confession, is unable to demonstrate fully the impact of the circumstances surrounding its making without inevitably introducing the polygraph evidence (e.g., the fact of the test, the fact that the accused "failed" the test, the representations made to him, etc.). In this light, I agree that if the police [TRANSLATION] "are to persist in having recourse to this investigation technique, . . . the administration of the [polygraph] test [must] be kept completely separate from the questioning process that may result in the obtaining of a confession": *Amyot, supra*, at p. 325, *per* Proulx J.A.; see also *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191 (S.C., App. Div.), at pp. 212-13.

In the case at bar, the respondent's statements were inextricably linked to his "failure" of the polygraph test. Crown counsel made this clear on the *voir dire*. He stated (A.R. at p. 60):

... the result is obviously no evidence of anything. It is no evidence of the truthfulness or lack of truthfulness of anything Mr. Oickle said clearly but it is, it is part of the scenario. It was because of the perceived result of the polygraph test that other things happened. It will be absolutely impossible for Your Honour to, to examine all of the communication between Mr. Oickle and the police without hearing, practically all of this is audio taped and video taped. It would be impossible for Your Honour to hear it without hearing over and over and

tuer sur la légalité générale de l'utilisation délibérée d'éléments de preuve inadmissibles en vue d'obtenir une confession. Il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, qu'un examen polygraphique «échoué» risque d'être perçu tout simplement comme une confession sous un autre nom. Vu le poids exceptionnel qui est attribué aux confessions, je suis d'avis que l'effet préjudiciable de la mention par un accusé de son «échec» à l'examen polygraphique est énorme.

Par conséquent, j'estime qu'une confession devrait être écartée dans les cas où l'accusé n'est pas en mesure de démontrer pleinement, en raison de la proximité dans le temps et du lien de causalité étroit qui existent entre l'«examen polygraphique échoué» et la confession subséquente, l'incidence des circonstances entourant la confession sans introduire inévitablement la preuve obtenue par polygraphe (par exemple l'existence de l'examen lui-même, le fait que l'accusé ait «échoué» à l'examen et les déclarations qu'on lui a faites). Dans ce contexte, je suis d'accord que si la police «persiste à recourir à cette technique d'enquête, [...] l'administration du test [polygraphique] [d]oit [être] complètement séparée de la procédure d'interrogatoire qui peut mener à l'obtention d'aveux»: *Amyot*, précité, à la p. 963, le juge Proulx; voir *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191 (C.S., Div. app.), aux pp. 212 et 213.

Dans le présent pourvoi, les déclarations de l'intimé étaient inextricablement liées à son «échec» à l'examen polygraphique. Le substitut du procureur général l'a clairement indiqué au cours du voir dire, lorsqu'il a déclaré ce qui suit (D.A., à la p. 60):

[TRANSLATION] Il est évident que le résultat ne prouve rien. Il ne prouve pas la véracité ou de l'absence de véracité de ce que M. Oickle a dit, clairement, mais ça fait partie du contexte. C'est en raison de l'impression créée par le résultat de l'examen polygraphique que d'autres choses se sont passées. Il sera absolument impossible pour votre Honneur d'examiner tous les échanges entre M. Oickle et les policiers sans entendre, pratiquement toute la conversation est enregistrée sur bandes audio et vidéo. Il vous sera impossible votre

147

148

over again references to the polygraph results. [Bold and underlining added.]

Honneur de l'écouter sans entendre les références incessantes aux résultats de l'examen polygraphique. [Soulignement et caractères gras ajoutés.]

149 The record clearly supports Crown counsel's position. The audio-tape recording of the interrogation leading up to the first confession is replete with references to the fact that respondent had not been truthful, that his heart had confessed his involvement and that his denials were futile. The "failed" test is therefore absolutely integral to a proper appreciation of the voluntariness, for *voir dire* purposes, or the veracity, for trial purposes, of the first confession. The same is true with respect to the second confession. Although there are only a limited number of references to the "failed" polygraph test after the first confession, it remained a critical element of the context and circumstances of the second confession. It powerfully enhanced the force and effect of the conventional inducements held out by the police by undermining the respondent's will.

Le dossier étaye clairement la thèse avancée par le substitut du procureur général. L'enregistrement audio de l'interrogatoire qui a mené à la première confession est truffé de mentions indiquant que l'intimé n'avait pas dit la vérité, que son cœur avait confessé sa participation et que ses démentis étaient vains. L'examen «échoué» est par conséquent crucial pour évaluer adéquatement soit le caractère volontaire de la première confession, dans le cadre du voir dire, soit la véracité de celle-ci, dans le cadre du procès. La même remarque vaut pour la seconde confession. Quoiqu'il n'y ait eu qu'un nombre restreint de mentions de l'«échec» à l'examen polygraphique après la première confession, ces mentions sont demeurées un élément crucial du contexte et des circonstances entourant la seconde confession. En minant la volonté de l'intimé, elles ont considérablement augmenté la force et l'effet des incitations usuelles auxquelles ont eu recours les policiers.

VI. Conclusion and Disposition

VI. Conclusion et dispositif

150 In my opinion, the respondent's statements should be excluded on a dual basis: first, the statements were obtained as a result of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. At the very least, the trial judge had to have a reasonable doubt about the application of the classic voluntariness rule. Second, I would also find the statements inadmissible on the basis that the manner in which they were obtained by the police places the respondent in the unfair position of having to lead prejudicial, unreliable and inadmissible evidence against himself in order to impeach the veracity of the statements obtained.

À mon avis, les déclarations de l'intimé devraient être écartées pour deux motifs. Premièrement, elles ont été obtenues par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par des personnes en situation d'autorité. Le juge du procès aurait à tout le moins dû avoir un doute raisonnable quant à l'application de la règle classique du caractère volontaire. Deuxièmement, j'écarterais également les déclarations pour le motif que la manière dont elles ont été obtenues par les policiers place l'intimé dans une situation injuste, savoir qu'il doit produire un élément de preuve préjudiciable, peu fiable et inadmissible pour mettre en doute la véracité des déclarations obtenues.

151 Having found that the respondent's statements were involuntary and must be excluded, I agree with the Court of Appeal that "[t]he re-enactment was a continuation of the earlier statements"

Ayant conclu que les déclarations de l'intimé sont involontaires et qu'elles doivent être écartées, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que [TRADUCTION] «[I]a reconstitution était la conti-

(para. 154) and was, therefore, also improperly admitted by MacDonald Prov. Ct. J.

For these reasons I would dismiss the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all counts.

Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Legal Aid, Sydney.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

nuité des déclarations antérieures» (par. 154) et qu'elle a donc elle aussi été admise à tort par le juge MacDonald de la Cour provinciale.

Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'inscrirais un acquittement à l'égard de chaque chef d'accusation.

Pourvoi accueilli, le juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intimé: La Nova Scotia Legal Aid, Sydney.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Marty Lorraine Morrisey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORRISEY

Neutral citation: 2000 SCC 39.

File No.: 26703.

1999: December 9; 2000: September 29.

Present: Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

Criminal law — Sentencing — Minimum sentences — Cruel and unusual punishment — Pre-trial custody — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Whether pre-trial custody should be taken into account — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

The accused was drinking with his friend T and T's father at an isolated camp in the woods, where the accused also began taking prescription drugs. The accused and T successfully cut off a length of a rifle

Marty Lorraine Morrisey *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORRISEY

Référence neutre: 2000 CSC 39.

N° du greffe: 26703.

1999: 9 décembre; 2000: 29 septembre.

Présents: Les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales — Peine cruelle et inusitée — Période passée sous garde avant le procès — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — La période passée sous garde avant le procès devrait-elle être prise en compte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

L'accusé prenait un verre en compagnie de son ami T et du père de ce dernier dans une cabane isolée dans les bois, où l'accusé a également commencé à prendre des médicaments délivrés sur ordonnance. L'accusé et T ont

barrel. While T remained at the camp, the accused drove T's father home. Upon returning to the camp, the accused found T lying in the top bunk in the cabin. While holding the rifle, which he knew to be loaded, he jumped up to the lower bunk in order to shake T — either to awaken him, or to get his attention. The accused lost his footing, and fell. The gun discharged, and the bullet struck T in the head, killing him instantly. The gun was not susceptible to shock discharge. There was no evidence that the accused intended to aim the gun at T. The accused pleaded guilty to criminal negligence causing death, contrary to s. 220(a) of the *Criminal Code*, and unlawfully pointing a firearm contrary to s. 86(1). He had spent five months in pre-trial custody. The trial judge found that the four-year minimum sentence provided for in s. 220(a) violated s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and sentenced the accused to two years' imprisonment for the criminal negligence charge (taking into account pre-trial custody) plus one year for the s. 86(1) charge. The trial judge was directed by the Court of Appeal to rehear the matter, as the Attorney General of Canada had not been given notice of the constitutional challenge. Having heard additional arguments, he maintained his original ruling. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, and imposed a four-year sentence for the criminal negligence charge, without any credit for pre-trial custody.

Held: The appeal should be dismissed in all respects except one. The accused's sentence should be adjusted to take pre-trial custody into account.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Parliament has created criminal liability under s. 219 of the *Criminal Code* for people whose conduct evinces a wanton or reckless disregard for the lives or safety of other people. To be convicted of an offence under s. 220, that wanton or reckless disregard must have caused the death of another person. To receive a four-year minimum sentence, a firearm must have been used in the commission of this offence. Any behaviour that is "reasonable" cannot be "wanton". Parliament has thus set a very high threshold that must be

réussi à tronquer le canon d'une carabine. T était resté à la cabane pendant que l'accusé ramenait le père de T chez lui. À son retour, l'accusé a trouvé T étendu sur la couchette supérieure dans la cabane. Tenant la carabine qu'il savait chargée, l'accusé a bondi sur la couchette inférieure pour tenter de secouer T — soit pour le réveiller, soit pour attirer son attention. L'accusé a perdu pied en sautant et il est tombé. Le coup est parti et la balle s'est logée dans la tête de T, le tuant instantanément. L'arme n'était pas susceptible de se décharger en cas d'impact. Il n'y avait aucun élément de preuve indiquant que l'accusé avait l'intention de braquer son arme en direction de T. L'accusé a plaidé coupable à l'infraction d'avoir causé la mort par négligence criminelle, prévue à l'al. 220a) du *Code criminel*, et à celle d'avoir braqué une arme à feu sans excuse légitime, prévue au par. 86(1). L'accusé a passé cinq mois sous garde avant son procès. Le juge du procès a estimé que la peine minimale de quatre ans prévue à l'al. 220a) portait atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a condamné l'accusé à deux ans d'emprisonnement relativement au chef de négligence criminelle (en tenant compte de la période passée sous garde avant le procès) et à une peine d'un an relativement au chef prévu au par. 86(1). La Cour d'appel a ordonné au juge du procès d'entendre à nouveau l'affaire, étant donné que le procureur général du Canada n'avait pas été avisé de la contestation constitutionnelle. Après avoir entendu des observations additionnelles, le juge du procès a confirmé sa décision initiale. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a infligé à l'accusé une peine d'emprisonnement de quatre ans relativement au chef de négligence criminelle, sans accorder de réduction de peine pour tenir compte de la période passée sous garde avant le procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté sur tous les points, à l'exception d'un seul. La peine infligée à l'accusé est révisée pour tenir compte de la période passée sous garde avant le procès.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Le législateur a précisé, à l'art. 219 du *Code criminel*, qu'engagent leur responsabilité criminelle les personnes dont la conduite témoigne d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Pour que l'accusé soit déclaré coupable de l'infraction prévue à l'art. 220, son insouciance déréglée ou téméraire doit avoir causé la mort d'autrui. Il faut qu'il y ait eu usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction pour que la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans soit infligée. Une conduite

met in order to attract criminal liability under s. 220(a) of the *Code*.

Section 12 of the *Charter* provides a broad protection to Canadians against punishment which is so excessive as to outrage our society's sense of decency. The court must be satisfied that the punishment imposed is grossly disproportionate for the offender, such that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable. In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from him or her. As well, a court is to consider the actual effect of the punishment on the individual, the penological goals and sentencing principles upon which the sentence is fashioned, the existence of valid alternatives to the punishment imposed, and a comparison of punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction. These contextual factors must be first evaluated in light of the particular circumstances of the offender before the court. If the sentence is grossly disproportionate for the individual offender, the court then proceeds to analyse whether the infringement of s. 12 can be justified under s. 1 of the *Charter*. If it is not disproportionate for the individual offender, then the court is still to consider the constitutionality of the sentence with reasonable hypotheticals.

Both the courts below agreed, and the defence has conceded, that a four-year minimum sentence would not be cruel and unusual punishment for this offender. An analysis of the gravity of the offence requires an understanding of both the character of the offender's actions, and the consequences of those actions. That the accused's actions in this case had particularly grave consequences for the victim is not challenged. With respect to the character of the actions, to attract criminal liability under s. 220(a) one must demonstrate wanton and reckless disregard for life and safety. When both aspects of the gravity of the offence factor are considered, it is clear that s. 220(a) involves those who have committed a particularly grave offence. While there are mitigating factors, these do not offset the aggravating factors in this case, nor do they displace the gravity of the offence. With respect to the actual effect of the punishment on

«raisonnable» ne peut être «dérégulée». Le législateur a donc fixé à un niveau très élevé le seuil qui doit être franchi pour qu'une personne soit déclarée criminellement responsable sous le régime de l'al. 220a) du *Code*.

L'article 12 de la *Charte* accorde aux Canadiens et aux Canadiennes une grande protection contre l'infliction de peines qui sont excessives au point d'être incompatibles avec la dignité humaine. Le tribunal doit être convaincu que la peine qui a été infligée est exagérément disproportionnée pour ce qui est du délinquant concerné, au point où les Canadiens et Canadiennes considéreraient cette peine odieuse ou intolérable. En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, le tribunal doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Il doit également tenir compte de l'effet réel de la peine sur l'individu, des objectifs pénologiques et des principes de détermination de la peine sur lesquels repose la sentence, de l'existence de solutions de rechange valables à la peine infligée et de la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort. Ces facteurs contextuels doivent d'abord être évalués à la lumière des circonstances particulières du délinquant devant le tribunal. Si la peine est exagérément disproportionnée à l'égard de ce délinquant, le tribunal se demande ensuite si la violation de l'art. 12 peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Si la peine n'est pas exagérément disproportionnée à l'égard du délinquant en cause, le tribunal est néanmoins tenu d'examiner la validité constitutionnelle de la peine au regard d'hypothèses raisonnables.

Les deux juridictions inférieures ont été d'avis qu'une peine minimale de quatre ans ne constituait pas une peine cruelle et inusitée dans le cas du délinquant en cause, ce qu'a d'ailleurs concédé la défense. Pour analyser la gravité de l'infraction, il faut bien comprendre à la fois la nature des actes du délinquant et leurs conséquences. Le fait que les actes de l'accusé ont eu en l'espace des conséquences particulièrement graves pour la victime n'est pas contesté. Quant à la nature des actes commis par le délinquant, pour qu'une personne soit déclarée criminellement responsable sous le régime de l'al. 220a), il faut établir qu'elle a fait preuve d'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Si l'on tient compte des deux aspects du facteur de la gravité de l'infraction, on constate clairement que l'al. 220a) vise les personnes qui ont commis des infractions particulièrement graves. Bien qu'il

the offender, although a four-year term in a federal penitentiary is unquestionably a serious sentence, there are no special punitive measures created to punish these offenders, and they would be eligible for parole after 16 months unless the trial judge directs otherwise. Moreover, pre-trial custody can be counted against a minimum sentence. While it may be ideal to craft a minimum sentencing regime for this crime that would simultaneously pursue all of the traditional sentencing principles, this is not necessary for s. 12 purposes. This legislation survives constitutional scrutiny even if the sentence pursues sentencing principles of general deterrence, denunciation and retributive justice more than the principles of rehabilitation and specific deterrence.

The proper approach to reasonable hypotheticals is to develop imaginable circumstances which could commonly arise with a degree of generality appropriate to the particular offence. In both of the hypotheticals that commonly arise from the reported cases, a four-year imprisonment would not be cruel and unusual punishment for such offenders.

The trial judge credited the accused with one year for the five months spent in pre-trial custody, taking into account the fact that he pleaded guilty at the outset. Since this one-year credit was not demonstrably unfit, the accused must serve the four-year minimum sentence, less the one-year credit for pre-trial custody.

Per McLachlin and Arbour JJ.: The four-year minimum sentence provided for in s. 220(a) of the *Criminal Code* is not so excessive or grossly disproportionate as to constitute cruel and unusual punishment for this offender in the particular circumstances of this case. Because the offence of criminal negligence causing death with a firearm is so fact-driven, however, it cannot be concluded that the four-year minimum sentence is not grossly disproportionate for “any” reasonable hypothetical offender. It is impossible to canvass, with the requisite richness of factual details, the many varied cir-

existe des circonstances atténuantes, celles-ci ne l'emportent pas sur les circonstances aggravantes en l'espèce et n'enlèvent rien à la gravité de l'infraction. Quant à la manière dont le délinquant sera personnellement touché par la peine qui lui est infligée dans les faits, quoiqu'une peine d'emprisonnement de quatre ans dans un pénitencier fédéral soit indubitablement une peine sévère, aucune sanction particulière n'a été créée à l'égard de ces délinquants et ceux-ci sont admissibles à une libération conditionnelle après 16 mois, sauf ordonnance contraire du juge du procès. En outre, la période passée sous garde avant le procès peut être prise en compte pour réduire la durée de la peine minimale imposée. L'idéal serait d'instaurer, à l'égard de ce crime, un régime de peine minimale qui vise à la fois tous les objectifs traditionnels de détermination de la peine, mais une telle mesure n'est pas nécessaire pour respecter l'art. 12. La disposition législative en cause résiste à la contestation de sa constitutionnalité, même si la peine infligée vise davantage les objectifs de dissuasion générale, de dénonciation et de châtiment que les objectifs de réinsertion sociale et de dissuasion spécifique.

La méthode appropriée pour l'examen des hypothèses raisonnables consiste plutôt à concevoir des circonstances imaginables, qui pourraient se présenter couramment, tout en maintenant un degré de généralité propre à l'infraction en cause. Dans l'un et l'autre des cas hypothétiques qui surviennent couramment et peuvent être dégagés des décisions publiées, une peine d'emprisonnement de quatre ans ne serait pas cruelle et inusitée pour les délinquants concernés.

Le juge du procès a réduit d'une année la peine infligée à l'accusé pour tenir compte des cinq mois passés sous garde avant le procès, prenant en considération le fait que ce dernier avait plaidé coupable dès le départ. Comme cette réduction d'une année n'est pas manifestement inappropriée, l'accusé doit purger la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans, réduite d'une année soustraite pour tenir compte de l'incarcération avant le procès.

Les juges McLachlin et Arbour: La peine minimale de quatre ans prévue à l'al. 220a) du *Code criminel* n'est pas excessive ou exagérément disproportionnée au point de constituer une peine cruelle et inusitée dans le cas du délinquant en cause, dans les circonstances particulières de la présente affaire. Comme l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu est essentiellement tributaire des faits de chaque affaire, on ne saurait conclure que la peine minimale de quatre ans n'est pas exagérément disproportionnée à l'égard de «quelque» cas hypothétique

cumstances in which a charge of manslaughter could arise, even when the factual scenarios are restricted to manslaughter by criminal negligence, and involving the use of a firearm. Furthermore, real cases, representing situations that have arisen, must be seen as reasonable hypotheticals for purposes of a s. 12 analysis, no matter how unusual they may appear.

To the extent possible, mandatory minimum sentences must be read consistently with the general principles of sentencing expressed, in particular, in ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*. By fixing a minimum sentence, particularly when the minimum is still just a fraction of the maximum penalty applicable to the offence, Parliament has not repudiated completely the principle of proportionality and the requirement, expressed in s. 718.2(b), that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances. The mandatory minimum sentences for firearms-related offences must therefore act as an inflationary floor, setting a new minimum punishment applicable to the so-called “best” offender whose conduct is caught by these provisions. The mandatory minimum must not become the standard sentence imposed on all but the very worst offender who has committed the offence in the very worst circumstances. The latter approach would not only defeat the intention of Parliament in enacting this particular legislation, but also offend against the general principles of sentencing designed to promote a just and fair sentencing regime and thereby advance the purposes of imposing criminal sanctions. The proper approach to the interpretation of the constitutional validity of mandatory minimum sentences, under the guidance of the jurisprudence of this Court, is to give effect to this inflationary scheme, except when the statutory impossibility of going below the minimum is offensive to s. 12 of the *Charter*, where the mandatory minimum requires the imposition of a sentence that would be not merely unfit, which is constitutionally permissible, but rather grossly

raisonnable que ce soit. Il est impossible d’imaginer, avec toute l’abondance de détails factuels requise, les nombreuses situations différentes susceptibles de donner lieu à une accusation d’homicide involontaire coupable, même en limitant les scénarios factuels aux homicides involontaires coupables résultant de la négligence criminelle et de l’usage d’une arme à feu. En outre, les cas réels traitant de situations qui sont effectivement survenues doivent être considérés comme des hypothèses raisonnables pour l’analyse fondée sur l’art. 12, même si leur caractère est inusité.

Dans la mesure du possible, les peines minimales obligatoires doivent être interprétées conformément aux principes généraux de détermination de la peine énoncés, en particulier, aux art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel*. En établissant une peine minimale, particulièrement lorsque celle-ci ne représente qu’une fraction de la peine maximale applicable à l’infraction, le législateur n’a pas complètement écarté le principe de la proportionnalité, ni l’obligation, énoncée à l’al. 718.2b), d’infliger des peines semblables à des délinquants semblables pour des infractions semblables dans des circonstances semblables. Les peines minimales obligatoires prescrites pour les infractions liées aux armes à feu doivent servir de plancher haussant les peines généralement imposées et fixant ainsi une nouvelle sanction minimale applicable au délinquant dit «le moins répréhensible» dont la conduite est visée par ces dispositions. Le minimum obligatoire ne doit pas devenir la peine usuelle infligée à tous les délinquants, à la seule exception du délinquant de la pire espèce qui commet l’infraction dans les circonstances les plus odieuses. Cette approche aurait non seulement pour effet de contrecarrer l’intention qu’avait le législateur en édictant ces mesures législatives particulières, mais contreviendrait en outre aux principes généraux de détermination de la peine qui visent à instaurer un régime juste et équitable de détermination de la peine et ainsi contribuer à la réalisation des objectifs visés par l’infliction de sanctions criminelles. Conformément aux indications données par la jurisprudence de notre Cour, l’approche qu’il convient d’adopter pour déterminer la validité constitutionnelle des peines minimales obligatoires consiste à donner effet à l’intention du législateur d’augmenter les peines généralement imposées, sauf lorsque l’impossibilité faite par la loi d’infliger des peines inférieures au minimum prescrit porte atteinte au droit garanti par l’art. 12 de la *Charte*, dans les cas où le respect de la sanction minimale obligatoire entraînerait l’infliction d’une peine qui serait non seulement inappropriée — ce qui est autorisé par la Constitution — mais qui serait de

disproportionate to what the appropriate punishment should be.

There will unavoidably be a case in which a four-year minimum sentence for this offence will be grossly disproportionate. Since the inflationary effect of the mandatory floor is likely to increase all penalties for this offence, there will arguably be fewer such cases for which four years will be grossly disproportionate and therefore unconstitutional. Nonetheless, in light of the variety of conduct captured by this prohibition, it is likely that there will continue to be some. In general terms, gross disproportionality is likely to manifest itself in the context of spousal abuse, for example. Another type of situation in which the four-year mandatory minimum sentence under s. 220(a) could be found to violate s. 12 involves police officers or security guards who are required to carry firearms as a condition of their employment and who, in the course of their duty, negligently kill someone with their firearm. While the law will of course hold such persons to a high standard of care in the use and handling of their firearms, it is nonetheless conceivable that circumstances could arise in which a four-year penitentiary term could constitute cruel and unusual punishment. The constitutionality of s. 220(a) should therefore be upheld generally, although it should not be applied in a future case if the minimum penalty is found to be grossly disproportionate for that future offender.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; **referred to:** *R. v. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459; *R. v. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. v. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. v. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; *R. v. Yun Ying Lee* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; *R. v. Davis*, [1985] B.C.J. No. 1732 (QL); *R. v. Morehouse* (1982), 38 N.B.R. (2d) 367; *R. v. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77; *R. v. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262; *R. v. Stewart*, [1993] O.J. No. 954 (QL); *R. v. Olav D* (1986), 1 W.C.B. (2d) 42; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Felawka*, [1993] 4

surcroît exagérément disproportionnée par rapport à la sanction qui serait appropriée.

Il surviendra inévitablement des cas où un emprisonnement minimal de quatre ans pour cette infraction sera une peine exagérément disproportionnée. Étant donné que l'effet à la hausse du plancher obligatoire augmentera vraisemblablement toutes les peines infligées à l'égard de cette infraction, il est possible d'affirmer qu'il surviendra moins de cas où l'infliction d'une peine de quatre ans sera exagérément disproportionnée et, de ce fait, inconstitutionnelle. Néanmoins, compte tenu de la diversité des comportements visés par l'interdiction, il continuera vraisemblablement de s'en présenter. En termes généraux, un contexte dans lequel des peines exagérément disproportionnées risquent d'être infligées est, par exemple, celui de la violence conjugale. Un autre type de situation où on pourrait conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 220a) contrevient à l'art. 12 est le cas des policiers ou des gardiens de sécurité qui doivent porter des armes à feu dans le cadre de leur emploi et qui, dans l'exercice de leurs fonctions, causent négligemment la mort d'autrui avec leur arme. Il va de soi que ces personnes sont tenues par la loi à une norme de prudence élevée dans l'usage et la manipulation de leurs armes à feu; cependant, il est néanmoins possible d'imaginer que, dans certaines circonstances, un emprisonnement de quatre ans pourrait constituer une peine cruelle et inusitée. La constitutionnalité de l'al. 220a) est par conséquent confirmée de façon générale, mais son application devrait être écartée dans une affaire ultérieure si la peine minimale était jugée exagérément disproportionnée à l'égard de ce futur délinquant.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts appliqués: *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; **arrêts mentionnés:** *R. c. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459; *R. c. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. c. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. c. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; *R. c. Yun Ying Lee* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; *R. c. Davis*, [1985] B.C.J. No. 1732 (QL); *R. c. Morehouse* (1982), 38 N.B.R. (2d) 367; *R. c. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77; *R. c. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262; *R. c. Stewart*, [1993] O.J. No. 954 (QL); *R. c. Olav D* (1986), 1 W.C.B. (2d) 42; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Felawka*,

S.C.R. 199; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390.

By Arbour J.

Referred to: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Collins*, [1999] O.J. No. 2437 (QL); *R. v. Gregor* (1953), 31 M.P.R. 99; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, rev'g (1998), 125 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451; *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Roberts* (1998), 199 N.B.R. (2d) 387; *R. v. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL); *R. v. Bill* (1997), 13 C.R. (5th) 103 and (1998), 13 C.R. (5th) 125, rev'd on other grounds (1999), 123 B.C.A.C. 159; *R. v. Scozzafava*, [1997] O.J. No. 5804 (QL); *R. v. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77; *R. v. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262; *R. v. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459; *R. v. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; *R. v. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. v. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. v. Yun Ying Lee* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. v. Ball*, [1993] O.J. No. 3207 (QL); *R. v. Ferguson*, [1997] O.J. No. 2488 (QL); *R. v. D.E.C.*, [1995] B.C.J. No. 1074 (QL); *R. v. Chivers*, [1988] N.W.T.R. 134; *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390; *R. v. Deane*, [1997] O.J. No. 3578 (QL); *R. v. Saulnier* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 232.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 119(1)(c)(i), 120(1), 121(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 203.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1995, c. 22; am. 1995, c. 39], ss. 86, 219, 220(a), 222(1), (4), (5), 234, 236(a), 239(a), 244, 272(2)(a), 273(2)(a), 279(1.1)(a), 279.1(2)(a), 344(a), 346(1.1)(a), Part XXIII, 718, 718.1, 718.2(b), (e), 743.6.
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39.

Authors Cited

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, October 19, 1995.
 Hung, Kwing. *Firearm Statistics*. Ottawa: Research and Statistics Division, Department of Justice, 1999.

[1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390.

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés: *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Collins*, [1999] O.J. No. 2437 (QL); *R. c. Gregor* (1953), 31 M.P.R. 99; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, inf. (1998), 125 C.C.C. (3d) 43; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451; *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. c. Roberts* (1998), 199 R.N.-B. (2^e) 387; *R. c. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL); *R. c. Bill* (1997), 13 C.R. (5th) 103 et (1998), 13 C.R. (5th) 125, inf. pour d'autres motifs (1999), 123 B.C.A.C. 159; *R. c. Scozzafava*, [1997] O.J. No. 5804 (QL); *R. c. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77; *R. c. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262; *R. c. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459; *R. c. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; *R. c. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. c. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. c. Yun Ying Lee* (1981), 6 W.C.B. 344; *R. c. Ball*, [1993] O.J. No. 3207 (QL); *R. c. Ferguson*, [1997] O.J. No. 2488 (QL); *R. c. D.E.C.*, [1995] B.C.J. No. 1074 (QL); *R. c. Chivers*, [1988] N.W.T.R. 134; *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390; *R. c. Deane*, [1997] O.J. No. 3578 (QL); *R. c. Saulnier* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 232.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1995, ch. 22; mod. 1995, ch. 39], art. 86, 219, 220(a), 222(1), (4), (5), 234, 236(a), 239(a), 244, 272(2)(a), 273(2)(a), 279(1.1)(a), 279.1(2)(a), 344(a), 346(1.1)(a), partie XXIII, 718, 718.1, 718.2(b), e), 743.6.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 203.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 119(1)(c)(i), 120(1), 121(1).
Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39.

Doctrine citée

Canada. Sénat. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 60, 19 octobre 1995.
 Hung, Kwing. *Statistiques sur les armes à feu*. Ottawa: Section de la recherche et de la statistique, ministère de la Justice, 1999.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1998), 167 N.S.R. (2d) 43, 502 A.P.R. 43, 124 C.C.C. (3d) 38, 14 C.R. (5th) 365, 53 C.R.R. (2d) 39, [1998] N.S.J. No. 116 (QL), allowing the Crown's appeal from the decision of Scanlan J. (1997), 161 N.S.R. (2d) 91, 477 A.P.R. 91, [1997] N.S.J. No. 356 (QL), striking down s. 220(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed except with respect to one aspect of the Court of Appeal's order.

Malcolm S. Jeffcock, for the appellant.

Denise C. Smith and Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the respondent.

Graham R. Garton, Q.C., and *Theodore K. Tax*, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Finley, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Geoffrey R. Gaul, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

Is a four-year minimum sentence of imprisonment cruel and unusual punishment for the offence of criminal negligence causing death with a fire-arm? As I set out in these reasons, it is my view that this punishment does not constitute cruel and unusual punishment. The offence of criminal negligence causing death requires proof of wanton and reckless disregard for the lives and safety of other people — a high threshold to pass. This offence does not punish accidents. Nor does it punish the merely unfortunate. It punishes those who use fire-arms in a manner that represents a marked departure from the standard of care employed by a rea-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1998), 167 N.S.R. (2d) 43, 502 A.P.R. 43, 124 C.C.C. (3d) 38, 14 C.R. (5th) 365, 53 C.R.R. (2d) 39, [1998] N.S.J. No. 116 (QL), qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre la décision du juge Scanlan (1997), 161 N.S.R. (2d) 91, 477 A.P.R. 91, [1997] N.S.J. No. 356 (QL), qui a invalidé l'al. 220a) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, sauf pour un aspect de l'ordonnance de la Cour d'appel.

Malcolm S. Jeffcock, pour l'appellant.

Denise C. Smith et Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'intimée.

Graham R. Garton, c.r., et *Theodore K. Tax*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David Finley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Geoffrey R. Gaul, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Un emprisonnement minimal de quatre ans est-il une peine cruelle et inusitée relativement à l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu? Pour les motifs que je vais exposer, je suis d'avis que non. L'infraction de négligence criminelle causant la mort requiert la preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui — un seuil élevé à franchir. Cette infraction ne vise pas la répression des accidents, ni des simples malchances. Elle punit ceux qui font usage d'une arme à feu d'une manière qui témoigne d'un écart marqué par rapport à la norme de prudence

sonable person, resulting in death. It is no trivial matter, and Parliament has treated it accordingly.

qu'observerait une personne raisonnable, et qui cause ainsi la mort d'autrui. Il ne s'agit pas de situations anodines et le législateur l'a traitée en conséquence.

2 Considering all of the factors set out in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, a four-year minimum sentence does not constitute a grossly disproportionate sentence, either for this individual offender, or for any reasonable hypothetical offender. Accordingly, I am of the opinion that the minimum sentence does not infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the appeal is dismissed on this ground. However, the Court of Appeal failed to take into account the appellant's pre-trial custody, and pursuant to this Court's decision in *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, the appellant's sentence should be adjusted to take pre-trial custody into account. This aspect of the trial judge's decision is restored. As a result, I would dismiss the appeal in all respects except for this one aspect of the order.

Eu égard à tous les facteurs énoncés dans les arrêts *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, un emprisonnement minimal de quatre ans ne constitue pas une peine exagérément disproportionnée, ni pour le délinquant en cause, ni pour quelque cas hypothétique raisonnable. Par conséquent, je suis d'avis que la peine minimale visée en l'espèce ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, pour ce motif, le présent pourvoi est rejeté. Cependant, la Cour d'appel a omis de tenir compte de la période d'incarcération de l'appelant jusqu'à son procès et, conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, la peine infligée à l'appelant devrait être révisée pour tenir compte de cette période. Cet aspect de la décision du juge du procès est rétabli. En conséquence, je rejeterais le pourvoi à tous égards, hormis cet aspect de l'ordonnance.

II. Facts

II. Les faits

3 The relevant facts of this appeal are not in dispute. The appellant is a woodsman and a labourer who lived with his mother in Belmont, Nova Scotia, near Truro. At the time of the offence, he was 35 years old. He had no prior criminal record. He had a drinking problem from the age of 14 until his early 30s. He stopped drinking when he entered a relationship with the victim's sister, Anita Teed. When they broke up, the appellant started drinking again.

Les faits pertinents du présent pourvoi ne sont pas contestés. L'appelant est un ouvrier forestier et travailleur manuel qui habitait avec sa mère à Belmont, en Nouvelle-Écosse, près de Truro. Au moment de l'infraction, il était âgé de 35 ans et n'avait aucun antécédent judiciaire. De l'âge de 14 ans jusqu'au début de la trentaine, il a souffert d'un problème de consommation d'alcool. Il a cessé de boire lorsqu'il a commencé à fréquenter Anita Teed, la sœur de la victime. Lorsque leur liaison a pris fin, l'appelant a recommencé à boire.

4 One such occasion was on May 14, 1996. On that day, the appellant was drinking with his friend, Adrian Teed, and Mr. Teed's father, Karl Staples, at the house of Mr. Teed's mother, Essie. The three men left the house together and travelled to the Teeds' isolated camp in the woods. There, the three continued to drink, and the appellant began taking prescription drugs, including Valium. While Mr. Staples was inside the cabin, the appel-

Une telle occasion de boire est survenue le 14 mai 1996. Ce jour-là, l'appelant prenait un verre en compagnie de son ami Adrian Teed et du père de ce dernier, Karl Staples, dans la demeure d'Essie, la mère de M. Teed. Les trois hommes ont quitté la demeure en même temps et se sont rendus au camp des Teed, qui se trouve dans un endroit isolé dans les bois. Là, les trois hommes ont continué à boire et l'appelant a commencé à prendre des médica-

lant and Mr. Teed successfully cut off a length of a rifle barrel. The appellant told Mr. Teed that the gun was to be used to commit a robbery, but alleges that, in fact, he had intended to kill himself with the weapon. The appellant testified that he wanted to commit suicide as a result of severe depression from a recent breakup with Mr. Teed's sister, Anita. The trial judge accepted that, at the time, the appellant was quite distraught. It was also accepted that he was very intoxicated.

While Mr. Teed remained at the camp, the appellant drove Mr. Staples home. Upon returning to the camp, the appellant found Mr. Teed lying in the top bunk in the cabin. While holding the rifle which he knew to be loaded, the appellant jumped up to the lower bunk in order to shake Mr. Teed — either to awaken him, or to get his attention. As might be expected in this state of intoxication, the appellant lost his footing while he jumped, and he fell. The gun discharged, and the bullet struck Mr. Teed in the head, killing him instantly. The gun was not susceptible to shock discharge. There was no evidence that the appellant intended to aim the gun at the victim.

The appellant dragged Mr. Teed's body out of the cabin to a point in the woods approximately five kilometres away from the cabin, and covered it with a blanket. The appellant then drove to Essie Teed's house. He pointed the gun at Mr. Teed's mother, telling her to be quiet and to sit down. He told her he had already killed one person that night. Mrs. Teed calmed the appellant down, and took the rifle from him. The appellant stated that he wanted to kill himself. In order to calm the appellant down further, Mrs. Teed took the accused to see the victim's sister, Anita Teed.

After this meeting, Essie Teed returned the rifle to the appellant, and told him to not bring it around anymore. The appellant disposed of the rifle in a river. The following day, he allegedly attempted to commit suicide by setting the cabin on fire while

ments délivrés sur ordonnance, notamment du Valium. Pendant que M. Staples était à l'intérieur de la cabane, l'appelant et M. Teed ont réussi à tronquer le canon d'une carabine. L'appelant a déclaré à M. Teed que cette arme allait servir à commettre un vol, mais il prétend maintenant que, dans les faits, il avait plutôt l'intention de l'utiliser pour se suicider. L'appelant a témoigné qu'il voulait se suicider en raison de la grave dépression qu'il vivait par suite de sa rupture avec Anita, la sœur de M. Teed. Le juge du procès a accepté la thèse suivant laquelle l'appelant était très troublé à l'époque et qu'il était dans un état d'ébriété avancé.

Monsieur Teed est resté au camp pendant que l'appelant a ramené M. Staples chez lui. À son retour au camp, l'appelant a trouvé M. Teed étendu sur la couchette supérieure dans la cabane. Tenant la carabine qu'il savait chargée, l'appelant a bondi sur la couchette inférieure pour tenter de secouer M. Teed — soit pour le réveiller, soit pour attirer son attention. Comme cela était prévisible, vu son état d'ébriété, l'appelant a perdu pied en sautant et il est tombé. Le coup est parti et la balle s'est logée dans la tête de M. Teed, le tuant instantanément. L'arme n'était pas susceptible de se décharger en cas d'impact. Il n'y avait aucun élément de preuve indiquant que l'appelant avait l'intention de braquer son arme en direction de la victime.

L'appelant a traîné le corps de M. Teed hors de la cabane, jusqu'à un endroit dans le bois situé à environ cinq kilomètres de la cabane, pour ensuite le recouvrir d'une couverture. Il s'est ensuite rendu en auto chez Essie Teed. Il a pointé l'arme en direction de la mère de M. Teed en lui ordonnant de se taire et de s'asseoir. Il lui a dit qu'il avait déjà tué une personne ce soir-là. Madame Teed a réussi à calmer l'appelant, puis elle lui a enlevé la carabine. L'appelant a dit qu'il voulait s'enlever la vie. Pour le calmer davantage, M^{me} Teed a amené l'appelant voir Anita Teed, la sœur de la victime.

Après cette rencontre, Essie Teed a remis la carabine à l'appelant et lui a dit de ne plus revenir avec celle-ci désormais. L'appelant s'est débarrassé de la carabine en la jetant à la rivière. Le lendemain, il aurait tenté de se suicider en mettant le

5

6

7

remaining inside. Forty-five minutes later, he admitted himself into the psychiatric ward of a local hospital, where he confessed to killing Mr. Teed. The appellant has always been very remorseful. At trial, the appellant pleaded guilty to criminal negligence causing death, contrary to s. 220(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and unlawfully pointing a firearm, contrary to s. 86 of the *Code*.

feu à la cabane tout en demeurant à l'intérieur de celle-ci. Quarante-cinq minutes plus tard, il s'est présenté à l'aile psychiatrique d'un hôpital local, où il a avoué avoir tué M. Teed. L'appelant a toujours démontré beaucoup de remords. Au procès, il a plaidé coupable à l'infraction d'avoir causé la mort par négligence criminelle prévue à l'al. 220a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et à celle d'avoir braqué une arme à feu sans excuse légitime prévue à l'art. 86 du *Code*.

8

Both Anita Teed and Essie Teed feared for their safety after the incident, and this formed the basis of the probation officer's pre-sentencing report recommendation that community supervision would be inappropriate. The appellant spent five months in pre-trial custody. At his sentencing, the appellant challenged the constitutional validity of the minimum sentence imposed pursuant to s. 220(a) of the *Criminal Code*. The trial judge found that the provision violated s. 12 of the *Charter*, and sentenced the appellant to two years' imprisonment for the criminal negligence charge (taking into account pre-trial custody), and one year consecutive for the unlawful pointing of a firearm charge. The Crown appealed. The Court of Appeal allowed the appeal, and imposed a four-year sentence on the appellant, without any credit for pre-trial custody.

Anita Teed et Essie Teed ont toutes deux craint pour leur sécurité après cet événement. C'est d'ailleurs sur cet élément que reposait la recommandation qu'a formulée l'agent de probation dans son rapport présentiel et suivant laquelle la surveillance communautaire ne serait pas une mesure appropriée. L'appelant a été incarcéré pendant cinq mois avant son procès. Lors du prononcé de sa peine, l'appelant a contesté la validité constitutionnelle de la peine minimale d'emprisonnement infligée en application de l'al. 220a) du *Code criminel*. Le juge du procès a estimé que cette disposition portait atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte* et il a condamné l'appelant à deux ans d'emprisonnement relativement au chef d'accusation de négligence criminelle (en tenant compte de la période de détention avant le procès) et à une peine d'emprisonnement d'un an, à purger consécutivement, relativement à l'accusation d'avoir braqué une arme à feu sans excuse légitime. Le ministère public a porté la décision en appel. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a infligé à l'appelant une peine d'emprisonnement de quatre ans, sans accorder aucune réduction pour tenir compte de la période de détention avant le procès.

III. Judgments Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 154 N.S.R. (2d) 278

III. Les jugements

A. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 154 N.S.R. (2d) 278

9

Scanlan J. struck down s. 220(a) of the *Criminal Code* as being contrary to s. 12 of the *Charter*. Scanlan J. reviewed the test for s. 12 set out in *Smith, supra*, and *Goltz, supra*. He found that a four-year minimum sentence would not constitute cruel and unusual punishment for Mr. Morrisey in

Le juge Scanlan a invalidé l'al. 220a) du *Code criminel*, estimant que cette disposition allait à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*. Il a examiné le critère applicable à l'égard de l'art. 12 énoncé dans les arrêts *Smith* et *Goltz*, précités. Il a décidé qu'une peine minimale d'emprisonnement

particular. However, he thought that it would constitute cruel and unusual punishment in other reported cases of criminal negligence causing death with a firearm: *R. v. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459 (Prov. Ct.) (where the accused was charged with pointing a firearm); *R. v. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344 (Ont. Co. Ct.); *R. v. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. v. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; and *R. v. Yun Yin Lee*, Ont. Prov. Ct., June 8, 1981 (summarized at 6 W.C.B. 344).

Scanlan J. focussed on the lack of intent necessary to be convicted of criminal negligence causing death to find that the minimum sentence of four years was grossly disproportionate. He thought that there was no need for retribution in such cases. Further, specific deterrence would be impossible given the absence of intent. Although there was a legitimate objective to the legislation, which was to force people to take care while using firearms, Scanlan J. thought that the minimum sentence overreached that objective. Having found the minimum sentence to infringe s. 12 of the *Charter*, Scanlan J. then considered whether the infringement could be justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. He held that it could not. As such, he struck down the provision.

Scanlan J. was of the view that a three-year sentence would be appropriate and, having reduced it by one year to credit the five months served in pre-trial detention, he imposed a sentence of imprisonment of two years for the offence of criminal negligence causing death. He imposed an additional one-year sentence, to be served consecutively, for unlawfully pointing a firearm.

de quatre ans ne serait pas une peine cruelle et inusitée dans le cas de M. Morrisey. Il a cependant jugé qu'elle aurait constitué une peine cruelle et inusitée dans d'autres affaires de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu: *R. c. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459 (C. prov.) (accusé inculpé d'avoir braqué une arme en feu en direction d'autrui); *R. c. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344 (C. cté Ont.); *R. c. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157; *R. c. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36; et *R. c. Yun Yin Lee*, C. prov. Ont., 8 juin 1981 (affaire résumée à 6 W.C.B. 344.)

Le juge Scanlan a fondé sa conclusion que la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans prévue à l'égard de l'infraction de négligence criminelle causant la mort était exagérément disproportionnée sur le fait que la preuve de l'intention n'est pas requise pour qu'une personne soit déclarée coupable. Il a estimé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher le châtement dans de tels cas. De plus, il serait impossible de produire un effet de dissuasion spécifique vu l'absence d'intention de la part du délinquant. Malgré l'objectif légitime visé par la mesure législative, soit le fait de forcer les gens à faire preuve de prudence dans l'utilisation des armes à feu, le juge Scanlan a considéré que la peine minimale prévue dépassait les besoins de cet objectif. Ayant conclu que la peine minimale d'emprisonnement portait atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*, le juge Scanlan s'est ensuite demandé si cette atteinte pouvait être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a jugé que non et, en conséquence, il a déclaré la disposition contestée invalide.

De l'avis du juge Scanlan, une peine d'emprisonnement de trois ans était appropriée en l'espèce et, après avoir réduit cette peine d'une année pour tenir compte des cinq mois passés en détention par l'appelant avant le procès, le juge a condamné ce dernier à une peine de deux ans d'emprisonnement pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort. Il lui a en outre infligé une peine additionnelle d'un an, à purger consécutivement, pour avoir braqué sans excuse légitime une arme à feu sur autrui.

10

11

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 160 N.S.R. (2d) 13

12 Scanlan J. was directed by the Court of Appeal to rehear the matter, as the Attorney General of Canada had not been given notice of the constitutional challenge to s. 220(a) of the *Criminal Code*. Scanlan J., having heard additional arguments, maintained his original ruling: (1997), 161 N.S.R. (2d) 91.

C. *Nova Scotia Court of Appeal* (1998), 167 N.S.R. (2d) 43

13 Bateman J.A. allowed the appeal. She agreed with Scanlan J. that the four-year minimum sentence would not be grossly disproportionate for Mr. Morrisey. However, she was not prepared to find the minimum sentence to be grossly disproportionate for the hypotheticals reviewed by Scanlan J. In particular, some of the cases reviewed by Scanlan J. did not represent reasonable hypotheticals, either because the facts reported would not sustain a conviction, or because the offenders were in different circumstances (such as being a young offender).

14 The only hypotheticals that Bateman J.A. thought were reasonable were *Bell, supra*, and *Saswirsky, supra*. However, Bateman J.A. thought that a four-year minimum sentence would not be grossly disproportionate for these offenders, as they exemplified the type of conduct that the legislation was specifically designed to prevent. Bateman J.A. held that s. 220(a) does not convict those involved in “tragic accidents” or who exercise “terrible judgment” *per se*, but rather, requires a wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons that result in death. As such, it was impossible to conceive of a “trivial offender” such as the notional single marijuana cigarette importer in *Smith, supra*. As a result, Bateman J.A. set aside the judgment of Scanlan J., and sentenced the appellant to the minimum

B. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 160 N.S.R. (2d) 13

La Cour d'appel a ordonné au juge Scanlan d'entendre à nouveau l'affaire, étant donné que le procureur général du Canada n'avait pas été avisé que la constitutionnalité de l'al. 220a) du *Code criminel* était contestée. Après avoir entendu des plaidoiries additionnelles, le juge Scanlan a confirmé sa décision initiale: (1997), 161 N.S.R. (2d) 91.

C. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1998), 167 N.S.R. (2d) 43

Madame le juge Bateman de la Cour d'appel a accueilli l'appel, souscrivant à l'opinion du juge Scanlan que la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans ne constituait pas une peine exagérément disproportionnée dans le cas de M. Morrisey. Elle n'était cependant pas prête à accepter que la peine minimale serait exagérément disproportionnée à l'égard des hypothèses examinées par le juge Scanlan. Certains de ces cas, en particulier, ne représentaient pas des hypothèses raisonnables, soit parce que les faits rapportés n'appuieraient pas une déclaration de culpabilité, soit parce que les délinquants étaient dans une situation différente (par exemple un jeune contrevenant).

Les seules hypothèses raisonnables, de l'avis du juge Bateman, étaient les affaires *Bell* et *Saswirsky*, précitées. Toutefois, le juge Bateman a estimé qu'un emprisonnement minimal de quatre ans ne serait pas une peine exagérément disproportionnée dans le cas de ces délinquants, puisque leurs gestes illustraient le type de conduite que la loi visait précisément à empêcher. Madame le juge Bateman a conclu que l'al. 220a) ne vise pas les personnes qui ont été impliquées dans de [TRADUCTION] «tragiques accidents» ou ont fait preuve d'un «jugement lamentable», mais exige plutôt la preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, causant ainsi la mort. Il était donc impossible de rattacher à cette exigence la notion de [TRADUCTION] «délinquant léger», tel l'importateur fictif d'un seul et unique joint de marijuana dans *Smith*, précité. En conséquence, Madame le juge Bateman a annulé la décision du juge Scanlan et a condamné l'appellant

penalty of four years' imprisonment. She did not deduct any time for pre-trial custody.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

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

219. (1) Every one is criminally negligent who

- (a) in doing anything, or
- (b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

220. Every person who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and liable

- (a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and
- (b) in any other case, to imprisonment for life.

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

- (a) by means of an unlawful act;
- (b) by criminal negligence;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

V. Issues

On January 26, 1999, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

- (1) Does s. 220(a) of the *Criminal Code* infringe the right in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* not to be subjected to any cruel and un-

à une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans. Elle n'a accordé aucune réduction de peine pour tenir compte de la période d'incarcération avant le procès.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

219. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque:

- a) soit en faisant quelque chose;
- b) soit en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

220. Quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel passible:

- a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;
- b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain:

- a) soit au moyen d'un acte illégal;
- b) soit par négligence criminelle;

Charte canadienne des droits et libertés

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

V. Les questions en litige

Le 26 janvier 1999, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

- (1) L'alinéa 220a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités reconnu à l'art. 12 de la

sual treatment or punishment in that it establishes a minimum sentence of four years' imprisonment for the offence of criminal negligence causing death when a firearm is used in the commission of that offence?

- (2) If the answer to the first question is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VI. Analysis

A. *Criminal Negligence Causing Death*

17 The courts below noted the lack of reported cases of criminal negligence causing death in circumstances where the accused used a firearm. Indeed, there are few reported cases of someone who has been found by a judge or jury to be guilty of s. 220 who used a firearm. This may be partly attributable to manslaughter charges being laid in cases where criminal negligence might be involved as occurred at the outset in the present case. Almost all that exists are cases where the accused pleaded guilty to the offence, and the facts have been entered by way of an agreed statement of facts. Consequently, it might be useful to review the standard required for a conviction under s. 220(a).

18 Generally speaking, Parliament prescribes penalties in the *Criminal Code* to punish individuals who not only commit a wrongful act, but who also commit that wrongful act intentionally. However, even in the absence of any intent to bring about a given result, Parliament has also created criminal liability under s. 219 for people whose conduct evinces a wanton or reckless disregard for the lives or safety of other people. To be convicted of an offence under s. 220, that wanton or reckless disregard must have caused the death of another person. To receive a four-year minimum sentence, a fire-

Charte canadienne des droits et libertés du fait qu'il prévoit une peine d'emprisonnement minimale de quatre ans pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort, s'il y a eu usage d'une arme à feu lors de la perpétration de cette infraction?

- (2) Si la réponse à la première question est affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. L'analyse

A. *La négligence criminelle causant la mort*

Les jugements dont appel ont souligné l'absence de décisions portant sur des accusations de négligence criminelle causant la mort dans des circonstances où l'accusé a fait usage d'une arme à feu. En effet, on trouve peu de décisions où une personne a été déclarée coupable par un juge ou un jury de l'infraction prévue à l'art. 220 et comportant l'usage d'une arme à feu. Cela est peut-être en partie dû au fait que ce sont des accusations d'homicide involontaire coupable qui sont portées dans les cas où la négligence criminelle pourrait être en cause, comme ce fut le cas au début de la présente affaire. Pratiquement tous les cas où cela s'est produit sont des affaires où l'accusé a plaidé coupable à l'infraction reprochée et où les faits ont été présentés par voie d'exposé conjoint. Par conséquent, il pourrait être utile d'examiner la norme requise pour obtenir une déclaration de culpabilité à l'infraction prévue à l'al. 220a).

En règle générale, les sanctions établies par le législateur dans le *Code criminel* visent à punir les personnes qui ont non seulement commis un acte fautif, mais qui l'ont commis intentionnellement. Toutefois, même en l'absence de toute intention de produire des conséquences données, le législateur a précisé, à l'art. 219, qu'engagent leur responsabilité criminelle les personnes dont la conduite témoigne d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Pour que l'accusé soit déclaré coupable de l'infraction prévue à l'art. 220, son insouciance déréglée ou

arm must have been used in the commission of this offence.

The standard that must be met for a conviction under s. 220(a) is therefore higher than a negligence standard in the civil context. To be convicted under this provision, one must have acted in a manner that represents a marked departure from the norm: *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, at p. 270. Where the risk of harm is very great, as is the case in criminal negligence in the use of firearms causing death cases, it is often easy to conclude that the accused must have foreseen the consequences: *Anderson*, at p. 270. Nonetheless, in all cases, the Crown must prove more than the simple fact that a gun discharged, causing death. Section 220(a) is not an absolute liability offence. It requires proof of conduct which is such a marked departure from the behaviour of a reasonably prudent person as to show a wanton or reckless disregard for the life or safety of others.

A simple review of some of the facts of the criminal negligence cases where the accused pleaded guilty reveals the type of conduct caught by this provision. In reviewing these cases, I am not suggesting that these represent the standard that must be met in order to sustain a conviction; rather, they are simply indicative of context. In *Bell, supra*, the accused had inserted a spent casing of a bullet into his gun and pulled the trigger while pointing it at one of his friends. By accident, a live round had become mixed into the spent rounds and the gun discharged, killing his friend. On a sentence appeal, the Court of Appeal noted the moral blameworthiness of "play acting with a deadly weapon" (p. 37). Even more seriously, in *Saswirsky, supra*, a police officer played a form of Russian roulette with his girlfriend, knowing a

téméraire doit avoir causé la mort d'autrui. Il faut qu'il y ait eu usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction pour que la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans soit infligée.

La norme à respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité à l'infraction prévue à l'al. 220a) est donc plus élevée que celle applicable en matière de négligence au civil. Pour être condamné sous le régime de cette disposition, l'accusé doit avoir eu une conduite constituant une dérogation marquée par rapport à la norme: *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, à la p. 270. Lorsque le risque de préjudice est très grand, comme c'est le cas dans les affaires de négligence criminelle causant la mort où il y a eu usage d'une arme à feu, il est souvent facile de conclure que l'accusé doit avoir prévu les conséquences: *Anderson*, à la p. 270. Il n'en demeure pas moins que, dans tous les cas, le ministère public doit prouver davantage que le simple fait qu'une arme a été déchargée, causant la mort. L'alinéa 220a) ne crée pas une infraction de responsabilité absolue. Il exige la preuve d'une conduite constituant une dérogation à ce point marquée par rapport à la conduite d'une personne raisonnablement prudente qu'elle témoigne d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

Un bref examen de certains faits tirés des affaires de négligence criminelle dans lesquelles l'accusé a plaidé coupable révèle le type de conduite visée par cette disposition. Par l'examen de ces affaires, je ne suggère aucunement qu'elles sont représentatives de la norme qui doit être respectée afin d'étayer une déclaration de culpabilité; elles sont plutôt simplement indicatives du contexte. Dans l'affaire *Bell*, précitée, l'accusé avait inséré une cartouche vide dans son arme et avait appuyé sur la détente en pointant l'arme vers l'un de ses amis. Une cartouche chargée s'était accidentellement mêlée aux cartouches vides et le coup est parti, tuant ainsi son ami. Statuant sur l'appel de la peine, la Cour d'appel a souligné la culpabilité morale rattachée au fait de [TRADUCTION] «jouer la comédie avec une arme meurtrière» (p. 37). Exemple encore plus grave, dans l'affaire *Saswirsky*, précitée, un policier s'adonnait à une

19

20

live shell was in the gun, but mistakenly thinking the bullet was not in the firing chamber.

forme de roulette russe en compagnie de sa petite amie, tout en sachant que l'arme contenait une cartouche chargée mais pensant à tort qu'elle ne se trouvait pas dans la chambre de mise à feu.

21

In *J.C., supra*, a young offender pointed a gun at his friend's head and pulled the trigger four times, knowing that there was a single bullet in the gun. After the fourth pull, he opened the gun, smacked the top of the barrel, heard something hit the ground. He thought it was the bullet in the gun falling out. He put the gun to his friend's head and pulled the trigger again. There was a bullet in the firing chamber and he killed his friend. *J.C.* thought he checked the gun, but in fact he was not careful enough. In another case, a drunk man shot his drunk friend who had himself asked to be shot at, to see if it would scare him (*R. v. Davis*, [1985] B.C.J. No. 1732 (QL) (C.A.)). Another drunk man did not remember loading his gun and, to scare his friend, pointed the gun at him and said "bang" as he pulled the trigger and shot him in the face; he killed him (*R. v. Morehouse* (1982), 38 N.B.R. (2d) 367 (C.A.)). The irresponsibility of these people in endangering the lives of their friends and loved ones is startling and deserving of criminal liability.

Dans *J.C.*, précité, un jeune contrevenant a braqué un revolver sur la tête de son ami puis pressé à quatre reprises sur la détente, sachant qu'il n'y avait qu'une seule cartouche dans l'arme. Après avoir appuyé pour la quatrième fois sur la détente, il a ouvert l'arme, frappé sur le dessus du barillet et entendu quelque chose tomber sur le sol. Il a pensé qu'il s'agissait de la cartouche. Il a visé à la tête de son ami puis pressé à nouveau sur la détente. Il y avait une cartouche dans la chambre de mise à feu et il a tué son ami. *J.C.* pensait avoir vérifié l'arme, mais, dans les faits, il n'avait pas été assez prudent. Dans une autre affaire, un homme en état d'ébriété a abattu un ami, lui aussi ivre, qui lui avait demandé de tirer sur lui, pour voir si cela lui ferait peur (*R. c. Davis*, [1985] B.C.J. No. 1732 (QL) (C.A.)). Dans une autre affaire, un homme ivre ne s'est pas souvenu qu'il avait chargé son arme et, pour faire peur à son ami, il lui a braqué l'arme au visage et fait «bang» au moment même où il appuyait sur la détente, faisant feu au visage de son ami et le tuant (*R. c. Morehouse* (1982), 38 N.B.R. (2d) 367 (C.A.)). Ces personnes ont manifesté une irresponsabilité ahurissante en mettant ainsi en danger la vie d'amis et de personnes qui leur étaient chères et ils méritent que leur responsabilité criminelle soit engagée.

22

The criminal negligence provision also catches the reckless behaviour of hunters. In *R. v. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77 (Sask. C.A.), the accused shot at a Department of National Resources Bombardier in which the victim was a passenger. The accused testified he thought it was a "hump", and fired his high-powered rifle, killing the other hunter, without knowing what he was firing at. As such, the jury found him guilty under s. 191, the predecessor to s. 220. So too, in *R. v. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262 (B.C.C.A.), the accused shot at a 14-foot

La disposition relative à la négligence criminelle s'applique également au comportement téméraire des chasseurs. Dans l'affaire *R. c. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77 (C.A. Sask.), l'accusé a tiré sur une autoneige Bombardier du ministère des Ressources nationales dans laquelle prenait place la victime. L'accusé a témoigné qu'il pensait avoir vu une [TRADUCTION] «bosse» et qu'il avait fait feu avec sa puissante carabine sans savoir ce sur quoi il tirait, tuant ainsi l'autre chasseur. Par conséquent, le jury n'a pas hésité à le déclarer coupable de l'infraction prévue à l'art. 191, devenu plus tard l'art. 220. De même, dans l'affaire *R. c. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262 (C.A.C.-B.), l'accusé a tiré

aluminum boat, thinking it to be a moose. It carried three people, one of whom was killed.

In *R. v. Stewart*, [1993] O.J. No. 954 (QL) (Prov. Div.), the trial judge gave examples of criminal negligence in the context of hunting. These included “firing across a road or from a vehicle; . . . firing at shadows during false dawn; . . . firing at the rustle or movement of a branch”. Simply stated, shooting without adequately determining the nature of the target is a marked departure from the behaviour of a prudent hunter. When this behaviour causes the death of an individual, criminal liability attaches under s. 220(a).

Any behaviour that is “reasonable” cannot be “wanton”. A person handling a gun in a reasonable way with a reasonable belief that a gun is not loaded or cannot go off, or whose gun malfunctions, or who has an ordinary accident with a gun, like dropping it and setting it off, cannot be said to be wanton and reckless. *Anderson, supra*, in which a man who drove through a red light while intoxicated was acquitted on a charge of criminal negligence causing death, does not preclude the Court from holding that an accident in handling firearms that involves illegal drugs or alcohol is due to objectively wanton and reckless behaviour.

The case of *R. v. Olav D* (1986), 1 W.C.B. (2d) 42 (Ont. U.F.C.), illustrates a situation where death by gunfire did not amount to criminal negligence. The accused young offender had a reasonable belief that the gun was unloaded. Detailed jurisprudence has also developed around hunting in which judges have exonerated people who had a reasonable belief that the person they shot was prey and not a person. That a hunter was camouflaged in the colours of a moose made this belief reasonable in *Stewart, supra*, for example. There the hunter took

sur une embarcation en aluminium de 14 pieds, pensant qu’il s’agissait d’un orignal. Une des trois personnes se trouvant dans l’embarcation a été tuée.

Dans l’affaire *R. c. Stewart*, [1993] O.J. No. 954 (QL) (Div. prov.), le juge du procès a donné des exemples de négligence criminelle dans le contexte de la chasse, notamment le fait de [TRADUCTION] «tirer en travers d’une route ou à partir d’un véhicule; [. . .] tirer sur des ombres à l’aurore; [. . .] tirer au son du bruissement ou mouvement d’une branche». Essentiellement, le fait de tirer sans avoir au préalable déterminé adéquatement la nature de la cible constitue une dérogation marquée par rapport à la conduite d’un chasseur prudent. Lorsqu’une personne agit ainsi et cause la mort d’autrui, elle engage sa responsabilité criminelle sous le régime de l’al. 220a).

Une conduite «raisonnable» ne peut être «déréglée». On ne peut dire d’une personne qu’elle a fait preuve d’une insouciance déréglée ou téméraire si elle a manipulé une arme de manière raisonnable, croisant raisonnablement que celle-ci n’était pas chargée ou que le coup ne pouvait partir, si l’arme fonctionnait mal ou si elle a eu un accident ordinaire avec l’arme, par exemple si elle l’échappe et que le coup part. L’arrêt *Anderson*, précité, dans lequel un homme en état d’ébriété ayant brûlé un feu rouge a été acquitté d’une accusation de négligence criminelle causant la mort, n’a pas pour effet d’empêcher la Cour de juger qu’un accident survenu par suite de la manipulation d’une arme à feu et où il y a eu consommation d’alcool ou de drogues illicites est dû à une insouciance déréglée et téméraire objective.

L’affaire *R. c. Olav D* (1986), 1 W.C.B. (2d) 42 (C.U.F. Ont.) est un exemple de cas où un décès causé par suite de l’usage d’une arme à feu ne constituait pas de la négligence criminelle. Le jeune contrevenant accusé croisait raisonnablement que l’arme n’était pas chargée. En outre, il s’est établi une jurisprudence détaillée en matière de chasse, formée de décisions dans lesquelles les juges ont exonéré des personnes qui croyaient raisonnablement qu’elles tiraient sur un animal et non sur un être humain. Le fait qu’un chasseur portait

23

24

25

precautions and made a reasonable mistake. There are reasonable and unreasonable hunting accidents, just as there are reasonable and unreasonable accidents that occur with firearms in other contexts. All of these accidents are tragic, but not all of them attract criminal liability.

B. *Cruel and Unusual Punishment*

26 Section 12 of the *Charter* provides a broad protection to Canadians against punishment which is so excessive as to outrage our society's sense of decency: *Smith, supra*, at p. 1072; *Goltz, supra*, at p. 499; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 724. The court's inquiry is focussed not only on the purpose of the punishment, but also on its effect on the individual offender. Where a punishment is merely disproportionate, no remedy can be found under s. 12. Rather, the court must be satisfied that the punishment imposed is grossly disproportionate for the offender, such that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable. As I said in *Goltz*, at p. 501, "the test is not one which is quick to invalidate sentences crafted by legislators."

27 In order to properly consider a s. 12 challenge to a punishment, the court must examine all of the relevant contextual factors. No single factor set out in *Smith* or *Goltz* is paramount: see *Goltz*, at pp. 501-2. In *Smith*, at p. 1073, Lamer J., as he then was, set out some of the relevant factors as follows:

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular

du camouflage aux couleurs d'un orignal a permis d'établir une telle croyance raisonnable dans l'affaire *Stewart*, précitée, par exemple. Dans cette affaire, le chasseur avait pris ses précautions et commis une erreur raisonnable. La chasse donne lieu à des accidents raisonnables et déraisonnables, tout comme l'usage d'armes à feu peut donner lieu à des accidents raisonnables et déraisonnables dans d'autres contextes. Chacun de ces accidents est tragique, mais ils ne sont pas tous sources de responsabilité criminelle.

B. *Les peines cruelles et inusitées*

L'article 12 de la *Charte* accorde aux Canadiens et aux Canadiennes une grande protection contre l'infliction de peines qui sont excessives au point d'être incompatibles avec la dignité humaine: *Smith*, précité, à la p. 1072; *Goltz*, précité, à la p. 499; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, à la p. 724. L'examen du tribunal s'attache non seulement à l'objectif visé par la peine, mais également à l'effet de celle-ci sur le délinquant en cause. Lorsque la peine est simplement disproportionnée, aucune réparation ne peut être accordée en vertu de l'art. 12. Le tribunal doit plutôt être convaincu que la peine qui a été infligée est exagérément disproportionnée en ce qui concerne ce délinquant, au point où les Canadiens et Canadiennes considéreraient cette peine odieuse ou intolérable. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Goltz*, à la p. 501, «le critère en question ne permet pas l'invalidation inconsidérée de peines établies par le législateur».

Afin d'analyser adéquatement la contestation d'une peine sur le fondement de l'art. 12, le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs contextuels pertinents. Aucun des facteurs énoncés dans *Smith* ou dans *Goltz* n'a un caractère prépondérant: voir *Goltz*, aux pp. 501 et 502. Dans l'arrêt *Smith*, à la p. 1073, le juge Lamer, plus tard Juge en chef du Canada, a décrit ainsi certains des facteurs pertinents:

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dis-

offender or to protect the public from this particular offender.

In *Goltz*, at p. 500, I also noted that certain other factors were necessary for a full contextual understanding of the sentencing provision. In particular, a court is to consider: the actual effect of the punishment on the individual, the penological goals and sentencing principles upon which the sentence is fashioned, the existence of valid alternatives to the punishment imposed, and a comparison of punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction. None of these factors will be “in themselves decisive to a determination of gross disproportionality” (p. 500).

These contextual factors must be first evaluated in light of the particular circumstances of the offender before the court. If the sentence is grossly disproportionate for the individual offender, the court then proceeds to analyse whether the infringement of s. 12 can be justified under s. 1 of the *Charter*. If it is not disproportionate for the individual offender, then the court is still to consider the constitutionality of the sentence with reasonable hypotheticals. If the sentence would be grossly disproportionate in a reasonable hypothetical case, then the only refuge for the sentencing provision can be found under s. 1.

What constitutes a reasonable hypothetical? In *Goltz*, at p. 506, I said that reasonable hypotheticals could not be “far-fetched or marginally imaginable cases”. They cannot be “remote or extreme examples” (p. 515). The reasonableness of the hypothetical cannot be overstated, but this means that it must be reasonable in view of the crime in question. In *Smith*, the hypothetical used to invalidate the impugned punishment was a very realistic one. There, the legislation attached criminal liability to importers of illegal narcotics, irrespective of the quantity imported. The natural and probable consequence of the legislation would be to catch individuals who could only be described as “small

suader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier.

Dans l'arrêt *Goltz*, à la p. 500, j'ai également souligné que certains autres facteurs devaient être examinés pour bien saisir le contexte global de la disposition relative à la détermination de la peine: l'effet réel de la peine sur l'individu, les objectifs pénologiques et les principes de détermination de la peine sur lesquels repose la sentence, l'existence de solutions de rechange valables à la peine effectivement infligée et la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort. Ces divers facteurs ne sont pas «en soi déterminants pour décider s'il y a disproportion exagérée» (p. 500).

Ces facteurs contextuels doivent d'abord être évalués à la lumière des circonstances particulières du délinquant devant le tribunal. Si la peine est exagérément disproportionnée à l'égard de ce délinquant, le tribunal se demande ensuite si la violation de l'art. 12 peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Si la peine n'est pas exagérément disproportionnée à l'égard du délinquant en cause, le tribunal est néanmoins tenu d'examiner la validité constitutionnelle de la peine au regard d'hypothèses raisonnables. Si la peine se révèle exagérément disproportionnée dans le contexte d'un cas hypothétique raisonnable, l'article premier est alors le dernier moyen de justifier la disposition relative à la détermination de la peine.

En quoi consiste une hypothèse raisonnable? Dans l'arrêt *Goltz*, à la p. 506, j'ai indiqué que des circonstances hypothétiques raisonnables ne pouvaient être des «situations invraisemblables ou difficilement imaginables». Il ne doit pas s'agir d'«exemples extrêmes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce» (p. 515). L'on ne saurait trop insister sur le caractère raisonnable de l'hypothèse. Dans l'arrêt *Smith*, la circonstance hypothétique invoquée pour invalider la peine contestée était très réaliste. Dans cet arrêt, la mesure législative en cause établissait la responsabilité criminelle des importateurs de stupéfiants illicites, indépendamment de la quantité importée. La conséquence logique et probable de l'application de cette mesure était que tomberaient dans ses mailles des

28

29

30

offenders” (p. 1080), such as the individual importing a single “joint”.

31 In *Goltz*, I required examples that “could commonly arise in day-to-day life” (p. 516). This was appropriate for the offence of driving while prohibited under the B.C. *Motor Vehicle Act* because that Act touched upon everyday life. It must be recognized that criminal negligence homicides do not easily lend themselves to resorting to reasonable hypotheticals as guides to assessing punishment as cruel and unusual as they can be committed in an almost infinite variety of ways. Nevertheless, hypotheticals remain very useful in determining whether s. 12 is violated in this case.

32 In this case, the trial judge and the Court of Appeal preferred to rest their analysis on reported cases, rather than conjuring up imagined hypotheticals. I sympathize with the approach taken by the trial judge; it is unquestionable that there is an “air of unreality” about employing creative energy in crafting reasonable hypotheticals: *Smith, per McIntyre J.* (dissenting), at p. 1083; *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (B.C.C.A.), at p. 449. However, as the Court of Appeal discovered, there are also difficulties involved with using actual cases. The facts may not be reported accurately where an individual pleads guilty to the offence, and the facts are entered by way of agreed statement. Further, a reported case could be one of the “marginal” cases, not contemplated by the approach set out in *Goltz*.

33 Again, it is to be remembered that the courts are to consider only those hypotheticals that could reasonably arise. Homicide is far from a common occurrence in Canada. Criminal negligence causing death with a firearm is even less common. It is

personnes qu’on ne peut qualifier que de «petits contrevenants» (p. 1080), tels les individus n’ayant importé qu’un seul «joint».

Dans l’arrêt *Goltz*, j’ai précisé que les exemples devraient être des situations qui «pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne» (p. 516). Cette exigence était appropriée dans le cas de l’infraction reprochant à un individu d’avoir conduit pendant qu’il était sous le coup d’une interdiction prononcée en vertu de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, étant donné que cette loi visait une activité de la vie courante. Il faut reconnaître que les affaires d’homicides résultant de négligence criminelle ne se prêtent pas aisément à une détermination du caractère cruel et inusité de la peine au moyen d’hypothèses raisonnables, puisque cette infraction peut être commise d’un nombre presque infini de façons. De telles hypothèses demeurent néanmoins très utiles afin de déterminer s’il y a eu violation de l’art. 12 en l’espèce.

Dans le présent cas, le juge du procès et les juges de la Cour d’appel ont préféré fonder leur analyse sur des décisions existantes au lieu d’imaginer des hypothèses fictives. Je peux comprendre que le juge du procès ait retenu la première méthode; il est incontestable qu’il y a «quelque chose d’artificiel» à se creuser les méninges pour imaginer des hypothèses raisonnables: *Smith*, le juge McIntyre (dissentant), à la p. 1083; *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (C.A.C.-B.), à la p. 449. Cependant, comme la Cour d’appel a pu le constater, l’utilisation d’affaires réelles n’est pas non plus sans présenter certaines difficultés. Lorsqu’une personne plaide coupable à une infraction, il est possible que les faits ne soient pas rapportés de manière exacte, faits qui sont d’ailleurs consignés par voie d’exposé conjoint. De plus, une décision judiciaire pourrait également être un de ces cas «limites» qui ne sont pas visés par la méthode énoncée dans l’arrêt *Goltz*.

Une fois de plus, il convient de rappeler que les tribunaux ne doivent tenir compte que des hypothèses qui pourraient raisonnablement se concrétiser. L’homicide est loin d’être un crime fréquent au Canada. Les affaires de négligence criminelle

thus appropriate to develop hypotheticals from the case law by distilling their common elements. *Goltz* requires that hypotheticals be “common” rather than “extreme” or “far-fetched”. It is sufficient when dealing with a rare and uncommon crime that the hypotheticals be common examples of the crime rather than examples of common occurrences in day-to-day life. However, in constructing hypotheticals, courts can be guided by real life cases, but to the extent that these cases may not be exhaustively reported, they are not bound to limit the fashioning of hypotheticals to the cases that are made available to them. In fashioning hypotheticals for the purpose of a s. 12 analysis, reported cases can be used with caution as a starting point, and additional circumstances can be added to the scenario to construct an appropriate model against which to test the severity of the punishment.

C. Is Section 220(a) Cruel and Unusual Punishment for This Offender?

Both of the courts below agreed, and the appellant has conceded, that a four-year minimum sentence would not be cruel and unusual punishment for Mr. Morrisey. The trial judge stated that he would have imposed a three-year term of imprisonment if there had been no minimum sentence, and one additional year did not, in his mind, constitute cruel and unusual punishment. Although I agree, I prefer to arrive at that answer only by fully analysing the context, as this Court has set out in *Goltz* and *Smith*.

(1) Gravity of the Offence

As set out above, the first factor to consider is the gravity of the offence. An analysis of the gravity of the offence requires an understanding of both the character of the offender’s actions, and the con-

causant la mort où il y a eu usage d’une arme à feu sont encore moins fréquentes. Il convient donc, lorsqu’on élabore des hypothèses à partir de la jurisprudence, de dégager les éléments de ces diverses décisions. Suivant l’arrêt *Goltz*, les hypothèses doivent être fondées sur des situations «ordinaires» et non sur des cas «extrêmes» ou «invraisemblables». Lorsqu’il est question d’un crime rare et peu courant, il suffit que les hypothèses soient des exemples ordinaires de ce crime plutôt que des exemples de situations courantes de la vie quotidienne. Cependant, lorsqu’ils élaborent des hypothèses, les tribunaux peuvent s’inspirer d’affaires réelles, mais, dans la mesure où il est possible que ces décisions ne soient pas toutes publiées, ils ne sont pas tenus de restreindre leurs hypothèses à celles qui sont mises à leur disposition. Dans l’élaboration d’hypothèses dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 12, les tribunaux peuvent s’inspirer, avec prudence, des décisions publiées comme point de départ et intégrer des circonstances additionnelles à leur scénario afin de bâtir un modèle approprié, au regard duquel ils peuvent mesurer la sévérité de la peine.

C. La peine prévue à l’al. 220a) est-elle cruelle et inusitée dans le cas du délinquant en cause?

Les deux jugements visés par le pourvoi sont d’avis qu’une peine minimale d’emprisonnement de quatre ans ne constituait pas une peine cruelle et inusitée dans le cas de M. Morrisey, ce que ce dernier a lui-même admis. Le juge du procès a déclaré qu’il aurait condamné l’appelant à trois ans d’emprisonnement n’eût été l’existence de la peine minimale, et qu’une année additionnelle n’équivalait pas à son avis à une peine cruelle et inusitée. Bien que je sois d’accord avec ce point de vue, je préfère arriver au même résultat en faisant une analyse complète du contexte, conformément à la démarche énoncée par notre Cour dans les arrêts *Goltz* et *Smith*.

(1) La gravité de l’infraction

Comme je l’ai exposé, la gravité de l’infraction est le premier facteur à examiner. Pour analyser la gravité de l’infraction, il faut bien comprendre à la fois la nature des actes du délinquant et leurs con-

sequences of those actions: *Goltz*, at pp. 510-11. That the appellant's actions had particularly grave consequences for the victim is not challenged. Mr. Teed was killed because of the appellant's actions. There is no more serious consequence.

36

The other aspect of the gravity factor — the character of the offender's actions — caused more concern for the trial judge. Scanlan J. thought that an unintentional act constituted a far less grave offence than an intentional act: para. 23. As a general rule, this point cannot be seriously challenged. We attribute greater moral blameworthiness to those who knowingly break the law than those who do so unintentionally: see *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645. However, the analysis does not stop there. As I explained at paras. 17-24 above, Parliament has set a very high threshold that must be met in order to attract criminal liability under s. 220(a). One must demonstrate wanton and reckless disregard for life and safety. One cannot emphasize this point enough: this provision does not convict people who merely cause death unintentionally. In addition to causing death using a firearm, the Crown must establish that the accused acted in a manner that was a marked departure from the standard employed by a reasonable person. Their actions must be wanton or reckless, and deserving of criminal liability.

37

When both aspects of the gravity of the offence factor are considered, it is clear that s. 220(a) involves those who have committed a particularly grave offence. The actions attracting liability must exhibit wanton and reckless disregard for human life and safety. Where one acts in such a manner, using a firearm, and causes death, then one is guilty of a particularly serious crime. Tragic

séquences: *Goltz*, aux pp. 510 et 511. Le fait que les actes de l'appelant aient eu des conséquences particulièrement graves pour la victime n'est pas contesté. Monsieur Teed est mort à cause des actes de l'appelant. Il n'y a pas de conséquence plus grave.

Le second aspect du facteur de la gravité de l'infraction — la nature des actes commis par le délinquant — a donné plus de souci au juge du procès. Le juge Scanlan a pensé qu'un acte non intentionnel constituait une infraction beaucoup moins grave qu'un acte intentionnel: par. 23. En règle générale, ce point ne saurait être vraiment contesté. Nous reprochons un plus haut degré de culpabilité morale aux personnes qui transgressent intentionnellement les lois qu'à celles qui ne le font pas intentionnellement: voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, à la p. 645. L'analyse ne s'arrête toutefois pas ici. Comme je l'ai expliqué plus tôt, aux par. 17 à 24, le législateur a fixé à un niveau très élevé le seuil qui doit être franchi pour qu'une personne soit déclarée criminellement responsable sous le régime de l'al. 220a). En effet, il faut établir qu'elle a fait preuve d'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. L'on ne saurait trop insister sur ce dernier élément: l'application de la disposition en cause ne vise pas à faire déclarer coupables les personnes qui causent la mort d'autrui de manière non intentionnelle seulement. En plus de devoir démontrer que la mort a été causée par suite de l'usage d'une arme à feu, le ministère public doit prouver que l'accusé a agi d'une manière qui constitue une dérogation marquée par rapport à la norme suivie par une personne raisonnable. L'accusé doit avoir commis des actes ayant un caractère déréglé ou téméraire justifiant que sa responsabilité criminelle soit engagée.

Si l'on tient compte des deux aspects du facteur de la gravité de l'infraction, on constate clairement que l'al. 220a) vise les personnes qui ont commis des infractions particulièrement graves. Les actes entraînant la responsabilité criminelle de leur auteur doivent témoigner d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Lorsqu'une personne agit ainsi en uti-

though it may be for the offender as well as the victim, the offence remains a very serious one.

(2) Particular Circumstances of the Offender and the Case

These two factors require an inquiry into the events that transpired on May 14, 1996. At this stage, the reviewing court is to look for mitigating and aggravating factors that would affect the appropriateness of the sentence: *Goltz, supra*, at pp. 512-13. In this case, there are both. The appellant was very intoxicated. Further, he mixed alcohol with prescription drugs. He carried a loaded weapon into a small cabin. He was in a state of extreme psychological distress. In this state of intoxication, he recklessly jumped from the ground to a bunk bed carrying a loaded gun, with the foreseeable consequence of losing his footing and falling. The gun was not susceptible to shock discharge, yet it discharged. Mr. Teed was killed by a wound to the head. Instead of contacting the police or ambulance services, the appellant dragged the victim's body from what was described at the sentencing as an "incomprehensibly abhorrent scene" to a location in the woods in order to hide it. Clearly, the circumstances of this offence indicate the seriousness of the appellant's crime.

That said, there are mitigating factors as well. The trial judge noted that the appellant has never been in trouble with the law prior to this offence. The appellant was remorseful, not only before the court, but from the time that he killed Mr. Teed. The trial judge found this remorse to be sincere. Further, he accepted that the appellant had assumed responsibility for his actions. Finally, the trial judge found that the appellant is able to work and support himself in the future. In a traditional

lisant une arme à feu et cause la mort d'autrui, elle est alors coupable d'un crime particulièrement grave. Quoique la situation soit tragique autant pour le délinquant que pour la victime, l'infraction n'en demeure pas moins très grave.

(2) Les circonstances particulières de l'affaire et la situation du délinquant

Ces deux facteurs exigent l'examen des événements du 14 mai 1996. À cette étape-ci, la cour de révision doit se demander s'il existe des circonstances atténuantes ou aggravantes susceptibles d'influer sur le caractère approprié de la peine: *Goltz*, précité, aux pp. 512 et 513. En l'espèce, il existe des circonstances de chaque type. L'appellant était dans un état d'ébriété très avancé. En outre, il a pris à la fois des médicaments délivrés sur ordonnance et de l'alcool. Il a apporté une arme chargée à l'intérieur d'une petite cabane. Il était dans un état de détresse psychologique extrême. Dans l'état d'ébriété où il se trouvait, l'appellant a téméairement bondi sur la couchette inférieure d'un lit superposé avec une arme chargée dans les mains et, conséquence prévisible, il a perdu l'équilibre et est tombé. L'arme n'était pas sensible aux impacts, mais le coup est néanmoins parti et M. Teed est mort d'une blessure à la tête. Plutôt que d'appeler la police ou les services ambulanciers, l'appellant a traîné le corps de la victime depuis les lieux du crime — qui ont été qualifiés de [TRADUCTION] «scène dont l'horreur dépassait la compréhension» lors du prononcé de la peine — jusque dans les bois pour le dissimuler. Les circonstances entourant la perpétration de cette infraction témoignent clairement de la gravité du crime de l'appellant.

Ceci dit, il existe également des circonstances atténuantes. Le juge du procès a souligné que l'appellant n'avait jamais eu de démêlés avec la justice avant cette infraction. L'appellant a éprouvé du remords, non seulement devant le tribunal, mais dès le moment où il a tué M. Teed. Le juge du procès a conclu à la sincérité de son remords. Il a de plus accepté que l'appellant avait reconnu sa responsabilité pour les actes qu'il avait commis. Finalement, le juge du procès a estimé que l'appellant

sentencing regime, all of these factors would be relevant for fashioning an appropriate sentence.

40

On balance, I am not convinced that the mitigating factors offset the aggravating factors in this case. Nor am I convinced that the mitigating factors displace the gravity of the offence. The remorse demonstrated by the appellant is not at all surprising, given the nature of the offence. Nobody is alleging that the appellant intended to kill Mr. Teed; malice is neither alleged nor proven. In these circumstances, remorse is to be expected. The absence of a criminal record is also not surprising, given the nature of this offence. As the criminally negligent do not intend the results they cause, acts of criminal negligence are not generally committed as part of a pattern or a career of criminality. I would sincerely doubt that there are many career criminals founding their crime spree on criminal negligence. Finally, the prospects for employment, while relevant, cannot be dispositive by themselves for determining the constitutionality of the punishment.

(3) The Actual Effect of the Punishment on the Offender

41

This factor requires the court to consider how the offender will be personally affected by the actual punishment imposed. It will be relevant to consider the nature and conditions of the sentence, as well as the duration of the sentence: *Smith*, at p. 1073; *Goltz*, at pp. 513-14. The availability of escorted absences and intermittent sentences will also be relevant for this inquiry: *Goltz*, at p. 514. In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 62, Lamer C.J. said that “a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served” (emphasis omitted). Therefore, the possibility of day parole and full parole will also be relevant: *Luxton, supra*, at p. 725; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 339-43. In short, this factor requires the

serait en état de travailler et de subvenir à ses besoins dans le futur. Dans le cadre d'un régime traditionnel de détermination de la peine, tous ces facteurs seraient pertinents en vue d'établir une peine appropriée.

Tout compte fait, je ne suis pas convaincu que les circonstances atténuantes l'emportent sur les circonstances aggravantes en l'espèce. Je ne suis pas non plus persuadé que les circonstances atténuantes enlèvent quoi que ce soit à la gravité de l'infraction. Le remords manifesté par l'appelant n'a rien d'étonnant, compte tenu de la nature de l'infraction. Personne ne prétend que l'appelant avait l'intention de tuer M. Teed; la malice n'a été ni alléguée, ni démontrée. Dans ces circonstances, le remords est un sentiment prévisible. L'absence de casier judiciaire n'a rien de surprenant non plus, vu la nature de l'infraction. Puisque la personne qui agit de façon criminellement négligente ne désire pas les conséquences de ses actes, ceux-ci ne relèvent généralement pas d'un comportement ou d'une carrière criminels. Je doute sincèrement qu'il y ait beaucoup de criminels de carrière dont les activités soient le fruit de négligence criminelle. Finalement, bien que pertinentes, les perspectives d'emploi ne peuvent à elles seules permettre de décider de la validité constitutionnelle de la peine infligée.

(3) L'effet réel de la peine sur le délinquant

Dans l'application de ce facteur, le tribunal doit se demander de quelle manière le délinquant sera personnellement touché par la peine qui lui est infligée dans les faits. La nature de la peine, sa durée ainsi que les conditions dont elle est assortie sont des aspects pertinents de cet examen: *Smith*, à la p. 1073; *Goltz*, aux pp. 513 et 514. La possibilité pour l'intéressé de profiter de permissions de sortir avec escorte ou de purger sa peine de façon discontinuée est également pertinente dans le cadre de cet examen: *Goltz*, à la p. 514. Dans l'affaire *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 62, le juge en chef Lamer a dit que «l'octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée» (soulignement

reviewing court to fully understand the impact of the sentence as it will be actually served.

A four-year term in a federal penitentiary is unquestionably a serious sentence. However, this seriousness does not constitute, by itself, cruel and unusual punishment. As the Attorney General of Canada correctly pointed out, there are no special punitive measures created to punish these offenders. Further, it is notable that on a four-year sentence, individuals convicted of criminal negligence causing death using a firearm would be eligible for parole after 16 months unless the trial judge directs otherwise: *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 120(1); *Criminal Code*, s. 743.6. Day parole would be possible after 10 months: *Corrections and Conditional Release Act*, s. 119(1)(c)(i). Excessive hardship and physical or mental health problems are addressed by s. 121(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*. Further, it is relevant to note that in *Wust*, *supra*, this Court has held that pre-trial custody can be counted against a minimum sentence. All of these factors serve to mitigate against the harshness of the appellant's sentence.

(4) Penological Goals and Sentencing Principles

These factors are analysed to determine whether Parliament was responding to a pressing problem, and whether its response is founded on recognized sentencing principles. The respondent and the interveners made ample submissions on the necessity for a unified approach on firearm-related

supprimé). Par conséquent, la possibilité de bénéficier de la semi-liberté et de la libération conditionnelle totale est un autre élément pertinent: *Luxton*, précité, à la p. 725; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 339 à 343. Bref, ce facteur exige que la cour de révision saisisse bien quel effet aura la peine, telle qu'elle sera purgée dans les faits.

Une peine d'emprisonnement de quatre ans dans un pénitencier fédéral est indubitablement une peine sévère. Cependant, cette sévérité ne constitue pas en soi une peine cruelle et inusitée. Comme l'a signalé avec justesse le procureur général du Canada, aucune sanction particulière n'a été créée à l'égard de ces délinquants. En outre, il convient de souligner que les personnes déclarées coupables de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu et condamnées à une peine d'emprisonnement de quatre ans seront admissibles à la libération conditionnelle après 16 mois, sauf ordonnance contraire du juge du procès: *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, par. 120(1); *Code criminel*, art. 743.6. La semi-liberté pourrait être octroyée après 10 mois: *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, al. 119(1)c). Le paragraphe 121(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* traite de la question de la contrainte excessive causée par l'incarcération et de celle liée aux problèmes de santé physique ou mentale. De plus, il convient de souligner que, dans l'arrêt *Wust*, précité, notre Cour a décidé que la période d'incarcération avant le procès pouvait être considérée pour réduire la durée de la peine minimale imposée. Tous ces facteurs ont pour effet d'atténuer la sévérité de la peine infligée à l'appellant.

(4) Les objectifs pénologiques et les principes de détermination de la peine

Ces facteurs sont analysés afin de déterminer si le législateur répondait à un problème urgent et si sa réponse repose sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine. L'intimée et les intervenants ont présenté de nombreux arguments sur la nécessité d'adopter une démarche uni-

crimes. While it is true that gun-related deaths in general have been decreasing steadily since the 1970s, certain key statistics are telling. In 1995 alone, there were 49 “accidents” causing death involving firearms, coupled with 145 homicidal deaths involving firearms: K. Hung, *Firearm Statistics* (1999), Table 14. Accidental deaths involving firearms in Canada have remained relatively constant since 1979. Unquestionably, Parliament is entitled to take appropriate measures to address the pressing problem of firearm-related deaths, especially given that it has been consistently a serious problem for over 20 years. Further, it is appropriate for Parliament to discourage the careless use of firearms generally since, as Cory J. noted in *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at p. 211, a firearm always “presents the ultimate threat of death to those in its presence”.

fiée à l’égard des crimes liés à l’usage des armes à feu. Bien qu’il soit vrai que, en général, le nombre de décès liés à l’usage des armes à feu ait baissé de façon constante depuis les années 1970, certaines statistiques sont néanmoins révélatrices. En 1995 seulement, il y a eu 49 «accidents» mortels causés par une arme à feu et 145 homicides impliquant l’usage d’une arme à feu: K. Hung, *Statistiques sur les armes à feu* (1999), tableau 14. Le nombre de décès accidentels causés par une arme à feu au Canada est demeuré relativement constant depuis 1979. Il est incontestable que le législateur a le droit de prendre des mesures appropriées pour répondre au problème urgent de la mortalité liée à l’usage des armes à feu, compte tenu particulièrement du fait qu’il s’agit d’un problème grave depuis plus de 20 ans. De plus, il convient que le législateur décourage l’utilisation négligente des armes à feu en général, car, comme l’a indiqué le juge Cory dans l’affaire *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, à la p. 211, l’arme à feu incarne toujours «la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face».

44 Of course, Parliament can only do so in a manner consistent with existing sentencing principles. The fundamental principle of sentencing is proportionality: *Criminal Code*, s. 718.1; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 54. It is the essence of a s. 12 analysis. The other sentencing principles set down by Parliament in s. 718 and recognized by this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 42-43, and *Proulx*, *supra*, include separation, specific and general deterrence, retribution, rehabilitation, and restorative justice principles of reparations for harm and promoting a sense of responsibility in the offender for the harm done to the victims and the communities.

Il va de soi que le législateur ne peut prendre de telles mesures qu’en conformité avec les principes existants de détermination de la peine. Le principe fondamental en la matière est la proportionnalité: *Code criminel*, art. 718.1; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, au par. 54. Ce principe constitue l’essence même de l’analyse fondée sur l’art. 12. Les autres principes de détermination de la peine énoncés par le législateur à l’art. 718 et reconnus par notre Cour dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, aux par. 42 et 43, et *Proulx*, précité, sont notamment l’isolement des délinquants du reste de la société, la dissuasion — générale et spécifique —, le châtement, la réinsertion sociale, les principes de justice corrective fondés sur la réparation des torts causés et les mesures visant à faire prendre conscience aux délinquants de leur responsabilité à l’égard des torts qu’ils ont causés aux victimes et à la collectivité.

45 With respect, the trial judge placed too much emphasis on the absence of any need for specific deterrence for this crime, while the Court of

En toute déférence, le juge du procès a trop insisté sur l’absence de tout besoin de dissuasion spécifique pour ce crime, alors que la Cour d’appel

Appeal placed too much emphasis on the need for general deterrence. The presence or absence of any one sentencing principle should never be determinative at this stage of the analysis under s. 12. General deterrence cannot, on its own, prevent a punishment from being cruel and unusual. But it is still relevant when the court is considering a range of sentences that are all acceptable under s. 12. General deterrence can support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual. It could also possibly serve as a justification under s. 1 if it were ever necessary to justify a violation of s. 12, but that is not the case here.

While it may be ideal to craft a minimum sentencing regime for this crime that would simultaneously pursue all of the traditional sentencing principles, this is not necessary for s. 12 purposes. As La Forest J. said in *Lyons, supra*, at p. 329, “the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender”. I am convinced that this legislation survives constitutional scrutiny even if the sentence pursues sentencing principles of general deterrence, denunciation, and retributive justice more than the principles of rehabilitation and specific deterrence. In other words, the punishment is acceptable under s. 12 while having a strong and salutary effect of general deterrence. It cannot be disputed that there is a need for general deterrence. This legislation dictates that those who pick up a gun must exercise care when handling it. It is consistent with the jurisprudence on the use of firearms: *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390 (B.C.C.A.), at p. 398. Failure to exercise care will have tragic consequences not only for the victim, but also for the offender.

a pour sa part trop insisté sur le besoin de dissuasion générale. La présence ou l’absence de l’un ou l’autre des principes de détermination de la peine ne devrait jamais être déterminante à cette étape-ci de l’analyse fondée sur l’art. 12. Le seul fait qu’une peine vise un objectif de dissuasion générale ne saurait l’empêcher d’avoir un caractère cruel et inusité. Toutefois, ce facteur demeure pertinent lorsque le tribunal examine la fourchette des peines acceptables au regard de l’art. 12. La dissuasion générale peut justifier l’infliction d’une peine qui, quoique sévère, se situe à l’intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées. De plus, cet objectif pourrait possiblement servir de justification dans l’analyse fondée sur l’article premier s’il devait être nécessaire de justifier une violation de l’art. 12, mais ce n’est pas le cas en l’espèce.

L’idéal serait d’instaurer, à l’égard de ce crime, un régime de peine minimale qui vise à la fois tous les objectifs traditionnels de détermination de la peine, mais une telle mesure n’est pas nécessaire pour respecter l’art. 12. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’affaire *Lyons*, précitée, à la p. 329, «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». Je suis convaincu que la disposition législative en cause résiste à la contestation de sa constitutionnalité, même si la peine infligée vise davantage les objectifs de dissuasion générale, de dénonciation et de châtement que les objectifs de réinsertion sociale et de dissuasion spécifique. En d’autres mots, la peine est acceptable au regard de l’art. 12 tout en ayant un effet de dissuasion générale puissant et salutaire. Le besoin de dissuasion générale ne saurait être contesté. La disposition en cause exige que les personnes qui ont une arme à feu dans les mains fassent preuve de prudence en la manipulant. Elle est compatible avec la jurisprudence relative à l’usage des armes à feu: *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390 (C.A.C.-B.), à la p. 398. Le fait pour le délinquant de ne pas avoir fait preuve de prudence aura des conséquences tragiques non seulement pour la victime, mais également pour le délinquant lui-même.

47

Further, this minimum sentence serves the principle of denunciation, which Lamer C.J. described in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81, as being “a symbolic, collective statement that the offender’s conduct should be punished for encroaching on our society’s basic code of values”. One of the most fundamental of our basic code of values is respect for life. Although less morally blameworthy than murder, criminal negligence causing death is still morally culpable behaviour that warrants a response by Parliament dictating that wanton or reckless disregard for the life and safety of others is simply not acceptable.

48

Finally, the minimum sentence serves the principle of retributive justice. In *M. (C.A.)*, at para. 79, this Court unanimously recognized the importance of retribution to sanction the moral culpability of an offender. Retribution represents “the fundamental requirement that a sentence imposed be ‘just and appropriate’ under the circumstances”. This idea is apposite in the context of upholding a minimum sentence for criminal negligence causing death with a firearm. The minimum sentence forces the offender to acknowledge the harm that he has caused, and metes out a punishment commensurate with that harm.

(5) Other Factors

49.

Counsel for the appellant has presented no other arguments to suggest that the minimum sentence is cruel and unusual. No valid alternatives were identified. It has not been demonstrated that a comparison with other crimes in the same jurisdiction suggests that this sentence is cruel and unusual. In fact, when considering the nature of the harm caused by the appellant, it is at least arguable that this crime is more serious than others that receive the same sentence, such as robbery with a firearm. From a harm perspective, this crime is much more severe. As it is my conclusion that the trial courts below were correct in finding that the minimum sentence is not cruel and unusual punishment for

Qui plus est, la peine minimale en cause vise l’objectif de dénonciation qui, dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 81, a été décrit par le juge en chef Lamer comme étant «une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu’elle a porté atteinte au code de valeurs fondamentales de notre société». L’un des éléments les plus importants de notre code des valeurs fondamentales est le respect de la vie. Bien que la négligence criminelle causant la mort implique un degré moindre de culpabilité morale que le meurtre, elle n’en est pas moins une conduite moralement coupable justifiant le législateur de prescrire qu’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui n’est tout simplement pas acceptable.

Finalement, les peines minimales tendent à la réalisation de l’objectif de châtement. Dans l’affaire *M. (C.A.)*, au par. 79, notre Cour a reconnu l’importance du châtement afin de sanctionner la culpabilité morale du délinquant. Le châtement correspond à «l’obligation fondamentale que la peine infligée soit «juste et appropriée» eu égard aux circonstances». Cette idée est pertinente dans le contexte de la décision de confirmer la validité de l’application d’une peine minimale à l’égard de l’infraction de négligence criminelle causant la mort lorsqu’il y a usage d’une arme à feu. Cette peine minimale force le contrevenant à reconnaître le tort qu’il a causé et inflige une sanction proportionnelle à ce tort.

(5) Les autres facteurs

L’avocat de l’appellant n’a pas présenté d’autres arguments tendant à étayer le caractère cruel et inusité de la peine minimale. Aucune solution de rechange valable n’a été avancée. Il n’a pas été démontré que, par comparaison avec d’autres crimes dans le même ressort, la peine en litige serait cruelle et inusitée. En fait, si l’on considère la nature du tort causé par l’appellant, il est à tout le moins possible de prétendre que son crime est plus grave que d’autres crimes pour lesquels la peine infligée est la même, par exemple le vol qualifié avec usage d’une arme à feu. Du point de vue du tort causé, le crime de l’appellant est beaucoup plus grave. Comme je suis d’avis que les jugements

the appellant, it is now necessary to address the hypothetical situations considered by the trial judge in striking down s. 220(a).

D. Reasonable Hypotheticals

The hypotheticals used by the trial judge were actual reported cases. As I explained above, these reported cases have inherent problems, based as they are on evidence adduced by way of agreed facts. Further, it is questionable whether all of the cases considered by the trial judge are common examples of cases that arise under s. 220(a). Finally, each of these reported cases turns on its own idiosyncrasies and involves considerations at a level of specificity never contemplated by *Smith, supra*. Under all of these circumstances, I am reluctant to enter into a case-by-case analysis of the specific circumstances of each of the individuals who pleaded guilty to this offence. Instead, the proper approach is to develop imaginable circumstances which could commonly arise with a degree of generality appropriate to the particular offence. It is to be recalled that in *Smith* there were only two considerations for the hypothetical: first, the offender was a first-time offender; and second, he or she imported a single joint.

It appears to me that there are two types of situations that commonly arise and which can be gleaned from the reported cases. The first involves an individual playing around with a gun. The offender unreasonably thinks that the gun will not go off. He aims it at another person and discharges it, killing someone. This includes playing Russian roulette (*Saswirsky, supra*, and *J.C., supra*), and pretending to shoot a friend to frighten him (*Davis, supra*, and *Morehouse, supra*).

dont appel ont eu raison de juger que la peine minimale prévue ne constitue pas une peine cruelle et inusitée dans le cas de l'appelant, il est maintenant nécessaire d'examiner les situations hypothétiques prises en considération par le juge du procès pour invalider l'al. 220a).

D. Les hypothèses raisonnables

Les hypothèses invoquées par le juge du procès étaient des situations concrètes, tirées de décisions publiées. Comme je l'ai expliqué précédemment, ces décisions soulèvent certains problèmes intrinsèques, puisqu'elles reposent sur des éléments de preuve communiqués par voie d'exposé conjoint des faits. De plus, il est permis de se demander si toutes les décisions prises en considération par le juge du procès sont des exemples ordinaires d'affaires fondées sur l'al. 220a). Finalement, l'issue de chacune de ces affaires dépend des faits qui lui sont propres et fait intervenir des considérations à un degré de spécificité que n'envisageait d'aucune façon l'arrêt *Smith*, précité. Compte tenu de tous ces facteurs, je suis réticent à faire une analyse au cas par cas des circonstances particulières dans lesquelles se trouvait chacun des individus qui ont plaidé coupable à cette infraction. La méthode appropriée consisterait plutôt à concevoir des circonstances imaginables, qui pourraient se présenter couramment, tout en maintenant un degré de généralité propre à l'infraction en cause. Il convient de se rappeler que, dans l'arrêt *Smith*, l'hypothèse n'était fondée que sur deux facteurs: d'une part, il s'agissait d'un délinquant qui n'en était qu'à sa première infraction et, d'autre part, le délinquant n'aurait importé qu'un seul joint.

Il me semble qu'il y a deux types de situations qui surviennent couramment et peuvent être dégagées des décisions publiées. Le premier type de situations est celui des personnes qui s'amuse avec une arme. Le contrevenant croit, déraisonnablement, que le coup ne partira pas. Il braque l'arme vers une autre personne et appuie sur la détente, tuant ainsi cette personne. Parmi les situations de ce type, mentionnons le jeu de la roulette russe (*Saswirsky* et *J.C.*, précités) et le fait de feindre de tirer sur un ami pour l'effrayer (*Davis* et *Morehouse*, précités).

52

The second hypothetical situation that arises from the reported cases involves a hunting trip gone awry. While hunting, the offender spots an object in the woods. The offender is either unsure what the object is or forms a completely unreasonable belief that the object is game. In either case, the object is, in fact, another human being. The hunter fires a gun at the object and kills the other person (*McCrea, supra*, and *Weber, supra*).

53

In both of these hypotheticals, it is my view that a four-year imprisonment would not be cruel and unusual punishment for such offenders. Perhaps the most egregious hypotheticals reviewed are the individuals playing with guns. Firearms are not toys. There is no room for error when a trigger is pulled. If the gun is loaded, there is a sufficient probability that any person in the line of fire could be killed. The need for general deterrence is as great (if not greater) for the hypothetical offenders playing with guns as it is for people such as the appellant. Considering the gravity of the offence, the denunciation and retributive justice principles satisfied by the minimum sentence are equally applicable in this hypothetical. In such circumstances, there can be no question that the four-year minimum is as appropriate as it is for the appellant.

54

The four-year minimum sentence equally sends a message to people who are in a position to harm people to take care when handling their weapon. Hunting accidents occur all too easily. When individuals with weapons are hunting in such a degree of proximity, extra steps are necessary to ensure that other hunters are not harmed. Therefore, when hunting, before hunters pull the trigger on their guns, they must form a reasonable belief that the object they are shooting at is not another human. Extra vigilance is necessary with guns, and while

La seconde situation hypothétique tirée des décisions publiées est celle de l'expédition de chasse qui tourne au drame. Il s'agit du cas du délinquant qui, chassant en forêt, aperçoit un objet. Il n'est pas certain de l'identité de l'objet ou croit de façon tout à fait déraisonnable qu'il s'agit d'un animal sauvage. Dans les deux cas, l'objet en question est en réalité un autre être humain. Le chasseur tire en direction de l'objet et tue cette autre personne (*McCrea et Weber, précités*).

Je suis d'avis que, dans l'un et l'autre de ces cas hypothétiques, une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans ne serait pas une peine cruelle et inusitée pour de tels délinquants. Parmi les situations hypothétiques examinées, les plus extrêmes sont peut-être celles concernant les personnes qui s'amuse avec des armes à feu. De telles armes ne sont pas des jouets. Aucune erreur n'est permise lorsqu'on appuie sur la détente. Si l'arme est chargée, il existe une probabilité suffisante que toute personne se trouvant dans la ligne de tir soit tuée. Le besoin de dissuasion générale est aussi (sinon plus) grand dans le cas des délinquants hypothétiques qui s'amuse avec des armes que dans celui des personnes comme l'appellant. Compte tenu de la gravité de l'infraction, l'objectif de dénonciation et les principes de justice punitive, auxquels l'infliction d'une peine minimale d'emprisonnement permet de satisfaire, s'appliquent également à cette situation hypothétique. Dans de telles circonstances, il ne fait aucun doute que la peine minimale de quatre ans est tout aussi appropriée qu'elle l'est dans le cas de l'appellant.

En outre l'existence de la peine minimale de quatre ans transmet un message aux personnes qui sont dans une situation où elles risquent de causer du tort à autrui, savoir qu'elles doivent faire preuve de prudence en manipulant leurs armes. Un accident de chasse est si vite arrivé. Lorsque des personnes chassant avec des armes à feu se tiennent à proximité l'une de l'autre, chacune d'elles doit redoubler de prudence pour éviter de causer du tort aux autres. Par conséquent, lorsqu'ils chassent, les chasseurs ne doivent appuyer sur la

society would expect people to take precautions on their own, unfortunately people do not always do so. Consequently, Parliament has sent an extra message to such people: failure to be careful will attract severe criminal penalties. The sentence represents society's denunciation, having regard to the gravity of the crime; it provides retributive justice to the family of the victim and the community in general; and it serves a general deterrent function to prevent others from acting so recklessly in the future.

E. *Conclusion on Cruel and Unusual Punishment*

The four-year term of imprisonment that the appellant must serve does not constitute cruel and unusual punishment. In the circumstances of this case, it is clear that the appellant's criminal conduct was particularly grave. The punishment imposed on the appellant serves legitimate penological goals and is founded on recognized sentencing principles. The effect of the punishment on the appellant is mitigated by the availability of parole and the deductibility of pre-trial custody. Further, the sentence does not violate the *Charter* in any reasonable hypothetical scenario provided to this Court.

Therefore, it is my view that s. 12 is not infringed. As a result, it is unnecessary to consider the s. 1 arguments advanced by the parties. Further, it is unnecessary to consider the availability of constitutional exemptions, especially given the concession by the appellant that the four-year minimum sentence would not be grossly disproportionate for him personally.

détente de leur arme que s'ils ont la conviction raisonnable que leur cible n'est pas un autre être humain. Les personnes qui utilisent des armes à feu doivent faire preuve d'une vigilance accrue et, alors que la société pourrait s'attendre à ce que ces personnes prennent de leur propre chef des précautions, elles ne le font malheureusement pas toujours. Le législateur a donc envoyé un message supplémentaire: l'omission de faire preuve de prudence est passible de sanctions criminelles sévères. La peine infligée exprime la dénonciation de la société, eu égard à la gravité du crime; elle apporte une mesure de justice punitive à la famille de la victime et à la collectivité en général, en plus de servir l'objectif de dissuasion générale qui est d'éviter que d'autres personnes agissent de façon aussi téméraire à l'avenir.

E. *Conclusion au sujet de la peine cruelle et inusitée*

La peine minimale d'emprisonnement de quatre ans que doit purger l'appellant n'est pas une peine cruelle et inusitée. Dans les circonstances du présent cas, il est clair que l'appellant a eu une conduite criminelle particulièrement grave. La peine infligée à l'appellant sert des objectifs pénologiques légitimes et repose sur des principes reconnus de détermination de la peine. L'effet de cette peine sur l'appellant est atténué par le fait que celle-ci donne ouverture à la libération conditionnelle et qu'elle est réduite pour tenir compte de la période d'incarcération avant le procès. En outre, la peine ne porte atteinte à la *Charte* dans aucun des scénarios hypothétiques raisonnables qui ont été soumis à la Cour.

Par conséquent, je suis d'avis qu'il n'y pas d'atteinte à l'art. 12. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur l'article premier avancés par les parties. Il est de plus inutile de s'interroger sur l'applicabilité des exemptions constitutionnelles, compte tenu particulièrement du fait que l'appellant lui-même a concédé qu'une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans ne serait pas exagérément disproportionnée dans son cas particulier.

F. *Pre-Trial Custody*

57

Since the appellant's hearing, this Court has had the opportunity to comment on the propriety of considering time spent in pre-trial custody in relation to mandatory minimum sentences. In *Wust, supra*, this Court held that pre-trial custody can be deducted from minimum sentences of imprisonment in appropriate cases. In the case at bar, when the trial judge struck down s. 220(a) of the *Criminal Code*, he fashioned a sentence which took into account the five months' pre-trial custody. He credited the appellant with one year for this time spent in pre-trial custody, taking into account the fact that the accused pleaded guilty at the outset. Employing the standard of appellate review set out in *Proulx, supra*, at para. 131, and in *Wust*, I do not find reversible error in granting credit. A one-year credit for five months of pre-trial custody is not demonstrably unfit. Accordingly, it is my view that the appellant must serve the four-year minimum sentence, less the one-year credit for pre-trial custody.

VII. Disposition

58

As a result, the appeal is dismissed on the constitutional questions. The four-year minimum sentence for criminal negligence causing death while using a firearm does not constitute cruel and unusual punishment. The Court of Appeal's judgment is affirmed on this ground. However, the trial judge's order relating to pre-trial custody is restored. The appellant shall be sentenced to three years' imprisonment for the offence under s. 220(a), established after taking into account the five months' pre-trial custody. I therefore would answer the constitutional questions as follows:

F. *La période d'incarcération avant le procès*

Depuis l'audition du pourvoi de l'appelant, notre Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé de la prise en considération de la période d'incarcération avant le procès dans le cas des peines minimales obligatoires. Dans l'arrêt *Wust*, précité, notre Cour a jugé que, dans les affaires qui s'y prêtent, les peines minimales d'emprisonnement peuvent être réduites pour tenir compte de telles périodes de détention. En l'espèce, lorsque le juge du procès a invalidé l'al. 220a) du *Code criminel*, il a tenu compte des cinq mois passés en détention par l'appelant avant son procès en établissant la peine. Le juge du procès a réduit d'une année la peine infligée à l'appelant pour tenir compte de cette période de cinq mois, prenant en considération le fait que ce dernier avait plaidé coupable dès le départ. Conformément à la norme de contrôle applicable en appel qui a été énoncée dans l'affaire *Proulx*, précitée, au par. 131, et dans l'arrêt *Wust*, je suis d'avis que le fait d'avoir accordé une réduction de la peine ne constituait pas une erreur justifiant d'infirmer la décision. Une réduction d'une année pour les cinq mois d'incarcération avant le procès n'est pas manifestement inappropriée. Par conséquent, j'estime que l'appelant doit purger la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans, réduite de la période d'une année soustraite pour tenir compte de l'incarcération avant le procès.

VII. Le dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté, à l'égard des questions constitutionnelles. La peine minimale d'emprisonnement de quatre ans pour négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu ne constitue pas une peine cruelle et inusitée. L'arrêt de la Cour d'appel est confirmé à cet égard. Cependant, l'ordonnance du juge du procès concernant la période d'incarcération avant le procès est rétablie. L'appelant est condamné à trois ans d'emprisonnement pour l'infraction prévue à l'al. 220a), peine fixée en tenant compte des cinq mois d'incarcération avant le procès. Par conséquent, je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles:

(1) Does s. 220(a) of the *Criminal Code* infringe the right in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment in that it establishes a minimum sentence of four years' imprisonment for the offence of criminal negligence causing death when a firearm is used in the commission of that offence?

Answer: No.

(2) If the answer to the first question is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to the first constitutional question, it is unnecessary to answer this question.

The reasons of McLachlin and Arbour JJ. were delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal concerns a challenge, under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the constitutionality of s. 220(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which imposes a mandatory minimum sentence of four years upon conviction for criminal negligence causing death with a firearm. I have read Justice Gonthier's reasons and I agree with him that there is no breach of s. 12 of the *Charter* with regard to the first stage of the constitutional analysis. Indeed, this is consistent with the decisions of both lower courts and the position of the appellant: the mandatory four-year sentence is not so excessive or grossly disproportionate as to constitute cruel and unusual punishment for this offender in the particular circumstances of this case.

However, it is with regard to the second stage of the analysis, where the constitutionality of the sentencing provision is considered in light of reasona-

(1) L'alinéa 220a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités reconnu à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'il prévoit une peine d'emprisonnement minimale de quatre ans pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort, s'il y a eu usage d'une arme à feu lors de la perpétration de cette infraction?

Réponse: Non.

(2) Si la réponse à la première question est affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse donnée à la première question constitutionnelle, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges McLachlin et Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, l'appelant attaque, en vertu de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité de l'al. 220a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prescrit l'application d'une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de quatre ans à quiconque est déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu. J'ai lu les motifs du juge Gonthier et je souscris à son opinion selon laquelle il n'a pas été porté atteinte à l'art. 12 de la *Charte* au regard du premier volet de l'analyse constitutionnelle. De fait, cette conclusion est conforme aux décisions des deux juridictions inférieures et à la thèse de l'appelant: la peine obligatoire de quatre ans n'est pas excessive ou exagérément disproportionnée au point de constituer une peine cruelle et inusitée dans le cas du délinquant en cause, dans les circonstances particulières de la présente affaire.

Cependant, c'est à l'égard du second volet de l'analyse — au cours duquel on examine, à la lumière d'hypothèses raisonnables, la constitution-

ble hypotheticals, that I disagree with the reasons of my colleague. Because the offence of criminal negligence causing death with a firearm is so fact-driven, I cannot conclude that the four-year minimum sentence is not grossly disproportionate for “any” reasonable hypothetical offender. My colleague is able to reach this conclusion largely because he has restricted the reasonable hypothetical analysis to “imaginable circumstances which could commonly arise with a degree of generality appropriate to the particular offence” (para. 50). I believe that this approach is inappropriate and, indeed, unworkable for the offence before us, for several reasons.

nalité de la disposition relative à la détermination de la peine — que je suis en désaccord avec les motifs de mon collègue. Comme l’infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu est essentiellement tribu-taire des faits de chaque affaire, je ne saurais conclure que la peine minimale de quatre ans n’est pas exagérément disproportionnée à l’égard de «quelque» cas hypothétique raisonnable que ce soit. Mon collègue est en mesure de tirer cette conclusion principalement parce qu’il a restreint l’analyse relative à l’hypothèse raisonnable aux «circonstances imaginables, qui pourraient se présenter couramment, tout en maintenant un degré de généralité propre à l’infraction en cause» (par. 50). J’estime que cette démarche est inappropriée et, de fait, inapplicable à l’infraction dont nous sommes saisis, et ce pour plusieurs motifs.

61

First, the analysis cannot be confined to the specific offence contained in s. 220(a) of the *Code*. There is a great deal of overlap between some of the culpable homicides which are not classified as murder, such as unlawful act manslaughter and manslaughter by criminal negligence. Moreover, there is no difference between the offence charged here and manslaughter by criminal negligence. Section 222(5)(b) of the *Criminal Code*, read in conjunction with s. 234, makes clear that the offence of criminal negligence causing death is a type of manslaughter; see also *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 41-42, *per* McLachlin J. (as she then was). For ease of reference, I set out the relevant provisions:

220. Every person who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; . . .

Tout d’abord, l’analyse ne peut être restreinte à l’infraction particulière établie à l’al. 220(a) du *Code*. Il y a beaucoup de recoupements entre certains homicides coupables qui ne constituent pas des meurtres, tels l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal et l’homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle. En outre, il n’existe aucune différence entre l’infraction reprochée en l’espèce et l’homicide involontaire coupable résultant de négligence criminelle. Si on lit l’al. 222(5)(b) du *Code criminel* en corrélation avec l’art. 234, on voit clairement que l’infraction de négligence criminelle causant la mort est un type d’homicide involontaire coupable; voir également *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, aux pp. 41 et 42, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada). Par souci de commodité, je reproduis ci-après les dispositions pertinentes:

220. Quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d’une autre personne est coupable d’un acte criminel passible:

a) s’il y a usage d’une arme à feu lors de la perpétration de l’infraction, de l’emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans; . . .

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

- (a) by means of an unlawful act;
- (b) by criminal negligence;

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

- (a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; . . .

The circumstances of this case palpably demonstrate the overlap: the accused was initially charged with manslaughter and there is nothing in the record that explains why he was committed for trial on the charge of criminal negligence causing death rather than on the original charge of manslaughter. Nothing turns on this since the two are totally interchangeable. This is further demonstrated by cases, such as *R. v. Collins*, [1999] O.J. No. 2437 (QL) (S.C.J.), which indicate that the s. 86(2) offence of careless handling or use of a firearm is a lesser, included offence to criminal negligence causing death, the distinction turning on the degree to which the conduct departs from the required standard. The equivalency between the two offences is further demonstrated by the sentencing provisions of s. 220(a) and s. 236(a), both of which provide a four-year, mandatory minimum sentence where a firearm is used in the

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain:

- a) soit au moyen d'un acte illégal;
- b) soit par négligence criminelle;

234. L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel passible:

- a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

Les circonstances du présent pourvoi illustrent concrètement ce recoupement: l'accusé a d'abord été inculpé d'homicide involontaire coupable, mais rien au dossier n'explique pourquoi il a été renvoyé à procès pour négligence criminelle causant la mort plutôt que pour le chef d'accusation initial. Ce fait est toutefois sans conséquence, puisque les deux chefs d'accusation sont entièrement interchangeables. Cette constatation est également appuyée par d'autres affaires, par exemple *R. c. Collins*, [1999] O.J. No. 2437 (QL) (C.S.J.), qui indiquent que l'infraction de manipulation ou d'usage d'une arme à feu de manière négligente prévue au par. 86(2) est une infraction moindre et incluse par rapport à celle de négligence criminelle causant la mort, la distinction étant fonction de la mesure dans laquelle la conduite de l'accusé déroge à la norme requise. L'équivalence entre les deux infractions ressort en outre des dispositions relatives à la détermination de la peine des al. 220a) et 236a), qui prescrivent l'application d'une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement tant pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort que pour celle d'homicide

commission of criminal negligence causing death and manslaughter, respectively.

63

Secondly, as recognized in *Creighton*, at p. 48, and demonstrated by the reported cases, manslaughter can occur in a great variety of circumstances. This is reflected by the very wide range of sentences imposed for the offence. It does not overstate the circumstantial diversity giving rise to the offence of manslaughter to observe that it is only with respect to this offence that one could expect to see fit sentences ranging from suspended sentences to life imprisonment. The Nova Scotia Supreme Court (*in banco*), as many other courts have done before and since, recognized the wide range of appropriate sentences for manslaughter in *R. v. Gregor* (1953), 31 M.P.R. 99, at p. 101:

It may be said of manslaughter, differing in that respect from other crimes, that the legal limits of possible sentences is [*sic*] very great. There are cases of manslaughter where the line between crime and accident is narrow and where a sentence of a few months' imprisonment is appropriate. On the other hand, there are cases where the proper sentence approaches or reaches the legal limit of imprisonment for life. Different cases involve different facts, as varied as are the actions and the thoughts of man and it is always difficult to determine the punishment appropriate under the circumstances. No one case can be an exact guide for another.

64

Thirdly, even where the range of conduct is narrowed to cases where death resulted from the criminally negligent use of a firearm, there is still great variation in the type of conduct that is captured by the prohibition. Therefore, to limit this Court's constitutional analysis to reasonable hypotheticals involving only two generic situations, deaths in a hunting context and deaths resulting from individuals "playing around with a gun", seems to me to contradict the very nature of the offence and to distort the projection of whether, in the future, a situa-

involontaire coupable, s'il y a eu usage d'une arme à feu.

Deuxièmement, comme il a été reconnu dans l'arrêt *Creighton*, à la p. 48, et comme en attestent les affaires publiées, l'homicide involontaire coupable peut se produire dans des circonstances des plus diverses. Cela se reflète dans le très large éventail de peines infligées à l'égard de cette infraction. On n'exagère pas la diversité des circonstances donnant lieu à l'infraction d'homicide involontaire coupable en signalant que c'est uniquement à l'égard de cette infraction qu'on peut s'attendre à voir les peines appropriées aller du sursis au prononcé de la peine jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité. Dans l'arrêt *R. c. Gregor* (1953), 31 M.P.R. 99, à la p. 101, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (en banc), à l'instar de nombreux autres tribunaux avant et après elle, a reconnu qu'il existait un large éventail de peines appropriées pour l'homicide involontaire coupable:

[TRADUCTION] Il est possible d'affirmer, à propos de l'homicide involontaire coupable, que l'éventail juridique des peines qu'il est possible d'infliger est très large, ce qui le distingue sur ce point des autres crimes. Il existe des cas d'homicide involontaire coupable où la ligne de démarcation entre le crime et l'accident est ténue et où une peine d'emprisonnement de quelques mois est appropriée. Par contre, il y a des cas où la peine appropriée atteint l'autre extrémité juridique, soit l'emprisonnement à perpétuité, ou s'en approche. Les divers cas se caractérisent par des faits tout aussi variés que les pensées et les actes de l'être humain, et il est toujours difficile de déterminer la sanction qu'il convient d'infliger dans les circonstances d'une affaire donnée. Aucune décision ne peut constituer un modèle parfait pour une autre.

Troisièmement, même lorsqu'on limite la gamme des comportements aux cas où la mort résulte de l'usage criminellement négligent d'une arme à feu, il reste encore une grande variété de comportements visés par l'interdiction. Par conséquent, le fait de limiter l'analyse constitutionnelle de notre Cour aux hypothèses raisonnables fondées uniquement sur deux situations type, soit la chasse et les personnes «qui s'amuse avec une arme à feu», me semble aller à l'encontre de la nature même de l'infraction, en plus de dénaturer la ques-

tion will arise where the four-year mandatory minimum will be a grossly disproportionate punishment and thus a breach of s. 12.

Essentially, I believe that it is impossible to canvass, with the requisite richness of factual details, the many varied circumstances in which a charge of manslaughter could arise, even when the factual scenarios are restricted to manslaughter by criminal negligence, and involving the use of a firearm. Furthermore, in my view, real cases, representing situations that have arisen, must be seen as reasonable hypotheticals for purposes of a s. 12 analysis, no matter how unusual they may appear. If s. 12 had been raised in any one of the reported cases, and the punishment had been found to be grossly disproportionate for that offender, the penalty would have had to be struck down as unconstitutional, no matter how uncommon the circumstances of the case. In the same way, if such a case were to arise in the future — where the Court would not be able to find it a far-fetched projection since it would have already happened — the same result would prevail.

As the law now stands, under the first stage of the s. 12 constitutional analysis, if a minimum penalty is grossly disproportionate in one case, the provision creating that mandatory penalty is struck down as a violation of s. 12. This approach was developed in cases where the offence which attracted the minimum penalty was very different from the offence at issue in the present case. I believe that in order to give effect to Parliament's explicit desire to increase penalties for firearms-related offences, while recognizing the inevitability that a four-year penalty will be grossly excessive for at least some plausible future manslaughter convictions, a different approach is called for in this case. I would therefore uphold the constitutionality of s. 220(a) generally, while declining to apply it in a future case if the minimum penalty is found to be grossly disproportionate for that future offender. Accordingly, I would dismiss the appeal

tion de savoir s'il se produira, dans l'avenir, une situation où la peine minimale obligatoire de quatre ans sera exagérément disproportionnée et contreviendra de ce fait à l'art. 12.

Essentiellement, j'estime qu'il est impossible d'imaginer, avec toute l'abondance de détails factuels requise, les nombreuses situations différentes susceptibles de donner lieu à une accusation d'homicide involontaire coupable, même en limitant les scénarios factuels aux homicides involontaires coupables résultant de la négligence criminelle et de l'usage d'une arme à feu. En outre, je suis d'avis que les cas réels, traitant de situations qui sont effectivement survenues, doivent être considérés comme des hypothèses raisonnables aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 12, même si leur caractère est inusité. Si l'art. 12 avait été soulevé dans l'une des décisions publiées et que la peine avait été jugée exagérément disproportionnée à l'égard du délinquant en cause, celle-ci aurait dû être déclarée inconstitutionnelle, peu importe le caractère inusité des faits de l'affaire. De même, si une telle affaire devait se présenter dans l'avenir — où le tribunal ne saurait conclure à l'in vraisemblance de la situation puisqu'elle serait déjà survenue dans le passé — le même résultat devrait prévaloir.

Dans l'état actuel du droit, si une peine minimale est, dans un cas donné, jugée exagérément disproportionnée en vertu du premier volet de l'analyse constitutionnelle fondée sur l'art. 12, la disposition créant cette peine obligatoire est invalidée parce qu'elle porte atteinte à l'art. 12. Cette approche a été élaborée dans des affaires où l'infraction commandant l'application de la peine minimale était très différente de celle en litige dans la présente affaire. J'estime que, pour donner effet au désir explicite du législateur de hausser les peines applicables aux infractions relatives aux armes à feu, tout en reconnaissant qu'il est inévitable qu'une peine de quatre ans sera exagérément disproportionnée à l'égard d'au moins certaines déclarations de culpabilité pour homicide involontaire coupable qui seront plausiblement prononcées dans le futur, une approche différente s'impose en l'espèce. Par conséquent, je confirmerais la consti-

65

66

and suggest a more individualized approach to s. 12 challenges to this provision in the future.

II. Analysis

67 Because my colleague, Gonthier J., has already reviewed the facts of this case and judgments in the courts below, it is unnecessary to do so here. I will, instead, proceed directly to my analysis.

68 My colleague's reasons do recognize (at para. 50) that the cases relied upon by the trial judge turned on idiosyncracies demonstrating a level of specificity never contemplated by the approach to s. 12 laid out in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045. With this observation, I agree. However, to go further, and suggest that the reported cases must only be used as a general guide, erases the level of specificity which is a hallmark of this offence and which, I believe, necessitates the preservation of individualized sentencing for this crime. In this case, of course, individualized sentencing must be achieved not only with reference to the circumstances of the offence and the offender, but also with reference to the constitutional guarantee provided by s. 12, and to the parameters set out by Parliament both in the codified principles of sentencing in Part XXIII of the *Code* and in the mandatory minimum sentence of s. 220(a).

69 In articulating my concern that the Court cannot possibly canvass all reasonable hypothetical situations in which this minimum sentence could offend s. 12, I do not mean to suggest that all mandatory minimum sentences risk violating s. 12 of the *Charter*. Lamer J., as he then was, stated in *Smith*, *supra*, at p. 1077, that a "minimum mandatory term of imprisonment is obviously not in and of

tutionnalité de l'al. 220a) de façon générale, tout en écartant son application dans une affaire ultérieure si la peine minimale était jugée exagérément disproportionnée à l'égard de ce futur délinquant. Je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi et je propose l'application d'une méthode plus individualisée en ce qui a trait aux futures contestations de l'al. 220a) fondées sur l'art. 12.

II. Analyse

Puisque mon collègue le juge Gonthier a déjà fait état des faits du présent dossier et des décisions des juridictions inférieures, il n'est pas nécessaire de le faire ici. Je vais plutôt procéder directement à ma propre analyse.

Dans ses motifs (au par. 50), mon collègue reconnaît que l'issue des affaires invoquées par le juge du procès dépendait des faits propres à chacune, atteignant un degré de spécificité que n'envisageait d'aucune façon l'approche relative à l'art. 12 énoncée dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Je suis d'accord avec cette observation. Cependant, aller plus loin et avancer que les décisions publiées doivent servir uniquement de guide général a pour effet de supprimer le degré de spécificité qui caractérise cette infraction et qui, à mon avis, commande le maintien, pour ce crime, d'une détermination individualisée de la peine. Il va de soi, en l'espèce, que la détermination individualisée de la peine doit être faite non seulement eu égard aux circonstances de l'infraction et à la situation du délinquant, mais également en conformité avec la garantie constitutionnelle prévue à l'art. 12 ainsi qu'avec les paramètres qu'a fixés le législateur en codifiant les principes de détermination de la peine à la partie XXIII du *Code*, et en prescrivant la peine minimale obligatoire à l'al. 220a).

Lorsque je dis être préoccupée par le fait que le tribunal ne saurait être en mesure d'imaginer toutes les hypothèses raisonnables dans lesquelles la présente peine minimale pourrait contrevenir à l'art. 12, je ne veux pas laisser entendre que toutes les peines minimales obligatoires risquent de porter atteinte à l'art. 12 de la *Charte*. Le juge Lamer, plus tard Juge en chef du Canada, a déclaré dans

itself cruel and unusual". Although mandatory minimum sentences depart from the general principles of sentencing expressed in the *Code*, in particular the fundamental principle of proportionality (s. 718.1), the constitutional norm requires that they be upheld even though demonstrably unfit, as long as they are not grossly disproportionate to the just punishment that would otherwise be required by the particular circumstances of the offence and of the offender.

When Parliament brought forward the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, it imposed mandatory minimum sentences of four years for several firearms-related offences in addition to criminal negligence causing death with a firearm (s. 220(a)); manslaughter (s. 236(a)); attempted murder (s. 239(a)); discharging a firearm with intent (s. 244); sexual assault with a weapon (s. 272(2)(a)); aggravated sexual assault (s. 273(2)(a)); kidnapping (s. 279(1.1)(a)); hostage-taking (s. 279.1(2)(a)); robbery (s. 344(a)); and extortion (s. 346(1.1)(a)). The mandatory minimum sentences for these crimes formed part of the federal government's overall approach to gun control and reflects Parliament's intent to deter the criminal misuse of firearms: *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 20; see also *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 32. This Court's s. 12 jurisprudence has also stressed the importance of deferring to legislated sentences by affirming a stringent s. 12 test: *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 501, *per* Gonthier J.; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417, *per* Cory J. And as the Attorney General of Canada brought to this Court's attention in its written submissions, some of the mandatory four-year minimum sentences enacted

l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 1077, qu'«[u]ne peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est manifestement pas cruelle et inusitée en soi». Quoique les peines minimales obligatoires dérogent aux principes généraux de détermination de la peine exprimés dans le *Code*, en particulier au principe fondamental de la proportionnalité (art. 718.1), la norme constitutionnelle exige leur maintien même si elles sont manifestement inappropriées, tant qu'elles ne sont pas exagérément disproportionnées par rapport à la juste sanction qu'auraient par ailleurs commandée les circonstances particulières de l'infraction et la situation particulière du délinquant en cause.

Lorsque le législateur a adopté la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, il a prescrit l'application d'une peine minimale obligatoire de quatre ans à l'égard de plusieurs infractions liées aux armes à feu en plus l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu (al. 220a); homicide involontaire coupable (al. 236a); tentative de meurtre (al. 239a); décharge intentionnelle d'une arme à feu (art. 244); agression sexuelle armée (al. 272(2)a); agression sexuelle grave (al. 273(2)a); enlèvement (al. 279(1.1)a); prise d'otage (al. 279.1(2)a); vol qualifié (al. 344a) et extorsion (al. 346(1.1)a). L'introduction d'une peine minimale obligatoire à l'égard de ces crimes s'inscrivait dans la stratégie globale du gouvernement fédéral en matière de contrôle des armes à feu, et elle reflète l'intention du législateur de décourager l'utilisation des armes à feu à des fins criminelles: *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, au par. 20; voir également l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, au par. 32. Par la confirmation de la validité d'un rigoureux critère d'application de l'art. 12 dans sa jurisprudence relative à cette disposition, notre Cour a également souligné l'importance de s'en remettre aux peines établies par le législateur: *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la p. 501, le juge Gonthier; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, à la p. 1417, le juge Cory. De plus, comme l'a signalé à notre Cour le procureur général du Canada dans son argumentation écrite, certaines des peines minimales obligatoires

by the *Firearms Act* have been challenged on constitutional grounds and upheld.

de quatre ans prévues par la *Loi sur les armes à feu* ont été contestées pour des motifs d'ordre constitutionnel et leur validité a été confirmée.

71

For example, s. 344(a) of the *Code* (robbery with a firearm) has been found not to infringe s. 12: *R. v. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43 (B.C.C.A.), rev'd on other grounds, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57 (Ont. C.A.); and *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332 (Que. C.A.). Similarly, s. 279(1.1)(a) of the *Code* (kidnapping committed with a firearm) has been found not to violate s. 12: *R. v. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451 (B.C.C.A.). In addition, the New Brunswick Court of Appeal found that the four-year minimum in s. 244(b) of the *Code* (discharging a firearm with intent to endanger life) did not breach s. 12: *R. v. Roberts* (1998), 199 N.B.R. (2d) 387. And with respect to s. 236(a) of the *Code* (manslaughter committed with a firearm), one court has found the four-year mandatory minimum consistent with s. 12: *R. v. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL) (S.C.).

À titre d'exemple, il a été jugé que l'al. 344a) du *Code* (vol avec usage d'une arme à feu) ne portait pas atteinte à l'art. 12: *R. c. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43 (C.A.C.-B.), inf. pour d'autres motifs, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57 (C.A. Ont.); *R. c. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332 (C.A. Qué.). De même, il a été jugé que l'al. 279(1.1)a) du *Code* (enlèvement perpétré en utilisant une arme à feu) ne contrevenait pas à l'art. 12: *R. c. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451 (C.A.C.-B.). En outre, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a estimé que la peine minimale de quatre ans prévue à l'al. 244b) du *Code* (décharge d'une arme à feu avec l'intention de mettre en danger la vie d'autrui) ne violait pas l'art. 12: *R. c. Roberts* (1998), 199 R.N.-B. (2^e) 387. Finalement, en ce qui a trait à l'al. 236a) du *Code* (homicide involontaire coupable commis au moyen d'une arme à feu), un tribunal a jugé que la peine minimale obligatoire de quatre ans était conforme à l'art. 12: *R. c. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL) (C.S.).

72

However, in contrast to the *Hainnu* decision, the British Columbia Supreme Court did find that the s. 236(a) minimum sentence violated s. 12 of the *Charter* in *R. v. Bill* (1997), 13 C.R. (5th) 103 and (1998), 13 C.R. (5th) 125, appeal against conviction allowed and new trial ordered (1999), 123 B.C.A.C. 159, constitutionality of sentencing provision not considered. In *Bill*, the accused, who was an aboriginal Canadian, took a loaded rifle while intoxicated to a confrontation involving a group of men and the accused's family, with the intention of scaring off the group. In the course of the confrontation, the gun discharged, killing one of the men present. Taylor J. made the following observations about the offence of manslaughter, which in my view are equally applicable to the

Cependant, par contraste avec l'affaire *Hainnu*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que la peine minimale prévue à l'al. 236a) contrevenait à l'art. 12 de la *Charte* dans *R. c. Bill* (1997), 13 C.R. (5th) 103, et (1998), 13 C.R. (5th) 125; appel de la déclaration de culpabilité accueilli et nouveau procès ordonné (1999), 123 B.C.A.C. 159, absence d'examen de la constitutionnalité de la disposition relative à la détermination de la peine. Dans l'arrêt *Bill*, l'accusé, un Canadien d'origine autochtone, a, alors qu'il était en état d'ébriété, apporté une carabine chargée sur les lieux d'un affrontement entre un groupe de personnes et sa famille, dans l'intention de faire peur aux membres du groupe pour qu'ils déguerpissent. Au cours de l'affrontement, l'arme s'est déchargée, tuant un des hommes présents. Le juge Taylor a fait, au sujet de l'infraction d'homicide involontaire coupable, les observations suivantes qui, à mon avis, s'appliquent tout autant à l'infraction de

offence of criminal negligence causing death (13 C.R. (5th) 103, at pp. 114 and 119):

Unlike most other conduct proscribed by the *Criminal Code*, the offence of manslaughter can be based on an almost infinitely wide range of conduct. Often referred to as an offence that ranges from near accident to near murder, the circumstances that lead to convictions for manslaughter are almost like snowflakes bounded by a basic construction but infinite in details within that construction. The offence of manslaughter requires only an unlawful homicide which in simplistic terms is a homicide occurring in the course of an unlawful act or as a result of criminal negligence. Thus the offence of manslaughter can range from one end of the spectrum where all that need be absent is the intention to cause death, to the other end of the spectrum which is something approaching a mere accident. For this reason, manslaughter ordinarily carries no minimum sentence.

Manslaughter is quite unlike attempted murder, robbery, sexual assault, or most of the other offences to which I have earlier referred and for which Parliament has imposed a four year minimum sentence when a firearm is used in the commission of the offence. In those offences, the very reason that the offender possesses a firearm is for an unlawful purpose: an intention to murder, to rob, or to commit sexual assault. In contrast, where a firearm is used in commission of the offence of manslaughter, there may be no subjective unlawful intention, given that manslaughter can be committed in circumstances of purely objective recklessness. I note that, in such circumstances, the effectiveness of the principle of deterrence is to some extent diminished.

Taylor J., in evaluating the constitutionality of the sentence, found that the four-year minimum sentence provided in s. 236(a) would result in a grossly disproportionate sentence for the accused, thus invalidating the sentence on the first branch of the s. 12 analysis. Of particular importance to

négligence criminelle causant la mort (13 C.R. (5th) 103, aux pp. 114 et 119):

[TRADUCTION] Contrairement à la plupart des comportements prohibés par le *Code criminel*, l'infraction d'homicide involontaire coupable peut résulter d'un éventail presque infini de comportements. On parle souvent de l'homicide involontaire coupable comme étant l'infraction qui va de situations frôlant l'accident à celles frôlant le meurtre, et les circonstances qui mènent à une déclaration de culpabilité relativement à cette infraction sont presque comme des flocons de neige, c'est-à-dire qu'elles possèdent toutes une structure fondamentale, mais se caractérisent par une infinité de détails au sein de cette structure. L'infraction d'homicide involontaire coupable nécessite uniquement la perpétration d'un homicide illégal, ce qui signifie en termes simples un homicide qui survient lors de la perpétration d'un acte illégal ou qui résulte de la négligence criminelle. Par conséquent, l'infraction d'homicide involontaire coupable peut passer d'une extrémité du spectre — savoir les cas où il suffit que soit absente l'intention de causer la mort —, à l'autre extrémité — savoir les cas où l'infraction s'approche du simple accident. Voilà pourquoi aucune peine minimale n'est ordinairement prescrite à l'égard de l'homicide involontaire coupable.

L'homicide involontaire coupable ne ressemble en rien à la tentative de meurtre, au vol qualifié, à l'agression sexuelle ou à la plupart des autres infractions que j'ai mentionnées précédemment et à l'égard desquelles le législateur a fixé une peine minimale de quatre ans lorsqu'une arme à feu a été utilisée au cours de la perpétration de l'infraction. Dans ces infractions, la raison même pour laquelle le contrevenant possède une arme à feu est un dessein illicite: l'intention de commettre un meurtre, un vol ou une agression sexuelle. À l'opposé, lorsqu'une arme à feu sert à la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable, il est possible qu'il n'y ait pas d'intention subjective illégale, puisque l'homicide involontaire coupable peut être le résultat d'une témérité purement objective. Je souligne que, dans ces circonstances, l'efficacité du principe de dissuasion est quelque peu diminuée.

Dans l'examen de la constitutionnalité de la peine, le juge Taylor a estimé que l'emprisonnement minimal de quatre ans prévu à l'al. 236a) serait une peine exagérément disproportionnée à l'égard de l'accusé, invalidant en conséquence la peine en application du premier volet de l'analyse

Taylor J. was the direction found in s. 718.2(e) of the *Code*, that all available sanctions other than imprisonment should be considered, particularly for aboriginal offenders (p. 117).

74

Prior to the *Firearms Act* amendments imposing mandatory minimum punishments for manslaughter and criminal negligence causing death with a firearm, this Court recognized the importance of flexibility in determining the appropriate sentence for the offence of manslaughter. McLachlin J. in *Creighton*, *supra*, at pp. 48-49, made the following observations regarding the inappropriateness of a minimum sentence to the offence of manslaughter:

Murder entails a mandatory life sentence; manslaughter carries with it no minimum sentence. This is appropriate. Because manslaughter can occur in a wide variety of circumstances, the penalties must be flexible. An unintentional killing while committing a minor offence, for example, properly attracts a much lighter sentence than an unintentional killing where the circumstances indicate an awareness of risk of death just short of what would be required to infer the intent required for murder. The point is, the sentence can be and is tailored to suit the degree of moral fault of the offender.

While *Creighton* and *Bill* concerned unlawful act manslaughter, as opposed to manslaughter by criminal negligence, McLachlin J.'s words remain resonant for this case, which concerns the constitutionality of the mandatory minimum sentence for a type of manslaughter, criminal negligence causing death.

75

To the extent possible, mandatory minimum sentences must be read consistently with the general principles of sentencing expressed, in particu-

fondée sur l'art. 12. Le juge Taylor a accordé une importance toute particulière à l'obligation prévue à l'al. 718.2e) du *Code*, soit d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones (p. 117).

Avant l'adoption des modifications à la *Loi sur les armes à feu* prescrivant l'application de peines minimales obligatoires à l'égard des infractions d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort lorsqu'il y a usage d'une arme à feu, notre Cour a reconnu l'importance de la souplesse dans la détermination de la peine appropriée pour l'infraction d'homicide involontaire coupable. Dans l'arrêt *Creighton*, précité, à la p. 48, le juge McLachlin a fait les observations suivantes relativement au caractère inapproprié d'une peine minimale pour l'infraction d'homicide involontaire coupable:

[Le meurtre] entraîne une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité tandis que l'homicide involontaire coupable ne comporte aucune peine minimale. Cela est bien. Puisque l'homicide involontaire coupable peut se commettre dans des circonstances des plus diverses, il doit y avoir souplesse quant aux peines. C'est à juste titre, par exemple, qu'un homicide non intentionnel commis lors de la perpétration d'une infraction mineure donne lieu à une peine beaucoup moins sévère que celle entraînée par l'homicide non intentionnel perpétré dans des circonstances témoignant d'une conscience du risque de mort qui reste juste en deçà de ce qu'il faudrait pour conclure à l'existence de l'intention requise pour un meurtre. Tout cela pour dire que la peine peut être adaptée pour tenir compte du degré de faute morale chez le contrevenant, et c'est ce qui se passe dans les faits.

Même si les arrêts *Creighton* et *Bill* traitaient d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, plutôt que d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle, les propos du juge McLachlin trouvent néanmoins écho dans le présent pourvoi, qui porte sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prescrite à l'égard d'un type d'homicide involontaire coupable, la négligence criminelle causant la mort.

Dans la mesure du possible, les peines minimales obligatoires doivent être interprétées conformément aux principes généraux de détermination

lar, in ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code: Wust* (S.C.C.), *supra*, at para. 22. By fixing a minimum sentence, particularly when the minimum is still just a fraction of the maximum penalty applicable to the offence, Parliament has not repudiated completely the principle of proportionality and the requirement, expressed in s. 718.2(b), that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances. Therefore, in my view, the mandatory minimum sentences for firearms-related offences must act as an inflationary floor, setting a new minimum punishment applicable to the so-called “best” offender whose conduct is caught by these provisions. The mandatory minimum must not become the standard sentence imposed on all but the very worst offender who has committed the offence in the very worst circumstances. The latter approach would not only defeat the intention of Parliament in enacting this particular legislation, but also offend against the general principles of sentencing designed to promote a just and fair sentencing regime and thereby advance the purposes of imposing criminal sanctions.

The proper approach to the determination of the constitutional validity of mandatory minimum sentences, under the guidance of the jurisprudence of this Court, is, in my view, to give effect to this inflationary scheme, except when the statutory impossibility of going below the minimum is offensive to s. 12 of the *Charter* where the mandatory minimum requires the imposition of a sentence that would be not merely unfit, which is constitutionally permissible, but rather one that is grossly disproportionate to what the appropriate punishment should be. The search for the appropriate punishment is not an abstract exercise. It is very much guided by the types of sentences that have been imposed in the past on similarly situated offenders, and because of that, it changes over time, and may come to reflect the inflationary con-

de la peine énoncés, en particulier, aux art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel: Wust* (C.S.C.), précité, au par. 22. En établissant une peine minimale, particulièrement lorsque celle-ci ne représente qu’une fraction de la peine maximale applicable à l’infraction, le législateur n’a pas complètement écarté le principe de la proportionnalité, ni l’obligation, énoncée à l’al. 718.2b), d’infliger des peines semblables à des délinquants semblables pour des infractions semblables dans des circonstances semblables. Par conséquent, je suis d’avis que les peines minimales obligatoires prescrites pour les infractions liées aux armes à feu doivent servir de plancher haussant les peines généralement imposées et fixant ainsi une nouvelle sanction minimale applicable au délinquant dit «le moins répréhensible» dont la conduite est visée par ces dispositions. Le minimum obligatoire ne doit pas devenir la peine usuelle infligée à tous les délinquants, à la seule exception du délinquant de la pire espèce qui commet l’infraction dans les circonstances les plus odieuses. Cette approche aurait non seulement pour effet de contrecarrer l’intention qu’avait le législateur en édictant ces mesures législatives particulières, mais contreviendrait en outre aux principes généraux de détermination de la peine qui visent à instaurer un régime juste et équitable de détermination de la peine et ainsi à contribuer à la réalisation des objectifs visés par l’infligation de sanctions criminelles.

À mon avis, conformément aux indications données par la jurisprudence de notre Cour, l’approche qu’il convient d’adopter pour déterminer la validité constitutionnelle des peines minimales obligatoires consiste à donner effet à l’intention du législateur d’augmenter les peines généralement imposées, sauf lorsque l’impossibilité faite par la loi d’infliger des peines inférieures au minimum prescrit porte atteinte au droit garanti par l’art. 12 de la *Charte*, dans les cas où le respect de la sanction minimale obligatoire entraînerait l’infligation d’une peine qui serait non seulement inappropriée — ce qui est autorisé par la Constitution — mais qui serait de surcroît exagérément disproportionnée par rapport à la sanction qui serait appropriée. La recherche de la peine appropriée n’est pas une tâche effectuée dans l’abstrait. Elle se base dans

sequences of the proper application of mandatory minimum sentences for particular types of offences. In this respect, I would disagree with Quinn J., who in the firearms manslaughter case of *R. v. Scozzafava*, [1997] O.J. No. 5804 (QL) (Gen. Div.), at para. 33, observed that the existence of the four-year minimum should not result in a proportional general increase beyond the range of sentences found in pre-1996 cases.

une large mesure sur les diverses peines infligées jusque-là à des délinquants dans une situation analogue et, pour cette raison, elle évolue au fil du temps et pourrait en venir à refléter l'augmentation générale des peines entraînée par l'application appropriée des peines minimales obligatoires prescrites pour certains types d'infractions. À cet égard, je suis en désaccord avec le juge Quinn qui, dans *R. c. Scozzafava*, [1997] O.J. No. 5804 (QL) (Div. gén.), une affaire d'homicide involontaire perpétré avec l'usage d'une arme à feu, a affirmé, au par. 33, que l'existence de la peine minimale de quatre ans ne devrait pas se traduire par une augmentation générale proportionnelle des peines, par rapport à l'éventail des peines infligées dans les décisions antérieures à 1996.

77

The effect of this inflation is already evident when we consider the sentences meted out in the cases cited by my colleague, Gonthier J., as "context" for the conduct caught by s. 220(a). For example, in some early hunting cases, the penalties imposed on conviction were relatively light in comparison to the current mandatory minimum. In *R. v. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77 (Sask. C.A.), a hunter, who failed to accurately identify his target and shot another hunter, killing him, was given a \$2,000 fine, which in default would become a one-year term of imprisonment. And in *R. v. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262 (B.C.C.A.), a hunter, who had shot a person sitting in a boat which the hunter had mistaken for a moose, was subsequently sentenced to nine months in jail. In *R. v. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459 (Prov. Ct.), the accused, who was on a hunting trip and intoxicated at the time, was charged with pointing a firearm contrary to s. 84(1) (now s. 87(1)), even though a death resulted when the gun discharged. Although a penalty of up to five years' imprisonment was available, the judge suspended sentence and imposed a term of two years' probation. It should be noted that the appellant submitted *Lefthand*, and other cases discussed immediately below, as examples of reasonable hypotheticals, suitable for demonstrating that the mandatory minimum

Ces effets à la hausse ressortent déjà de façon évidente des peines infligées dans les décisions dont a fait état mon collègue le juge Gonthier à titre de «contexte» pour la conduite visée à l'al. 220a). Par exemple, dans certaines vieilles affaires de chasse, les peines prononcées en cas de déclaration de culpabilité étaient relativement légères par rapport à la peine minimale prescrite actuellement. Dans *R. c. McCrea*, [1970] 3 C.C.C. 77 (C.A. Sask.), un chasseur qui, n'ayant pas identifié adéquatement sa cible, avait tiré sur un autre chasseur et l'avait tué, a été condamné à verser une amende de 2 000 \$ ou, à défaut de paiement, à un an de prison. Puis, dans *R. c. Weber*, [1973] 1 W.W.R. 262 (C.A.C.-B.), un chasseur qui avait tué une personne assise dans une embarcation qu'il avait prise à tort pour un orignal a été condamné à une peine d'emprisonnement de neuf mois. Dans *R. c. Lefthand* (1981), 31 A.R. 459 (C. prov.), l'accusé, qui participait à une excursion de chasse et était en état d'ébriété au moment de l'infraction, a été inculpé d'avoir braqué une arme à feu sur une autre personne en contravention du par. 84(1) (aujourd'hui le par. 87(1)), même si cette personne avait été tuée lorsque l'arme s'est déchargée. Même si le délinquant était passible d'une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans, le juge a choisi de surseoir au prononcé de la peine et d'imposer une période de deux ans de probation. Il convient de souligner que l'appelant a soumis l'affaire *Lefthand* et d'autres décisions analysées ci-dessous

applied in these circumstances would infringe s. 12.

In the second type of reasonable hypothetical, which Gonthier J. characterizes as cases where the accused was playing irresponsibly with a gun, the sentences also reflect a pre-*Firearms Act* evaluation of a suitable sentence. As recently as 1992, the British Columbia Court of Appeal allowed an appeal against sentence by an accused, who after pointing and firing a gun at a group of friends, believing it to contain spent ammunition, killed one of the group. A sentence of 18 months' incarceration was substituted for the original sentence of three years for the offence of criminal negligence causing death: *R. v. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36. In Ontario, the Court of Appeal upheld a sentence of 18 months of open custody imposed on a young offender, who had killed a friend while playing Russian roulette: *R. v. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157. And, in *R. v. Saswirsky*, (1981), 6 W.C.B. 344 (Ont. Co. Ct.), a police officer who killed his girlfriend while playing Russian roulette was sentenced to one year in jail upon his conviction for criminal negligence causing death.

The case of *R. v. Yun Ying Lee*, Ont. Prov. Ct., June 8, 1981 (summarized at 6 W.C.B. 344), also submitted by the appellant, is particularly instructive. There, a woman who was visiting her relatives posed for photographs with her seven-year-old nephew, holding a gun which, unbeknownst to her, had been loaded earlier in the day. She pointed the gun at the child and pulled the trigger, killing him. While the accused did plead guilty to the charge of criminal negligence causing death, the Crown presented the factual circumstances to the court by way of examining the investigating police officer on the case, who was cross-examined by the accused's counsel. The court found that the accused's behaviour did constitute a wanton and reckless disregard for the lives and safety of

à titre d'exemples d'hypothèses raisonnables propres à démontrer que, si la peine minimale obligatoire était appliquée dans ces circonstances, elle porterait atteinte au droit garanti par l'art. 12.

Dans le second type d'hypothèses raisonnables — que le juge Gonthier a qualifiées d'affaires où l'accusé s'amusait avec une arme à feu de manière irresponsable —, les peines reflètent également la perception de ce qui constituait une peine appropriée avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les armes à feu*. Aussi récemment qu'en 1992, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli un appel de la peine infligée à un accusé qui, après avoir braqué une arme en direction d'un groupe d'amis et fait feu, croyant que l'arme contenait des cartouches vides, avait tué une des personnes du groupe. Une peine d'emprisonnement de 18 mois a été substituée à la peine initiale de trois ans pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort: *R. c. Bell* (1992), 17 B.C.A.C. 36. En Ontario, la Cour d'appel a confirmé la validité d'une peine de 18 mois de garde en milieu ouvert infligée à un jeune contrevenant qui avait tué un ami en jouant à la roulette russe: *R. c. J.C.* (1992), 58 O.A.C. 157. Finalement, dans *R. c. Saswirsky* (1981), 6 W.C.B. 344 (C. cté Ont.), un policier qui avait tué sa petite amie en jouant à la roulette russe a été condamné à un an d'emprisonnement après avoir été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort.

L'affaire *R. c. Yun Ying Lee*, C. prov. Ont., 8 juin 1981, résumée à 6 W.C.B. 344, également invoquée par l'appelant, est particulièrement instructive. Dans cette affaire, une femme en visite chez des parents se faisait photographier avec son neveu de sept ans en tenant une arme qui, à son insu, avait été chargée plus tôt dans la journée. Elle a braqué l'arme sur l'enfant et a appuyé sur la détente, tuant l'enfant. Bien que l'accusée ait plaidé coupable à l'accusation de négligence criminelle causant la mort, le ministère public a présenté les circonstances factuelles au tribunal en interrogeant le policier chargé de l'enquête, lequel a été contre-interrogé par l'avocat de l'accusée. Le tribunal a jugé que, par son comportement, l'accusée avait fait preuve d'insouciance déréglée ou

others. However, because the judge found that the sentencing principles of deterrence and rehabilitation should not be pre-eminent in the circumstances of this case, the accused received a suspended sentence and was allowed to return to her native Hong Kong, where she could continue parenting her three children.

80 Unfettered by a mandatory minimum, but in the face of an offence carrying a maximum penalty of life imprisonment (see *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 203), the trial judge decided that a fit sentence would not require a term of imprisonment. In such a case, in my view, a four-year penitentiary term would not be merely unfit but grossly disproportionate to the appropriate sentence and therefore unconstitutional.

81 The *Yun Ying Lee* case is not marginally imaginable or unlikely to occur. For example, more recently, in *R. v. Ball*, [1993] O.J. No. 3207 (QL) (Gen. Div.), the accused killed his friend unintentionally when he carelessly handled a gun, unaware that it was loaded. He was convicted of unlawful act manslaughter but in the circumstances received a suspended sentence and 200 hours of community service.

82 As I indicated at the outset, I believe that there will unavoidably be a case in which a four-year minimum sentence for this offence will be grossly disproportionate. Since the inflationary effect of the mandatory floor is likely to increase all penalties for this offence, there will arguably be fewer such cases for which four years will be grossly disproportionate and therefore unconstitutional. Nonetheless, in light of the variety of conduct captured by this prohibition, I believe it likely that there will continue to be some. I see little purpose in attempting to tailor a factual scenario that would

téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Cependant, le juge ayant estimé qu'il ne convenait pas, dans les circonstances de l'affaire, d'accorder une importance prépondérante aux principes de détermination de la peine que sont la dissuasion et la réinsertion sociale, l'accusée a bénéficié d'un sursis au prononcé de la peine et a été autorisée à retourner à Hong Kong, sa ville natale, où elle pouvait continuer à élever ses trois enfants.

Sans être assujetti aux restrictions découlant de l'existence d'une peine minimale obligatoire, mais étant néanmoins saisi d'une infraction punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité (voir *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 203), le juge du procès a estimé que la peine appropriée ne commandait pas l'infliction d'une période d'emprisonnement. Dans un tel cas, à mon avis, une peine d'emprisonnement de quatre ans ne serait pas seulement inappropriée, elle serait exagérément disproportionnée par rapport à la peine appropriée et donc inconstitutionnelle.

L'affaire *Yun Ying Lee* ne décrit pas une situation difficilement imaginable ou ayant peu de chances de se produire. Par exemple, dans une affaire plus récente, *R. c. Ball*, [1993] O.J. No. 3207 (QL) (Div. gén.), l'accusé a sans le vouloir tué son ami en manipulant de manière imprudente une arme, ne sachant pas qu'elle était chargée. Il a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, mais s'est vu accorder, dans les circonstances, un sursis au prononcé de la peine et 200 heures de travaux communautaires.

Comme je l'ai indiqué dès le début, j'estime qu'il surviendra inévitablement des cas où un emprisonnement minimal de quatre ans pour cette infraction sera une peine exagérément disproportionnée. Étant donné que l'effet à la hausse du plancher obligatoire augmentera vraisemblablement toutes les peines infligées à l'égard de cette infraction, il est possible d'affirmer qu'il surviendra moins de cas où l'infliction d'une peine de quatre ans sera exagérément disproportionnée et, de ce fait, inconstitutionnelle. Néanmoins, compte tenu de la diversité des comportements visés par

illustrate this point of gross disproportionality. It could only be done by injecting a high degree of specificity to the hypothetical, which stretches the use of that jurisprudential technique beyond the purpose for which it was originally designed.

In general terms, I believe that gross disproportionality is likely to manifest itself, for example, in the context of spousal abuse, as suggested by Professor T. L. Quigley, of the University of Saskatchewan, who testified before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs regarding the mandatory minimum penalties set out in Bill C-68, the *Firearms Act* (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, October 19, 1995, at p. 60:34). Professor Quigley suggested that in the case of an abused woman who finally reacts to her abuser, kills him and is charged with criminal negligence causing death or manslaughter, “[t]here may be compelling reasons why a four-year sentence is grossly disproportionate in those circumstances”. Indeed, the recent case of *R. v. Ferguson*, [1997] O.J. No. 2488 (QL) (Gen. Div.), concerned an accused who intentionally shot her abusive husband, while he was lying on a couch. Charged with murder, the accused was convicted of manslaughter and in the circumstances of the case, sentenced to a two-year-less-a-day conditional sentence. Because the offence occurred prior to the enactment of the *Firearms Act*, the judge ruled that the mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm, provided in s. 236(a), did not apply (at para. 124).

l’interdiction, je suis d’avis qu’il continuera de s’en présenter. Je ne vois pas l’utilité de tenter de concevoir un scénario factuel qui illustrerait le point où il y aurait disproportion exagérée. Ce ne serait possible qu’en injectant à l’hypothèse un haut degré de spécificité, ce qui aurait pour effet d’élargir le recours à cette technique jurisprudentielle au-delà de l’objet pour lequel elle a été conçue à l’origine.

En termes généraux, j’estime qu’un contexte dans lequel des peines exagérément disproportionnées risquent d’être infligées est, par exemple, celui de la violence conjugale, comme l’a suggéré le professeur T. L. Quigley de l’Université de la Saskatchewan dans son témoignage devant le comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles à propos des peines minimales obligatoires prévues par le projet de loi C-68, la *Loi sur les armes à feu* (*Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 60, le 19 octobre 1995, à la p. 60:34). Le professeur Quigley a affirmé que, dans le cas d’une femme victime de violence conjugale qui finit par réagir contre son agresseur et le tue, pour être ensuite accusée de négligence criminelle causant la mort ou d’homicide involontaire coupable, [TRADUCTION] «[i]l peut y avoir des circonstances où une peine de quatre années de prison [. . .] serait manifestement disproportionnée». De fait, la récente affaire *R. c. Ferguson*, [1997] O.J. No. 2488 (QL) (Div. gén.), impliquait une accusée qui avait intentionnellement fait feu sur son époux violent pendant qu’il était étendu sur un canapé. Des accusations de meurtre ont été portées contre l’accusée, qui a été déclarée coupable d’homicide involontaire coupable et, eu égard aux circonstances de l’affaire, condamnée à une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. Puisque l’infraction avait eu lieu avant l’édiction de la *Loi sur les armes à feu*, le juge a estimé que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 236a) pour l’infraction d’homicide involontaire coupable par suite de l’usage d’une arme à feu ne s’appliquait pas (au para. 124).

84 Additionally, the cases of *R. v. D.E.C.*, [1995] B.C.J. No. 1074 (QL) (S.C.), and *R. v. Chivers*, [1988] N.W.T.R. 134 (S.C.), also involved battered women who were convicted of a firearms homicide and received a suspended sentence in conjunction with probation. While battered women's syndrome was not sufficient to act as a complete defence to the charge, it was nonetheless considered a mitigating factor on sentencing.

85 In other cases involving battered women's syndrome and firearms homicides, courts have imposed relatively short periods of incarceration. For example, in *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390 (B.C.C.A.), the accused was convicted of unlawful act manslaughter, after accidentally shooting her husband while he slept, as she attempted to unload a gun. Although the accused was intoxicated at the time, the court recognized that she had a long history of abuse at the hands of her husband and in attempting to unload the gun, she was acting out of concern for her children's and her own safety. She was sentenced to six months' incarceration, followed by 12 months' probation.

86 Another type of situation in which the four-year mandatory minimum sentence under s. 220(a) could be found to violate s. 12 involves police officers or security guards who are required to carry firearms as a condition of their employment and who, in the course of their duty, negligently kill someone with their firearm. Of course, the law will hold such persons to a high standard of care in the use and handling of their firearms; however, it is nonetheless conceivable that circumstances could arise in which a four-year penitentiary term could constitute cruel and unusual punishment.

87 For example, a police officer was convicted of criminal negligence causing death when he shot the victim during a confrontation between native

En outre, les affaires *R. c. D.E.C.*, [1995] B.C.J. No. 1074 (QL) (C.S.), et *R. c. Chivers*, [1988] N.W.T.R. 134 (C.S.), mettaient elles aussi en cause des femmes battues qui ont été déclarées coupables d'homicide perpétré avec une arme à feu et qui ont reçu un sursis au prononcé de la peine assorti d'une période de probation. Le syndrome de la femme battue ne constituait pas un moyen de défense complet à l'encontre de l'accusation, mais il a néanmoins été pris en considération comme circonstance atténuante au moment de la détermination de la peine.

Dans d'autres affaires traitant du syndrome de la femme battue et d'homicides commis avec une arme à feu, les tribunaux ont infligé des peines d'emprisonnement relativement courtes. À titre d'exemple, dans *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390 (C.A.C.-B.), l'accusée a été déclarée coupable d'homicide involontaire résultant d'un acte illégal après avoir accidentellement fait feu sur son époux endormi pendant qu'elle tentait de vider une arme. Bien que l'accusée ait été en état d'ébriété au moment de l'infraction, le tribunal a reconnu qu'elle avait un long passé de violence aux mains de son époux et qu'elle avait tenté de vider l'arme parce qu'elle craignait pour sa sécurité et celle de ses enfants. Elle a été condamnée à six mois d'incarcération, suivis de 12 mois de probation.

Un autre type de situation où l'on pourrait conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 220a) contrevient à l'art. 12 est le cas des policiers ou des gardiens de sécurité qui doivent porter des armes à feu dans le cadre de leur emploi et qui, dans l'exercice de leurs fonctions, causent négligemment la mort d'autrui avec leur arme. Il va de soi que ces personnes sont tenues par la loi à une norme de prudence élevée dans l'usage et la manipulation de leurs armes à feu; cependant, il est néanmoins possible d'imaginer que, dans certaines circonstances, un emprisonnement de quatre ans pourrait constituer une peine cruelle et inusitée.

Par exemple, un policier a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort après avoir abattu la victime au cours d'un affrontement

protesters and the provincial police in September 1995: *R. v. Deane*, [1997] O.J. No. 3578 (QL) (Prov. Div.). Fraser Prov. J. imposed a conditional sentence of two years less a day, to be served in the community, under the then recently enacted provision permitting this kind of disposition: s. 742.1 of the *Criminal Code*, added S.C. 1995, c. 22, s. 6. Fraser Prov. J. noted that had the offence occurred in September 1994, a conditional sentence would not have been available to the accused and, similarly, had the offence occurred in September 1996, subsequent to the *Firearms Act* amendments, the accused would have had to face a four-year mandatory minimum, precluding the use of a conditional sentence. Interestingly, Fraser Prov. J. queried “whether the legislators considered the fairness of having those accused such as policemen or guards, who have legitimate reasons for possessing a firearm, subject to the same statutory minimum as others who are not required for employment purposes to carry a gun” (para. 21).

Having referred to these disparate scenarios arising from actual cases, I would not want to prejudge the determination of what would be a fit and constitutional sentence in any of these cases. The jurisprudence demonstrates that sentencing principles and practice reject pigeonhole approaches and favour a disposition that is sensitive to all the circumstances of every individual case.

The approach of my colleague Gonthier J. has been to view some of the actual cases that have arisen as “marginal” cases not contemplated by the approach set out in *Goltz*, *supra* (see Gonthier J.’s reasons, at para. 32). My concern is that upholding the constitutionality of s. 220(a) on this basis makes the constitutionality of the provision dependent essentially on timing. It will be upheld until it is challenged in a “marginal” case, or at least one that was viewed as too marginal to constitute a rea-

entre des manifestants autochtones et la police provinciale en septembre 1995: *R. c. Deane*, [1997] O.J. No. 3578 (QL) (Div. prov.). Le juge Fraser a infligé une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, à purger au sein de la collectivité, en vertu de la disposition qui venait d’être édictée et autorisait ce genre de peine: art. 742.1 du *Code criminel*, ajouté par L.C. 1995, ch. 22, art. 6. Le juge Fraser a souligné que si l’infraction avait été perpétrée en septembre 1994, l’accusé n’aurait pas pu bénéficier d’une peine d’emprisonnement avec sursis, et, de même, que si elle avait été commise en septembre 1996, après l’entrée en vigueur des modifications à la *Loi sur les armes à feu*, l’accusé aurait été passible d’une peine minimale obligatoire de quatre ans, ce qui aurait fait obstacle à l’octroi de l’emprisonnement avec sursis. Fait intéressant, le juge Fraser s’est posé la question de savoir [TRADUCTION] «si le législateur s’était demandé s’il était équitable d’assujettir des accusés tels que les policiers ou les gardiens, qui ont des raisons légitimes d’avoir une arme à feu en leur possession, à la même peine minimale prévue par la loi que les autres personnes qui ne sont pas tenues de porter une arme dans le cadre de leur emploi» (par. 21).

88 Quoique je me sois référée à ces scénarios hétéroclites inspirés d’affaires réelles, je ne veux aucunement préjuger de ce qui constituerait une peine appropriée et constitutionnellement valide dans l’un ou l’autre de ces cas. La jurisprudence démontre que les principes et la pratique en matière de détermination de la peine rejettent les approches de compartimentation et privilégient une décision qui tienne compte des circonstances particulières de chaque affaire.

89 L’approche adoptée par mon collègue le juge Gonthier a consisté à considérer certaines affaires réelles comme des cas «limites» non visés par l’approche établie dans l’arrêt *Goltz*, précité (voir les motifs du juge Gonthier, au par. 32). À mon avis, le problème qui se pose est que la confirmation de la constitutionnalité de l’al. 220a) pour ce motif fait dépendre la constitutionnalité de cette disposition essentiellement du moment où l’affaire est soumise au tribunal. La validité de la disposition

sonable hypothetical, but when that case arises, the section will be struck down under the first branch of the test in *Smith* and *Goltz*, for the benefit, presumably, of all subsequent cases. Under that approach, it is also unclear whether a person should be precluded from re-challenging the constitutionality of the section on the basis that his or her case, or a variant thereof, was considered as a reasonable hypothetical by an appellate court or by this Court, and said not to amount to a violation of s. 12. Of additional concern, the precedential value of the decision for all the types of cases that were simply not canvassed as reasonable hypotheticals is uncertain: see Gonthier J.'s reasons, at para. 55.

sera confirmée jusqu'à ce qu'elle soit contestée dans un cas «limite», ou à tout le moins dans un cas qui aura été perçu comme étant trop marginal pour constituer une hypothèse raisonnable, mais lorsque ce cas se présentera, l'article sera invalidé en application du premier volet de l'analyse établie dans les arrêts *Smith* et *Goltz*, situation qui profitera vraisemblablement aux affaires subséquentes. Selon cette approche, il n'est pas clair non plus s'il faut interdire à une personne de contester à nouveau la constitutionnalité de l'article parce que son cas à elle, ou une variante de celui-ci, a été considéré comme une hypothèse raisonnable par une cour d'appel ou par notre Cour, et a été jugé ne pas constituer une violation de l'art. 12. Un autre problème est l'incertitude touchant la valeur de la décision en tant que précédent applicable à l'égard de tous les types de cas qui n'ont tout simplement pas été envisagés comme des hypothèses raisonnables: voir les motifs du juge Gonthier, au par. 55.

90

These considerations were not acute in previous cases, such as *Smith, supra*, and *Goltz, supra*, since the types of offences considered there contained fewer variables, and gave rise to a lesser spread of sentencing options. Yet McIntyre J. in *Smith* wrote a forceful dissent, disagreeing with the use of reasonable hypotheticals in a constitutional challenge of a sentence under s. 12. McIntyre J. acknowledged the appropriateness of allowing parties to challenge laws on constitutional grounds where their own rights had not been directly infringed, in order to protect the rights of others who may not be in a position to challenge the legislation and whose rights might be affected, or "chilled", by allowing unconstitutional legislation to remain unchallenged (at pp. 1084-85). However, McIntyre J. in *Smith* would not have allowed parties to invoke the rights of hypothetical third parties to support their challenge where the impugned law "does not prohibit any individual from engaging in a constitutionally protected activity" (p. 1085).

Ces considérations n'étaient pas pressantes dans les affaires antérieures, tels les arrêts *Smith* et *Goltz*, précités, puisque les types d'infractions en cause comportaient moins de variables et donnaient ouverture à un éventail moins large de peines. Malgré tout, dans l'arrêt *Smith*, le juge McIntyre a rédigé une vigoureuse dissidence indiquant qu'il désapprouvait le recours à des hypothèses raisonnables dans le cadre de la contestation constitutionnelle d'une peine en vertu de l'art. 12. Le juge McIntyre a reconnu qu'il convenait de permettre aux parties de contester la validité constitutionnelle de mesures législatives qui ne portent pas directement atteinte à leurs droits, dans le but de protéger les droits de tiers qui ne sont peut-être pas en mesure de contester la législation eux-mêmes, et dont les droits pourraient être affectés, ou qui pourraient être «inhibés» dans l'exercice de ces droits, si les mesures inconstitutionnelles n'étaient pas contestées (aux pp. 1084 et 1085). Cependant, dans l'arrêt *Smith*, le juge McIntyre n'aurait pas autorisé des parties à invoquer les droits de tiers hypothétiques pour appuyer leur contestation lorsque la loi attaquée «n'interdit à personne d'exercer une activité protégée par la Constitution» (p. 1085).

III. Conclusion

In *Smith*, where a sentence of eight years had been conceded as fit for the appellant, this Court found that the mandatory minimum sentence of seven years, provided in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, did breach s. 12 on a reasonable hypothetical basis. Subsequently, the appellant was re-sentenced in the British Columbia Court of Appeal to six years, since the original sentence, while considered fit at the time, had nonetheless been influenced by “an atmosphere created by the minimum provision”: *R. v. Saulnier* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 232, at p. 244, *per* Seaton J.A.

In the present case, the trial judge expressed the view that a fit sentence would be three years’ imprisonment. Not only do I agree that, in the circumstances, four years is not grossly disproportionate, but even if the provision were to be struck down, on a strict application of *Smith* and *Goltz*, because it is likely to be grossly disproportionate in some completely different case in the future, I do not believe that it would be appropriate to reduce the sentence. Parliament is entitled to dictate the range of applicable sentences for any offence, subject only to constitutional restraints, in this case the restraint imposed by s. 12 of the *Charter*. I believe that courts must give effect to Parliament’s direction that a threshold be applied as the minimum penalty for the offence, save in cases where such penalty is grossly disproportionate punishment for the particular offender.

In the case of some offences, it is possible for the courts to decide once and for all, with adequate certainty, whether, and if so when, the mandatory minimum will not be constitutionally acceptable. This was so in some of the previous decisions of this Court. I do not believe that this is one of these cases. In my view, it would be prejudicial to the interest of the hypothetical accused who will wish

III. Conclusion

Dans l’arrêt *Smith*, où il avait été admis qu’une peine de huit ans était appropriée dans le cas de l’appelant, notre Cour a jugé, à partir d’une hypothèse raisonnable, que la peine minimale obligatoire de sept ans prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, violait l’art. 12. Par la suite, l’appelant s’est vu infliger une nouvelle peine, de six ans celle-là, par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, puisque la peine originale, bien que considérée appropriée à l’époque, avait néanmoins été influencée par [TRA-
DUCTION] l’«atmosphère créée par la disposition établissant la peine minimale»: *R. c. Saulnier* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 232, à la p. 244, le juge Seaton.

Dans le cas présent, le juge du procès a exprimé l’avis qu’un emprisonnement de trois ans était une peine appropriée. Non seulement suis-je d’avis qu’une peine d’emprisonnement de quatre ans n’est pas exagérément disproportionnée dans les circonstances, mais j’estime également que, même si par suite d’une application stricte des arrêts *Smith* et *Goltz* la disposition devait être invalidée du fait que cette peine risque d’être exagérément disproportionnée dans une affaire tout à fait différente dans le futur, il ne conviendrait pas de réduire la peine infligée. Il est loisible au législateur de dicter l’éventail des peines applicables à l’égard de toute infraction, sous réserve seulement des limites établies par la Constitution, en l’espèce la limite imposée par l’art. 12 de la *Charte*. À mon avis, les tribunaux doivent donner effet aux directives du législateur intimant d’appliquer le plancher prescrit comme peine minimale pour l’infraction, sauf dans les cas où une telle sanction serait exagérément disproportionnée à l’égard d’un délinquant donné.

Pour certaines infractions, il est possible aux tribunaux de déterminer une fois pour toutes, avec suffisamment de certitude, si la peine minimale obligatoire est inacceptable sur le plan constitutionnel et, dans l’affirmative, dans quels cas cela se produira. Cela s’est déjà vu dans certaines décisions antérieures de notre Cour. Je ne crois pas que nous soyons en présence d’un tel cas. À mon avis,

91

92

93

to demonstrate that four years' imprisonment would be grossly unjust if imposed on him or her, to no jurisprudential benefit, in the form of certainty or otherwise, if we were simply to uphold the provision for the reasons articulated by my colleague.

94

In cases of manslaughter involving the use of a firearm and arising from criminal negligence causing death, I believe that the better approach is to read the mandatory minimum as applicable in all cases save those in which it would be unconstitutional to do so. In a sense, rather than embarking on a search for the fit sentence, the sentencing judge would begin by applying the mandatory minimum unless he or she was persuaded that the minimum was grossly disproportionate to the particular circumstances of the case. This approach is, in my view, more consistent with Parliament's desire to see an increase in the rate and length of imprisonment for this type of offence, while giving effect to Parliament's obligation to operate within the framework set out by the Constitution.

95

For these reasons I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed except that accused's sentence adjusted to take pre-trial custody into account.

Solicitor for the appellant: Malcolm S. Jeffcock, Truro, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

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

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

si notre Cour ne faisait que confirmer la disposition pour les motifs exposés par mon collègue, une telle décision porterait préjudice aux intérêts d'un éventuel accusé qui voudrait démontrer qu'un emprisonnement de quatre ans serait une peine exagérément injuste dans son cas, sans apporter quelque bénéfice sur le plan jurisprudentiel, que ce soit du point de vue de la certitude ou autrement.

Dans les cas d'homicide involontaire coupable où la mort a été causée par négligence criminelle et où il y a eu usage d'une arme à feu, je suis d'avis qu'il convient de considérer que la peine minimale obligatoire s'applique dans tous les cas, sauf lorsque son application serait inconstitutionnelle. En un sens, au lieu de se lancer à la recherche de la peine appropriée, le juge qui détermine la peine commence par appliquer la peine minimale obligatoire, sauf s'il est convaincu que cette peine est exagérément disproportionnée dans les circonstances particulières de l'affaire. À mon avis, cette approche est davantage conforme au désir du législateur de voir augmenter le nombre et la durée des peines d'emprisonnement infligées pour ce type d'infraction, tout en donnant effet à l'obligation qui incombe au législateur d'agir à l'intérieur des limites fixées par la Constitution.

Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté, sauf en ce qui concerne la peine de l'accusé, qui est réduite pour tenir compte de la période qu'il a passée sous garde avant son procès.

Procureur de l'appellant: Malcolm S. Jeffcock, Truro (Nouvelle-Écosse).

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Peter W. Ewert and Geoffrey R. Gaul, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Peter W. Ewert et Geoffrey R. Gaul, Victoria.

Robert Dennis Starr *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of British
Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STARR

Neutral citation: 2000 SCC 40.

File No.: 26514.

Hearing: December 3, 1998.

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

Rehearing: February 24, 2000; September 29, 2000.

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
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Present intentions exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting statement of intention made by deceased — Whether statement admissible under “present intentions” exception to hearsay rule — Whether statement admissible under principled approach to hearsay admissibility — Whether exceptions to hearsay rule must conform to principled approach to hearsay admissibility — Whether hearsay that fits within traditional exception may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Prior identification exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting

Robert Dennis Starr *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario
et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STARR

Référence neutre: 2000 CSC 40.

N° du greffe: 26514.

Audition: 3 décembre 1998.

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

Nouvelle audition: 24 février 2000; 29 septembre 2000.

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 MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Exception des intentions existantes — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès de la déclaration d'intention de la victime — La déclaration est-elle admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du oûi-dire? — La déclaration est-elle admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oûi-dire? — Les exceptions à la règle du oûi-dire doivent-elles être conformes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oûi-dire? — La preuve par oûi-dire qui relève d'une exception traditionnelle peut-elle tout de même être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire?

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Exception de l'identification antérieure — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré —

police officers' testimony regarding out-of-court identification by witness — Witness not testifying at trial that she had made out-of-court identification — Whether police evidence admissible under traditional exception to hearsay rule — Whether police evidence admissible under principled approach to hearsay admissibility.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge explained concept of reasonable doubt to jury in adequate manner.

The accused was convicted of two counts of first degree murder. He had been accused of shooting C and W by the side of a highway. C and W had been drinking with the accused in a hotel. Outside, C and W offered a couple a ride home in W's station wagon. W drove, and the group first stopped at an adjacent gas station, where G, a sometime girlfriend of C, approached the station wagon and had a conversation with C. During the conversation, G observed a car beside the gas station, and saw the accused in the car. She became angry with C because he was out with W rather than her, and she walked away from the car. C got out of the car and followed her into a laneway, where they had a further conversation. G asked C why he would not come home with her. According to G, C replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". She understood "Robert" to be the accused. A day or two later, G saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the accused. The car had been found at the scene of the murder. She phoned the police and told them she had seen the car on the night of the murders at the gas station, with the accused in it. The Crown's theory was that the killing was a gang-related execution perpetrated by the accused. W was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the accused had used an Autopac scam as a pretext to get C out into the countryside. The trial judge found that G's anticipated testimony regarding the scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule.

Admission par le juge du procès du témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par un témoin — Témoin n'affirmant pas au procès avoir procédé à une identification extrajudiciaire — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire? — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

L'accusé a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été inculpé d'avoir abattu C et W sur l'accotement d'une route. C et W avaient pris un verre avec l'accusé dans un hôtel. À l'extérieur, C et W ont offert à un couple de les raccompagner chez eux dans la familiale de W. W a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à une station-service voisine, où G, qui fréquentait C à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec C. Pendant cette conversation, G a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service et a aperçu l'accusé à l'intérieur de celle-ci. Elle s'est mise en colère contre C parce qu'il était en compagnie de W au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. C est descendu de l'auto et a suivi G dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. G a demandé à C pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon G, C a répondu qu'il devait «aller frauder l'Autopac avec Robert». Elle a compris que «Robert» était l'accusé. Le lendemain ou le surlendemain, G a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'accusé. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Elle a téléphoné à la police pour l'informer que, la nuit où les meurtres avaient été commis, elle avait aperçu l'automobile en question à la station-service et que l'accusé s'y trouvait. La thèse du ministère public était que l'accusé avait exécuté sa victime en raison de son appartenance à une bande. W était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu'il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l'accusé s'était servi de la fraude de l'Autopac comme prétexte pour entraîner C à la campagne. Le juge du procès a conclu que le témoignage prévu de G au sujet de la fraude était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire.

Two police officers visited the couple who had been given a ride. One of the officers testified that the wife, B, had told them that she had seen a man talking to C at the gas station. The officer testified that B indicated that the man in one of the photographs she was shown looked like the man whom she had seen at the gas station talking to C and who was also “probably driving the other car”. The photograph was a photo of the accused. Following a *voir dire* the trial judge ruled that the officers’ anticipated testimony was admissible pursuant to the prior identification exception to the hearsay rule, notwithstanding the fact that B had not testified at trial as to having seen a man talking to C at the gas station, or as to having identified that man in one of the photographs presented to her by the police.

The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the convictions. At issue here is whether the court erred in affirming the trial judge’s decision to admit G’s testimony regarding a statement of intention made by the deceased C, in affirming the trial judge’s decision to admit the testimony of the police officers regarding B’s out-of-court identification and in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner.

Held (McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Since C’s out-of-court statement to G that he had to “go and do an Autopac scam with Robert”, meaning the accused, is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents, G’s testimony regarding C’s statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. The “state of mind” or “present intentions” exception to the hearsay rule as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. A statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hear-

Deux policiers ont rendu visite au couple qui s’était fait raccompagner en voiture. L’un d’eux a témoigné que la femme, B, leur avait déclaré avoir vu un homme parler à C à la station-service. Le policier a témoigné que B avait indiqué que l’homme figurant sur l’une des photos qu’on lui avait montrées ressemblait à l’homme qu’elle avait vu parler à C à la station-service et qui, de plus, «conduisait probablement l’autre automobile». La photo en cause était une photo de l’accusé. À la suite d’un voir-dire, le juge du procès a décidé que le témoignage prévu des deux policiers était admissible en vertu de l’exception de l’identification antérieure à la règle du ouï-dire, malgré le fait que B n’avait pas témoigné au procès qu’elle avait vu un homme s’entretenir avec C à la station-service ou qu’elle avait identifié cet homme sur l’une des photographies que lui avaient montrées les policiers.

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Il s’agit en l’espèce de savoir si la cour a commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès d’admettre le témoignage de G concernant la déclaration d’intention de feu C, en confirmant la décision du juge du procès d’admettre le témoignage des policiers concernant l’identification extrajudiciaire par B et en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel: Étant donné que le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de C à G selon laquelle il devait «aller frauder l’Autopac avec Robert», c’est-à-dire l’accusé, est d’établir la véracité de son contenu, le témoignage de G concernant la déclaration que lui avait faite C est du ouï-dire et serait généralement inadmissible pour cette raison. L’exception de l’«état d’esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire qui est appliquée au Canada permet l’admission en preuve des déclarations d’intention et d’autres états d’esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d’intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l’a fait. Une déclaration d’intention ne

say exception can be established for each level of hearsay. The trial judge erred in admitting C's statement to G under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury. The statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion. C may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with W, and could easily point to the accused, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do an Autopac scam. Moreover, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of C, not the accused. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. In this case the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of C's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the accused's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal. Finally, when properly limited, the evidence was more prejudicial than probative. The trial judge erred by not considering whether the prejudicial effect of the prohibited use of the evidence overbears its probative value on the permitted use. The impermissible inferences that the jury might well have drawn from C's statement are that the accused was in the car that followed C, that the accused was alone in the car (since C referred only to the accused), and that the accused went with C as part of a plan to lure C to a secluded area and kill him. The prejudicial effect of the admission of C's statement outweighed the statement's probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well.

In *Khan, Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. This concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced

saurait être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du ouï-dire s'applique à chaque niveau de ouï-dire. Le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de C à G en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. La déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses. C pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec W, et c'est avec facilité qu'il a pu indiquer que l'accusé, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il allait frauder l'Autopac. En outre, le juge du procès n'a pas dit au jury que la déclaration en cause était admissible pour établir les intentions de C seulement et non celles de l'accusé. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d'un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de C; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'accusé. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision. Enfin, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante. Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si l'effet préjudiciable de l'utilisation interdite de la preuve l'emporte sur sa valeur probante relative à l'utilisation permise. Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de C sont que l'accusé était dans l'automobile qui a suivi C, qu'il était seul dans cette automobile (puisque C n'a mentionné que l'accusé) et qu'il avait accompagné C dans le cadre d'un plan visant à attirer C dans un endroit retiré pour le tuer. L'effet préjudiciable de l'admission de la déclaration de C l'emportait sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d'autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l'admission d'éléments de preuve par ouï-dire qui ne relevaient pas d'une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du ouï-dire. Cette préoccupation

under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the fundamental principle of justice, protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the innocent must not be convicted. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception. In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. To the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail. It is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions, which continue to play an important role under the principled approach. In some rare cases, it may be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, these cases will no doubt be unusual, and the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

C's statement to G was also inadmissible under the principled approach. Since it was made under "circumstances of suspicion", the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. Since it does not fall under an existing exception either, the courts below erred in admitting this evidence. There was no serious argument that the error was one that could be saved by the curative proviso.

de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu'on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d'une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. En plus d'améliorer l'équité du procès, le fait d'adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter. Il est toutefois important qu'un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles, qui continuent de jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Toutefois, ces cas seront certes inhabituels et la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par *voir-dire* ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

La déclaration de C à G n'était pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cette déclaration n'était pas fiable étant donné qu'elle avait été faite dans des «circonstances douteuses». Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstancielles de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. On n'a avancé aucun argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice.

The trial judge erred in admitting the police evidence regarding B's out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule. Under the "prior identification" exception, prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial, or where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification. These requirements are not satisfied in the circumstances of this case. Since B did not identify the accused in court, only the second branch of the exception could possibly be applicable. However, B did not testify that she could not remember whether the accused was the person whom she identified. She was not asked to compare the accused with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Moreover, the police evidence went far beyond the scope of the "prior identification" exception. The officers' testimony went beyond simply asserting that B had identified the accused, and provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. The police testimony was equally inadmissible under the principled approach. The testimony was not necessary, since B was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on the point. Furthermore, there are strong indications that B's identification was unreliable. The trial judge's cautionary instruction to the jury was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

The reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the accused's guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words "reasonable doubt" have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no "special connotation" and "no magic meaning that is peculiar to the law". By asserting that absolute

Le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l'identification extrajudiciaire par B. Aux termes de l'exception de l'«identification antérieure», les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l'accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l'identification identifie l'accusé au procès ou lorsque le témoin auteur de l'identification est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais peut affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte. Dans les circonstances de la présente affaire, il n'a pas été satisfait à ces exigences. Étant donné que B n'a pas identifié l'accusé en cour, seul le deuxième volet de l'exception aurait pu s'appliquer. Cependant B n'a pas témoigné qu'elle était incapable de se rappeler si l'accusé était la personne qu'elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l'accusé à la personne qu'elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l'application du deuxième volet de l'exception traditionnelle n'existait pas. De plus, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l'exception de l'«identification antérieure». En témoignant, les policiers ne se sont pas contentés d'affirmer que B avait identifié l'accusé, et leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l'identification. Le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. Il n'était pas nécessaire puisque B a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Il y a également de solides indices que l'identification faite par B n'était pas fiable. La mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

La directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l'espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l'arrêt *Lifchus* et elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Le problème fondamental que pose cette directive est qu'on n'a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu'il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d'une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu'à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots

certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof. The trial judge did refer to the Crown’s onus and to the presumption of innocence, and he stated that the accused should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. In this case the jury was not told that something more than probability was required in order to convict, and nearly all of the instructions they were given weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the accused’s convictions constitute a miscarriage of justice.

Per L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The following framework of analysis should be adopted for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence’s probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue. The case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay should not be countenanced. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the prin-

«doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n’avaient aucune «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l’expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable. Le juge du procès a mentionné l’obligation du ministère public et la présomption d’innocence, et il a dit que l’accusé devait bénéficier de tout doute raisonnable. L’erreur de l’exposé provient du fait que le jury n’a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l’a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En l’espèce, on n’a pas dit au jury qu’il fallait plus qu’une probabilité pour qu’il puisse prononcer une déclaration de culpabilité, et presque toutes les directives qui ont été données ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d’indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l’accusé constituent une erreur judiciaire.

Les juges L’Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): Il y a lieu d’adopter le cadre d’analyse suivant en ce qui concerne les déclarations relatées. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du oui-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d’une exception reconnue à la règle du oui-dire. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d’une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d’écarter une preuve lorsque le risque d’effet préjudiciable induit l’emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits d’apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par oui-dire en cause. L’application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du oui-dire ne devrait pas être favorisée. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité

ciplé approach and the concomitant *voir dire* that it may entail.

While it is the duty of the courts to review common law rules, this duty carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. The usurpation of the traditional hearsay exceptions by the principled approach is not warranted under the current state of our law. Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors' abilities. However, the existing common law exceptions should be retained. The principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule.

The traditional exceptions are built upon a determination that a threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry. In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. The only time a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. While in principle the trial judge's residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule, this point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court.

Since the Crown sought to use C's statement to G as proof of the truth of its contents, it is hearsay. The statement falls squarely within the "present intentions" exception to the hearsay rule. An exception to the hearsay rule arises when the declarant's statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made. A requirement that the statement must appear

de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au voir-dire concomitant qu'elle peut nécessiter.

Bien qu'il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law, ce devoir comporte la responsabilité correspondante d'agir avec prudence. L'empiétement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n'est pas justifié selon l'état actuel de notre droit. Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d'assouplir la règle du ouï-dire pour l'harmoniser avec l'évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Cependant, les exceptions de common law existantes devraient être maintenues. L'analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu'appropriée lorsque la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception établie à la règle du ouï-dire, n'a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

Les exceptions traditionnelles reposent sur une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité. Au moment de réévaluer une exception à la règle du ouï-dire, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. Même si, en principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante pouvait, dans des circonstances appropriées, s'appliquer à la preuve qui relève d'une exception à la règle du ouï-dire, ce point n'a pas été abordé en Cour d'appel ni débattu devant notre Cour.

Étant donné que le ministère public a tenté d'utiliser la déclaration de C à G comme preuve de la véracité de son contenu, il s'agit de ouï-dire. La déclaration relève nettement de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire. Une exception à la règle du ouï-dire s'applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d'esprit au moment où il l'a faite. Il n'y a pas lieu d'ajouter une

to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion should not be added. While statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act, the “present intentions” exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention. The trial judge did not err in leaving C’s statement of intention to the jury. Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom. The Crown did not ask the jury to draw an impermissible inference, and the trial judge did not err in instructing the jury on this issue.

With respect to B’s out-of-court identification, while the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to the out-of-court identification, any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge’s instructions to the jury. The harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the accused at the gas station before the murders. B’s statement that “he was probably driving the other car” could not have suggested that B identified the accused in the town where the murders took place, rather than at the gas station. Given the trial judge’s admonition to the jury and the accused’s admission of the marginal role that the identification evidence played, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made.

While trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus* does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt. Despite not having the benefit of this Court’s decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury. The charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt; that it is a doubt based upon reason and common sense; that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom; and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty. The trial judge’s charge was not flawless, in that the trial judge erroneously stated that the words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. The verdict ought not to be disturbed, however, because the charge, when read as a whole,

exigence selon laquelle la déclaration doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses. Bien que les déclarations d’intention puissent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement, l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite du déclarant. Le juge du procès n’a commis aucune erreur en soumettant la déclaration d’intention de C à l’appréciation du jury. Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu’il faut accorder à cette preuve et d’en tirer des conclusions raisonnables. Le ministère public n’a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et le juge du procès n’a commis aucune erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Quant à l’identification extrajudiciaire faite par B, même s’il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l’identification extrajudiciaire, tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l’accusé était à la station-service avant les meurtres. La déclaration de B selon laquelle l’accusé «conduisait probablement l’autre automobile» ne pouvait pas laisser entendre que B avait reconnu l’accusé dans la ville où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu’à la station-service. Compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l’accusé du rôle secondaire joué par la preuve d’identification, il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l’erreur alléguée n’avait pas été commise.

Bien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d’exposé de l’arrêt *Lifchus*, l’omission de le faire dans des affaires entendues avant l’arrêt *Lifchus* ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l’exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable. Bien qu’il n’ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l’affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son exposé au jury. L’exposé indiquait aux jurés qu’un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole, que c’est un doute fondé sur la raison et le bon sens, qu’il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d’audience et que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue. L’exposé du juge du procès n’était pas sans lacunes du fait que le juge y a affirmé à tort que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n’ont

makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. The charge communicated clearly to the jury that they could not find the accused guilty on a balance of probabilities. Moreover, the charge made it clear to them that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused. In light of the trial judge's compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, the charge was not automatically vitiated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item.

Per McLachlin C.J. and Bastarache J. (dissenting): L'Heureux-Dubé J.'s reasons on the issues of B's out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt were agreed with, as were her findings that the victim C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge's charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence.

The following principles govern the admissibility of hearsay evidence: (1) Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule; (2) The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule; (3) Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value; (4) Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established. C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. There were no circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting C's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The statement should accordingly be admitted as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement. While a statement of joint intention

pas de sens juridique particulier. Cependant, le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquaient. L'exposé indiquait clairement au jury qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. De plus, l'exposé a indiqué clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé. Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l'arrêt *Lifchus*, l'exposé n'était pas automatiquement invalidé par l'omission d'inclure un élément particulier mentionné dans l'arrêt *Lifchus* ou par l'inclusion d'un élément inapproprié.

Le juge en chef McLachlin et le juge Bastarache (dissidents): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sur les questions de l'identification extrajudiciaire par B et sur l'exposé au jury sur le doute raisonnable sont acceptés, tout comme le sont ses conclusions voulant que la déclaration de la victime C, selon laquelle ce dernier avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve.

Les principes suivants régissent l'admissibilité de la preuve par ouï-dire: (1) la preuve par ouï-dire est admissible si elle relève d'une exception à la règle du ouï-dire; (2) les exceptions peuvent être interprétées et révisées, au besoin afin d'en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du ouï-dire; (3) lorsque la preuve est admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut tout de même refuser de l'admettre si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante; (4) lorsque la preuve n'est pas admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut l'admettre pourvu que l'on en ait établi la nécessité et la fiabilité. La déclaration de C, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. Il n'y avait pas de circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de C, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus

cannot support an inference as to the state of mind of the third party, in some circumstances it can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. C's statement may thus be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that the accused was with C later that night. It may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. This was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met C later that night as C stated was their common intention. Accordingly, the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of [C's] statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe" could have left the jury in no doubt that they must not facilely jump from C's statement to the conclusion that C and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard v. United States*,

tard cette nuit-là. Par conséquent, il y a lieu d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration. Même si elle ne peut pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. La déclaration de C peut donc être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que l'accusé s'est retrouvé avec C plus tard cette nuit-là. Il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. Tel n'a pas été le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré C plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré C. Le juge du procès n'était donc pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, la directive que le juge du procès a donnée aux membres du jury, selon laquelle il leur «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de [C] au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[lait] [leur] faire croire», ne laissait planer dans leur esprit aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresser de conclure de la déclaration de C que ce dernier et l'accusé se sont effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard*

290 U.S. 96 (1933); *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk (Guardian ad litem of) v. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

c. United States, 290 U.S. 96 (1933); *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 1; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk (Guardian ad litem of) c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

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

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. c. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Austl.), 1995, No. 2, ss. 59-75.
Federal Rules of Evidence, Rules 105, 801 et seq.

Authors Cited

Archibald, Bruce P. "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
 Blok, Murray B. "The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")" (1993), 51 *Advocate* 675.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
 Carter, P. B. "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
 Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
 Delisle, R. J. "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75.
 Delisle, R. J. "R. v. Smith: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260.
 Ireland. Law Reform Commission. "The Rule Against Hearsay". In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
 Kiesel, Diane. "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the Hillmon Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
 MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality" (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. c. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States c. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People c. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Aust.), 1995, No. 2, art. 59 à 75.
Federal Rules of Evidence, règles 105, 801 et suiv.

Doctrine citée

Archibald, Bruce P. «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
 Blok, Murray B. «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")» (1993), 51 *Advocate* 675.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
 Carter, P. B. «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
 Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
 Delisle, R. J. «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75.
 Delisle, R. J. «R. v. Smith: The Relevance of Hearsay» (1991), 2 C.R. (4th) 260.
 Irlande. Law Reform Commission. «The Rule Against Hearsay». In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
 Kiesel, Diane. «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the Hillmon Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
 MacCrimmon, Marilyn T. «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

- Maguire, John MacArthur. "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Paciocco, David M. "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration". In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. "*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowse, Derek. "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61.
- Stuesser, Lee. "*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth" (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. "Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?". In Maguire, John MacArthur. «The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After» (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. «How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications» (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. «Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*» (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. «Recent Developments in the Law of Hearsay» (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1976.
- Paciocco, David M. «The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration». In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. «Observations on the Current Status of the Hearsay Rule» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. «*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules» (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowse, Derek. «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Royaume-Uni. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61.

- National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollie. "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- United Kingdom. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.
- Stuesser, Lee. «*R. v. B. (K.G.): Prior Inconsistent Statements as Truth*» (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. «*Dying Declarations Following Khan and Smith: Are They Necessarily Reliable?*». In *National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollie. «*The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle*» (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. «*Hearsay — Necessity and Reliability*» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

G. Greg Brodsky, Q.C., and *Anthony H. Dalmyn*, for the appellant.

Gregg Lawlor, for the respondent.

Bernard Laprade and *Silvie Kovacevich*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Jamie C. Klukach*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

G. Greg Brodsky, c.r., et *Anthony H. Dalmyn*, pour l'appellant.

Gregg Lawlor, pour l'intimée.

Bernard Laprade et *Silvie Kovacevich*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Jamie C. Klukach*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexander Budlovsky and Marian K. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I agree with Justice L'Heureux-Dubé on the issues of Ms. Ball's out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt. I also agree that the victim Cook's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge's charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal. However, I would deal with the hearsay issue relating to the victim's statement of intention somewhat differently than either of my colleagues.

In my view, the following principles govern the admissibility of hearsay evidence:

1. Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule;
2. The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule;
3. Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value;
4. Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established.

In short, the common law exceptions to the hearsay rule remain the law, as interpreted and updated to conform to the twin requirements of necessity and reliability. Additionally, evidence not falling within an exception may be admitted if

Alexander Budlovsky et Marian K. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Bastarache rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente) — Je partage l'avis de Madame le juge L'Heureux-Dubé sur les questions de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball et de l'exposé au jury sur le doute raisonnable. Je conviens également que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle ce dernier avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, j'aborde quelque peu différemment de mes collègues la question de ouï-dire concernant la déclaration d'intention de la victime.

Selon moi, les principes suivants régissent l'admissibilité de la preuve par ouï-dire:

1. La preuve par ouï-dire est admissible si elle relève d'une exception à la règle du ouï-dire;
2. Les exceptions peuvent être interprétées et révisées au besoin afin d'en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du ouï-dire;
3. Lorsque la preuve est admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut tout de même refuser de l'admettre si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante;
4. Lorsque la preuve n'est pas admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut l'admettre pourvu que l'on en ait établi la nécessité et la fiabilité.

Bref, les exceptions de common law à la règle du ouï-dire restent applicables, telles qu'elles sont interprétées et mises à jour de manière à être conformes à la double exigence de nécessité et de fiabilité. En outre, la preuve qui ne relève pas d'une

1

2

3

the requirements of necessity and reliability are established. This retains the certainty and predictability associated with the common law exceptions to the hearsay rule and avoids the need to hold a *voir dire* when evidence falls within an established exception. At the same time, it permits the exceptions to evolve and evidence outside the exceptions to be admitted where necessity and circumstantial guarantees of reliability exist. As with all evidence, the trial judge has an overriding discretion to exclude the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value.

4 Applying these rules to this case, the first question is whether an established exception to the hearsay rule applies to the evidence at issue. The answer in this case is yes. The victim's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention constitute a long-recognized exception to the rule against admitting hearsay evidence.

5 The next question concerns the ambit of the exception of statements of present intention. Here my colleagues differ. L'Heureux-Dubé J. holds that all statements of present intention are admissible. Iacobucci J., following Professor Wigmore's formulation of the exception, holds that statements of present intention are admissible, unless made in circumstances of suspicion. Canadian law has not yet settled this question.

6 Interpreting the exception in light of the underlying requirements of necessity and reliability, I share Iacobucci J.'s view that statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. Contemporaneity is cited as providing a guarantee of trustworthiness for statements of present intention. In the

exception peut être admise si les conditions de nécessité et de fiabilité sont remplies. Cela permet de maintenir la certitude et la prévisibilité liées aux exceptions de common law à la règle du oui-dire, tout en dispensant de tenir un voir-dire lorsque la preuve relève d'une exception établie. Cela permet, du même coup, aux exceptions d'évoluer et à la preuve non visée par les exceptions d'être admise si c'est nécessaire et s'il existe des garanties circonstanciées de fiabilité. Comme il peut le faire à l'égard de tout élément de preuve, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

Si on applique ces règles à la présente affaire, la première question qui se pose est de savoir si une exception reconnue à la règle du oui-dire s'applique à la preuve en cause. La réponse à cette question est affirmative en l'espèce. La déclaration de la victime, selon laquelle elle avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante constituent une exception reconnue depuis longtemps à la règle interdisant l'admission de la preuve par oui-dire.

L'autre question qui se pose concerne la portée de l'exception des déclarations d'intention existante. Mes collègues ont des opinions divergentes sur ce point. Madame le juge L'Heureux-Dubé conclut que toutes les déclarations d'intention existante sont admissibles. Le juge Iacobucci, qui adopte la formulation que le professeur Wigmore donne de l'exception, conclut que les déclarations d'intention existante sont admissibles, sauf si elles sont faites dans des circonstances douteuses. Le droit canadien n'a pas encore réglé cette question.

Interprétant l'exception à la lumière des exigences sous-jacentes de nécessité et de fiabilité, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. La contemporanéité est con-

normal course, the words are contemporaneous with a present intention to do that act. If a person as she heads out the door says, "I'm going to the store", there is every reason to believe that is what she intends to do. This flows from the fact that in the great majority of cases, people making such statements actually intend to do the indicated act. The statement of intention is admitted as a statement of mental condition: inferences that may be drawn as to whether the intended act occurred are another matter: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), at §1725, p. 139; R. J. Delisle: "R. v. *Smith*: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264.

The reason statements of present intention are generally reliable indicators of the speaker's "present" or contemporaneous state of mind was captured by Gray J. in *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 299, quoting Beasley C.J. in *Hunter v. State*, 40 N.J.L.:

In the ordinary course of things, it was the usual information that a man about leaving home would communicate, for the convenience of his family, the information of his friends, or the regulation of his business. At the time it was given, such declarations could, in the nature of things, mean harm to no one; he who uttered them was bent on no expedition of mischief or wrong, and the attitude of affairs at the time entirely explodes the idea that such utterances were intended to serve any purpose but that for which they were obviously designed. . . . At the time the words were uttered . . . the reference to the companion who was to go with him was nothing more, as matters then stood, than an indication of an additional circumstance of his going.

Sometimes, however, statements of intention may not reflect the actual present intention of the speaker. The circumstances may suggest that the speaker had reason to lie about his or her intentions. In such cases, the circumstantial guarantee of trustworthiness that underlies the exception disappears. This is why Wigmore held that the excep-

sidérée comme fournissant une garantie de fiabilité des déclarations d'intention existante. Normalement, les mots sont prononcés lorsqu'il y a une intention existante d'accomplir l'acte en cause. Si une personne affirme «Je vais au magasin», en se dirigeant vers la porte, tout porte à croire que c'est ce qu'elle a l'intention de faire. Cela découle du fait que, dans la plupart des cas, les personnes qui font de telles déclarations ont vraiment l'intention d'accomplir l'acte dont elles parlent. La déclaration d'intention est admise en tant que déclaration d'état d'esprit: les déductions possibles quant à savoir si l'acte projeté a été accompli sont une autre question: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), au § 1725, p. 139; R. J. Delisle, «R. v. *Smith*: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264.

La raison pour laquelle les déclarations d'intention existante sont généralement des indications fiables de l'état d'esprit «existant» ou contemporain de leur auteur a été exposée par le juge Gray dans *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 299, alors qu'il citait le juge en chef Beasley dans *Hunter c. State*, 40 N.J.L.:

[TRADUCTION] Il s'agissait normalement des renseignements habituels qu'un homme qui s'apprête à quitter son domicile communiquerait pour rendre service à sa famille, pour informer ses amis ou pour gérer son entreprise. Au moment où elles ont été faites, ces déclarations ne pouvaient pas, dans l'ordre des choses, se vouloir préjudiciables à qui que ce soit; celui qui les a faites n'était pas résolu à accomplir un méfait ni à faire du tort, et le contexte qui régnait à l'époque écarte entièrement l'idée que ces déclarations étaient faites dans un but autre que celui auquel elles se rapportaient manifestement [. . .] Au moment où les paroles ont été prononcées [. . .] la mention du compagnon qui devait l'accompagner n'était alors rien de plus que l'indication d'un autre fait entourant son départ.

Cependant, il peut parfois arriver que des déclarations d'intention ne reflètent pas véritablement l'intention existante de leur auteur. Les circonstances peuvent indiquer que la personne qui s'exprimait avait des raisons de mentir au sujet de ses intentions. Dans de tels cas, la garantie circonstancielle de fiabilité qui sous-tend l'exception dispa-

tion did not apply where the circumstances cast suspicion on whether the statement of intention represented the speaker's actual intention. Where circumstances of suspicion exist, the presumption of reliability that normally underlies the exception is removed, and it would be inconsistent with the principles underlying the exceptions to the hearsay rule to admit the evidence. (Given the presumption of reliability underlying the exception, it falls to the person opposing the evidence to show circumstances of suspicion.) For this reason, I agree with Iacobucci J. that the statements of present intention are admissible, absent circumstances of suspicion.

9

This brings us to the question of whether there were circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting the victim's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The majority of the Court of Appeal held there were not. Iacobucci J., by contrast, finds there were. I find myself in agreement with the Court of Appeal. The victim Cook, who had another woman and two other people in his car, encountered his girlfriend at a service station. They conversed. He told her that he was going to do an Autopac scam with the accused later that night. They parted. The question is whether the circumstances of this encounter cast suspicion on whether the victim's statement represented his actual intention at the time he spoke. It is argued that the circumstances suggest that he may have made up the Autopac scam story to explain or offset the presence of another woman in his car. It is not clear to me how the statement that he intended to do an Autopac scam with the accused explains why another woman would be in the car with him. Nor is it clear how the statement countered the suggestion that the victim was romantically involved with the woman in the car. It begs the question, "If you are doing an Autopac scam with someone else later tonight, why are you with this woman?" If the victim had said he intended to do the scam with the woman, it might have attracted suspicion as to whether it repre-

raît. C'est pourquoi Wigmore a conclu que l'exception ne s'appliquait pas lorsque les circonstances soulevaient un doute quant à savoir si la déclaration d'intention reflétait la véritable intention de son auteur. En présence de circonstances douteuses, la présomption de fiabilité qui sous-tend normalement l'exception disparaît et admettre la preuve serait incompatible avec les principes sous-jacents des exceptions à la règle du oui-dire. (Compte tenu de la présomption de fiabilité qui sous-tend l'exception, il incombe à la personne qui s'oppose à l'admission de la preuve de démontrer l'existence de circonstances douteuses.) Pour ce motif, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante sont admissibles en l'absence de circonstances douteuses.

Cela nous amène à la question de savoir s'il y avait des circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de la victime, selon laquelle elle allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. La Cour d'appel à la majorité a conclu à l'absence de telles circonstances. Par contre, le juge Iacobucci conclut le contraire. Je partage l'avis de la Cour d'appel. La victime Cook, qui avait fait monter une femme et deux autres personnes dans sa voiture, a rencontré son amie de cœur à une station-service. Ils ont discuté. Il lui a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. Ils se sont séparés. La question est de savoir si les circonstances de cette rencontre soulèvent un doute quant à savoir si, au moment où elle a été faite, la déclaration de la victime reflétait la véritable intention de cette dernière. On prétend qu'il se peut, d'après les circonstances, que Cook ait inventé l'histoire de la fraude de l'Autopac pour expliquer ou atténuer la présence d'une autre femme dans la voiture. Je ne vois pas comment la déclaration qu'il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé explique pourquoi une autre femme se trouvait dans la voiture avec lui. Je ne vois pas non plus comment cette déclaration contredisait l'idée que la victime avait une relation amoureuse avec la femme se trouvant dans la voiture. Cela entraîne la question suivante: «Si tu es sur le point de frauder l'Autopac avec quelqu'un

sented his actual intentions. But that is not what occurred. Accordingly, I would admit the statement as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement.

Iacobucci J. argues that the statement is not admissible for a second reason — because the statement involves the intention to do a joint act with a third person, the accused. In my view, this goes not to admissibility, but to the inferences which may be drawn from the statement. However, my colleague goes on to argue that no inference as to what the accused did can be drawn from the statement, and that the jury should have been so instructed.

It is common ground that the trial judge must give the jury appropriate instructions on how the jury may use hearsay evidence: *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38. It is also beyond dispute that if failure to give such instructions renders the trial unfair, a new trial must be ordered.

Two issues arise: (1) Should the trial judge have told the jury they could not draw an inference from Cook's statement as to the accused's conduct? and (2) If not, should the trial judge have specifically warned the jury about the danger of making such an inference?

On the first issue, my colleagues suggest that a jury can never infer what a person other than the speaker did from a statement of joint intention. I would not state the matter so categorically. Certainly, such a statement cannot support an inference as to the state of mind of the third party. However, in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. The declarant's state of mind may be one piece of evidence amongst others for the jury to consider in determining what happened. Viewed thus, Cook's

d'autre plus tard cette nuit, que fais-tu avec cette femme?» Si la victime avait dit qu'elle avait l'intention de commettre la fraude avec cette femme, il y aurait pu y avoir des doutes quant à savoir si c'était là sa véritable intention. Mais ce n'est pas ce qui s'est produit. Par conséquent, je suis d'avis d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration.

Le juge Iacobucci prétend que la déclaration n'est pas admissible pour un deuxième motif — parce qu'elle indique l'intention d'accomplir un acte conjointement avec un tiers, l'accusé. J'estime que cela concerne non pas l'admissibilité, mais plutôt les déductions qui peuvent être faites de la déclaration. Cependant, mon collègue ajoute que la déclaration ne peut pas servir à déduire ce que l'accusé a fait, et que le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Il est reconnu que le juge du procès doit donner aux membres du jury des directives appropriées sur les fins auxquelles ils peuvent utiliser la preuve par oui-dire: *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38. Il est également incontesté que, si l'omission de donner ces directives rend le procès inéquitable, un nouveau procès doit être ordonné.

Deux questions se posent: (1) Le juge du procès aurait-il dû dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas se servir de la déclaration de Cook pour faire une déduction au sujet de la conduite de l'accusé? (2) Dans la négative, le juge du procès aurait-il dû mettre le jury expressément en garde contre le danger de faire une telle déduction?

En ce qui concerne la première question, mon collègue affirme qu'un jury ne peut jamais déduire, à partir d'une déclaration d'intention commune, ce qu'a fait une personne autre que le déclarant. Je ne serais pas aussi catégorique à ce propos. Une telle déclaration ne peut sûrement pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers. Toutefois, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. L'état d'esprit du déclarant peut constituer

10

11

12

13

statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night. The cases to which we have been referred, other than some American cases, do not go so far as to say that statements of joint intention can never be used on the issue of what the third party did.

14 This said, it may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. In my opinion, this was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met Cook later that night as Cook stated was their common intention. Accordingly, I conclude that the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did.

15 The second issue is whether the trial judge in any event should have specifically warned the jury about the danger of using the statement of joint intention as evidence on the issue of what the accused did. To answer this question, we must return to what the trial judge said. The Crown had suggested that the statement of joint intention supported an inference that the accused proposed the scam to the victim as a way to get the victim in an isolated place. After this, the trial judge told the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe".

16 An express instruction about the danger involved in drawing inferences from one person's statement of present intention to what another per-

l'un des éléments de preuve que le jury peut prendre en considération pour déterminer ce qui s'est produit. À cet égard, la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s'est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là. La jurisprudence qui nous a été mentionnée, autre que certaines décisions américaines, ne va pas jusqu'à préciser que les déclarations d'intention commune ne peuvent jamais servir à déterminer ce que le tiers a fait.

Cela dit, il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. À mon avis, tel n'est pas le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré Cook plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré Cook. Je conclus donc que le juge du procès n'était pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité.

La deuxième question est de savoir si, de toute manière, le juge du procès aurait dû mettre en garde expressément le jury au sujet du danger d'utiliser la déclaration d'intention commune comme preuve de ce que l'accusé a fait. Pour répondre à cette question, il nous faut revenir à ce que le juge du procès a dit. Le ministère public avait prétendu que la déclaration d'intention commune étayait une déduction que l'accusé avait proposé la fraude à la victime dans le but de l'attirer dans un endroit retiré. À la suite de cela, le juge du procès a dit aux jurés qu'il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[lait] [leur] faire croire».

Il est généralement souhaitable de donner une directive expresse au sujet du danger de se servir de la déclaration d'intention existante d'une per-

son did is generally desirable. However, the issue on appeal is whether the trial judge's instruction in fact conveyed to the jury the need to be careful and not to jump facilely from Cook's statement that he was doing an Autopac scam with the accused that night to the conclusion that the accused in fact met Cook at the proposed site of the scam. I am satisfied that the trial judge's direction accomplished this. The trial judge told the jury that they could use the statement for a hearsay purpose, i.e., in deciding what the accused did. He went on to suggest that they might not wish to draw this inference, notwithstanding the Crown's invitation. The jury thus knew the inference was for them and them alone and that it was one they must carefully consider. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, I am satisfied that the trial judge's instruction in this case could have left the jury in no doubt that they must not facilely jump from Cook's statement to the conclusion that Cook and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground. On this view, either no error was committed, or if it was, it does not constitute reversible error.

I conclude that the victim Cook's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused was admissible as evidence of the victim's present intention, and that the trial judge's instructions sufficed in the circumstances to obviate the danger of impermissible inferences.

In the result, I agree with L'Heureux-Dubé J. that the appeal should be dismissed.

sonne pour faire des déductions concernant ce qu'une autre personne a fait. Cependant, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si la directive du juge du procès a, en réalité, incité le jury à faire montre de prudence et à ne pas s'empresser de conclure de la déclaration de Cook, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé cette nuit-là, que ce dernier a effectivement rencontré Cook à l'endroit projeté pour commettre la fraude. Je suis convaincue que la directive du juge du procès a eu cet effet. Le juge du procès a dit aux membres du jury qu'ils pourraient se servir de la déclaration à des fins de oui-dire, c'est-à-dire pour décider ce que l'accusé a fait. Il a ensuite affirmé qu'il se pourrait qu'ils ne veuillent pas faire cette déduction, en dépit de l'invitation du ministère public à le faire. Le jury savait donc qu'il lui appartenait, à lui seul, de faire cette déduction et qu'il lui fallait soigneusement envisager de le faire. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, je suis persuadée que le juge du procès en l'espèce aurait pu donner une directive qui n'aurait laissé planer dans l'esprit des membres du jury aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresser de conclure de la déclaration de Cook que ce dernier et l'accusé s'étaient effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif. À cet égard, aucune erreur n'a été commise ou, si une erreur a été commise, elle ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision.

Je conclus que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé, était admissible comme preuve de son intention existante et que, dans les circonstances, les directives du juge du procès suffisaient pour empêcher que des déductions inadmissibles ne soient faites.

En conséquence, je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

17

18

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

19 The appellant was convicted at trial before a judge and jury on two counts of first degree murder. He was convicted of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994. The Manitoba Court of Appeal ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) upheld the verdict, dismissing the grounds of appeal raised before us. While this case originally came to us as of right, the Court ordered a re-hearing of the appeal and invited submissions on the scope of the present intentions exception to the hearsay rule and on the application of the “principled approach” as set out in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases to the traditional exceptions to the hearsay rule. This case also requires us to explicate and apply the principles regarding a charge to the jury on reasonable doubt as set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

20 I have had the benefit of reviewing the reasons of Iacobucci J. and I am unable to agree with his analysis of the issues. While we are both in agreement that the principled approach applies to all hearsay statements, we have very different conceptions as to what this entails.

21 Our difference of opinion can be reduced to two crucial points. First, whereas Iacobucci J. would hold that the principled approach must “prevail” over the traditional exceptions to the hearsay rule, I would not endorse such an approach because I believe that it invites challenges to every piece of evidence that falls under a traditional exception. I would hold that the traditional exceptions endure, subject to their categorical re-examination under the principled approach should the issue arise in a proper case. Second, beneath this first disagree-

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

À son procès devant un juge et un jury, l'appelant a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré, soit d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994. La Cour d'appel du Manitoba ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) a maintenu le verdict et rejeté les moyens d'appel qui sont maintenant soulevés devant nous. Bien que le présent pourvoi ait été formé de plein droit au départ, notre Cour a ordonné une nouvelle audition et a invité les parties à lui soumettre des arguments sur la portée de l'exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire et sur l'application de la «méthode fondée sur des principes», énoncée dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents, aux exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. La présente affaire nous oblige, en outre, à expliciter et à appliquer les principes relatifs à l'exposé au jury sur le doute raisonnable, que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et je ne puis souscrire à son analyse des questions en litige. Bien que nous convenions tous deux que la méthode fondée sur des principes s'applique à tout ouï-dire, nous avons des conceptions très différentes de ce que cela implique.

Notre divergence d'opinions porte essentiellement sur deux points cruciaux. En premier lieu, alors que le juge Iacobucci est d'avis que la méthode fondée sur des principes doit «l'emporter» sur les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire, je ne saurais être d'accord parce que j'estime qu'il invite à contester tout élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle. Selon moi, les exceptions traditionnelles continuent de s'appliquer, sous réserve de leur réexamen par catégorie selon la méthode fondée sur des prin-

ment lie two very different conceptions of what the threshold reliability analysis under the principled approach entails. As demonstrated by his analysis of the hearsay statements in this case, Iacobucci J. would require the trial judge to determine the credibility of the hearsay declarant at the threshold stage. I believe that such determinations encroach on the trier of fact's determination of ultimate reliability. Moreover, I believe that the traditional exceptions already incorporate a finding of threshold reliability and the trial judge need not engage in the type of reliability determination favoured by Iacobucci J. on a "threshold" inquiry of evidence that falls within a traditional exception to the hearsay rule.

The end result of Iacobucci J.'s approach is an open invitation to challenge previously admissible hearsay evidence. I do not believe that this approach flows from our previous decisions in *Khan, supra*, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. These cases were not about the exceptions to the hearsay rule but about expanding the scope of admissible evidence beyond the boundaries of the traditional categories. They accepted the traditional exceptions as a given but sought other means to admit reliable and necessary evidence through the adoption of a "principled approach" to hearsay. I fear that to adopt the course charted by Iacobucci J. would sacrifice the experience, certainty and predictability of centuries of jurisprudence in the name of a quest for purported intellectual coherence that is untested by the forges of our courtrooms.

On the issue of the jury charge on reasonable doubt, the *Lifchus* standard provides guidelines for trial judges rather than an iron-clad roster of proscriptions and prohibitions. I do not read *Lifchus* as providing that the inclusion or exclusion of certain phrases automatically vitiates a jury charge. Instead, I read *Lifchus* as mandating that a charge

cipes dans les cas appropriés où la question se pose. En deuxième lieu, ce premier désaccord résulte de deux conceptions très différentes de ce qu'implique l'analyse du seuil de fiabilité en vertu de la méthode fondée sur des principes. Comme le démontre son analyse des déclarations en l'espèce, le juge Iacobucci obligerait le juge du procès à décider de la crédibilité de l'auteur de la déclaration extrajudiciaire à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité. Je crois qu'une telle détermination à cette étape empiète sur la détermination ultime de fiabilité qui relève du juge des faits. En outre, les exceptions traditionnelles comportent déjà une conclusion quant à l'existence d'un seuil de fiabilité et le juge du procès n'a pas à se lancer dans le type de détermination de fiabilité, préconisé par le juge Iacobucci, lors de l'examen du seuil de fiabilité d'une preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire.

En définitive, l'approche préconisée par mon collègue constitue une invitation générale à contester une preuve par oui-dire auparavant admissible. Je ne crois pas que cette approche découle de nos arrêts antérieurs *Khan*, précité, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Ces arrêts concernaient non pas les exceptions à la règle du oui-dire, mais l'élargissement de la portée de la preuve admissible au-delà des limites des catégories traditionnelles. On y considérait les exceptions traditionnelles comme un fait acquis, mais on y cherchait d'autres moyens d'admettre une preuve fiable et nécessaire par l'application au oui-dire d'une «méthode fondée sur des principes». Je crains que s'engager dans la voie tracée par le juge Iacobucci ne revienne à sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité jurisprudentielles acquises au cours des siècles pour se lancer à la recherche d'une cohérence intellectuelle apparente que nos tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de tester.

Quant à la question de l'exposé au jury sur le doute raisonnable, la norme de l'arrêt *Lifchus* donne au juge du procès des lignes directrices plutôt qu'une liste stricte de proscriptions et d'interdictions. Selon moi, l'arrêt *Lifchus* ne signifie pas que l'inclusion ou l'exclusion de certaines expressions doive automatiquement invalider un exposé

22

23

be examined in its entirety to determine whether the jury properly understood the concept of proof beyond a reasonable doubt. I am of the opinion that the jury charge in this case properly communicated this concept to the jury.

au jury. Je considère plutôt qu'il commande d'examiner l'exposé dans son ensemble afin de déterminer si le jury a bien compris la notion de preuve hors de tout doute raisonnable. J'estime que l'exposé du juge dans la présente affaire a permis au jury de bien comprendre cette notion.

24 My colleague Iacobucci J. has adequately set forth the factual background and judicial history of this case. In dealing with the individual grounds for appeal, I will elaborate when necessary.

Mon collègue le juge Iacobucci a exposé les faits de même que l'historique des procédures judiciaires en l'espèce. J'ajouterai des précisions, au besoin, en examinant chacun des moyens d'appel.

II. Analysis

II. Analyse

A. *The Admissibility of Cook's Statement*

A. *Admissibilité de la déclaration de Cook*

(1) Introduction and Summary

(1) Introduction et résumé

25 Approximately one hour before he was murdered, Bernard (Bo) Cook spoke with Jodie Giesbrecht and told her that he had to "go and do an Autopac scam with Robert" (the appellant). The trial judge admitted Ms. Giesbrecht's testimony as to what Mr. Cook told her the night he and Darlene Weselowski were murdered. The appellant challenges the admission of this statement on the grounds that it is inadmissible hearsay.

Environ une heure avant d'être assassiné, Bernard (Bo) Cook s'est entretenu avec Jodie Giesbrecht et lui a dit qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert» (l'appelant). Le juge du procès a admis le témoignage de M^{me} Giesbrecht relativement à ce que M. Cook lui a dit la nuit où ce dernier et Darlene Weselowski ont été assassinés. L'appelant conteste l'admission de cette déclaration au motif qu'il s'agit de ouï-dire inadmissible.

26 Iacobucci J. and I disagree regarding the admission of this statement as an exception to the rule against hearsay for declarations of "state of mind" or "present intentions" as recognized by this Court in *Smith, supra*. For ease of reference, I will refer to this exception as the "present intentions" exception as that term best encapsulates the type of statement at issue before us. Several points of disagreement arise in the course of our analysis of this statement. The first is the scope of this exception; the second is the proper use to which the statement can be put by the jury.

Le juge Iacobucci et moi sommes en désaccord en ce qui a trait à l'admission de cette déclaration à titre d'exception à la règle du ouï-dire concernant les déclarations d'«intentions existantes» ou d'«état d'esprit», que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Smith*, précité. Par souci de commodité, je vais référer à l'exception des «intentions existantes» puisque cette expression traduit bien le type de déclaration en cause devant nous. Plusieurs points de désaccord ressortent de notre analyse de cette déclaration. Le premier concerne la portée de cette exception, et le deuxième, l'utilisation que le jury peut faire de la déclaration.

27 The third level of disagreement involves the question of how to analyze the hearsay statement. Should it be examined under the traditional exceptions to the hearsay rule or under the new principled approach developed by this Court in *Khan* and subsequent cases? This question in turn requires us to determine the present status of the

Le troisième point de désaccord a trait à la façon d'analyser la déclaration en question. Devrait-elle être examinée sous l'angle des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ou selon la nouvelle approche fondée sur des principes que notre Cour a conçue dans l'arrêt *Khan* et d'autres arrêts subséquents? Cette question oblige, à son tour, à

traditional exceptions in light of and in relationship to the principled approach.

I wish to articulate clearly my position on the state of hearsay law after *Khan* and its progeny. First, I do not believe that *Khan* “prevails” over the traditional exceptions to the hearsay rule. The effect of Iacobucci J.’s analysis is to reduce these exceptions to mere reference points that provide little more than a convenient launching pad for the application of the principled approach to previously accepted exceptions to the hearsay rule. Second, I would not follow Iacobucci J.’s suggested approach because in my mind it impermissibly shifts responsibility from the trier of fact onto the judge. I believe that this framework directly contradicts the underlying essence of the principled approach and the thrust of hearsay reform in the common law world over the last 30 years. An overly strict view of hearsay is inconsistent with our desire to provide the trier of fact with more, rather than less, evidence. I of course recognize that some restrictions on the admissibility of evidence are nonetheless necessary, for both judges and juries.

I would adopt the following framework of analysis for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. If it does, the evidence is admissible. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence’s probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue.

déterminer la situation actuelle des exceptions traditionnelles eu égard et par rapport à la méthode fondée sur des principes.

Je tiens à exposer clairement mon point de vue sur l’état du droit en matière de ouï-dire à la suite de l’arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. En premier lieu, je ne crois pas que l’arrêt *Khan* «l’emporte» sur les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. L’analyse du juge Iacobucci a pour effet de convertir ces exceptions en de simples points de repère qui servent tout au plus de point de départ commode à l’application de la méthode fondée sur des principes aux exceptions auparavant reconnues à la règle du ouï-dire. En deuxième lieu, je ne puis suivre la méthode proposée par le juge Iacobucci parce que, à mon avis, elle transfère de manière inacceptable la responsabilité du juge des faits au juge du droit. Ce cadre d’analyse contredit directement, à mon avis, l’essence même de la méthode fondée sur des principes ainsi que l’orientation générale de la réforme de la règle du ouï-dire que la common law a connue au cours des 30 dernières années. Une perception trop stricte du ouï-dire est incompatible avec notre volonté de fournir au juge des faits plus que moins d’éléments de preuve. Je reconnais évidemment que certaines restrictions relatives à l’admissibilité de la preuve sont néanmoins nécessaires pour les juges comme pour le jury.

J’adopterais le cadre d’analyse suivant en ce qui concerne les déclarations qui ressortent du ouï-dire. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du ouï-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d’une exception reconnue à la règle du ouï-dire. Si oui, elle est admissible. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d’une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d’écarter une preuve lorsque le risque d’effet préjudiciable induit l’emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits

The Chief Justice essentially adopts this framework in para. 2 of her reasons.

d'apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par oui-dire en cause. Le Juge en chef adopte essentiellement ce cadre d'analyse au deuxième paragraphe de ses motifs.

30

In addition, I would allow for the re-evaluation, in a proper case, of a traditional exception under the principled approach. That is to say, I believe that the principled approach may be applied to reconsider the reliability and necessity of the class of statements that are included in a categorical exception to the rule against hearsay. I would not countenance the case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the principled approach and the concomitant *voir dire* that it may entail. To do so would unnecessarily complicate the trial process and sacrifice experience, certainty and predictability in the name of the vague and uncertain mantra of "principle".

Je permettrais en outre, dans les cas appropriés, la réévaluation d'une exception traditionnelle en fonction de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, je crois que la méthode fondée sur des principes peut servir à réexaminer la fiabilité et la nécessité de déclarations visées par une catégorie d'exceptions à la règle du oui-dire. Je ne favoriserais pas l'application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du oui-dire. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au voir-dire concomitant qu'elle peut nécessiter. Cela aurait pour effet de compliquer inutilement le procès et de sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité au nom du mantra vague et incertain des «principes».

(2) Hearsay Reform

(2) La réforme de la règle du oui-dire

31

The rule against hearsay developed at the same time as the modern form of trial and is associated with a deep-seated distrust of the jury system: *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 510. It is premised on a belief that the jury will erroneously assess the probative value of evidence and the retention of the rule reflects continued suspicions about jury deliberations: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 176. The rule against hearsay is "founded on a lack of faith in the capacity of the trier of fact properly to evaluate evidence of a statement": *Smith, supra*, at p. 935. The modern trend to reform the rules of evidence in general and the hearsay rules in particular constitutes a sharp break from this distrust of the jury. As the Law Reform Commission of Canada explained in its 1975 *Report on Evidence*, at p. 5:

La règle du oui-dire s'est développée en même temps que la forme moderne du procès, et elle est liée à une profonde méfiance à l'égard du système de jury: *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 510. Elle repose sur la conviction que le jury fera une appréciation erronée de la valeur probante de la preuve, et son maintien reflète la persistance de soupçons au sujet des délibérations du jury: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 176. La règle qui interdit le oui-dire est «fondée sur un manque de confiance en la capacité du juge des faits d'apprécier comme il se doit la preuve d'une déclaration»: *Smith*, précité, à la p. 935. La tendance moderne à réformer les règles de preuve en général et les règles du oui-dire en particulier constitue un net rejet de cette méfiance à l'égard du jury. Ainsi que l'a expliqué la Commission de réforme du droit du Canada, aux pp. 5 et 6 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

... at least 95% of criminal cases in Canada are now tried by a judge alone, so there is no need for all the precautions about what is to be allowed in evidence now. Judges are experienced in weighing evidence and, in any event, they have to learn of disputed evidence to determine whether it is admissible or not. Even when there is a jury, the situation is profoundly different from the past. Jurors today are far more sophisticated and better educated than in the past. [Emphasis added.]

We have recognized these changes, commenting in *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487, that “the recent trend in courts has been to remove barriers to the truth-seeking process”. 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.

Our reform of the hearsay rules began in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, when we refused to follow the House of Lords’ position that the hearsay rule was frozen in time subject to reform only through the initiative of Parliament: see *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. In *Ares*, at p. 624, we adopted the minority position of Lord Donovan in *Myers* that “[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds.” What is at issue in this appeal is whether *Khan* and its

... au moins 95 p. 100 des affaires criminelles étant instruites par un juge seul, cette attitude d’extrême circonspection vis-à-vis de la réception d’une preuve n’a plus sa raison d’être. Les juges ont l’habitude d’évaluer la preuve; de toute façon, ils doivent d’abord prendre connaissance de l’élément de preuve litigieux avant de se prononcer sur son admissibilité. Les choses ont changé même dans le cas d’un procès avec jury. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus raffinés et plus instruits que dans le passé. [Je souligne.]

Nous avons reconnu ces changements en faisant remarquer, dans l’arrêt *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 487, que «les tribunaux tendent de plus en plus à écarter les obstacles à la découverte de la vérité». 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.

Notre réforme des règles du oui-dire a débuté avec l’arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, où nous avons refusé d’adopter le point de vue de la Chambre des lords selon lequel la règle du oui-dire était figée dans le temps, sous réserve de réformes qui ne pouvaient émaner que du législateur: voir *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. Dans *Ares*, à la p. 624, nous avons adopté le point de vue de lord Donovan, dissident dans l’arrêt *Myers*, selon lequel [TRADUCTION] «[c]e sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l’adapter à

progeny have followed Lord Donovan's imperative to "adapt" the common law from time to time or whether this Court has embarked upon an entirely different course and revolutionized the law of hearsay in this country.

33 In *Khan, supra*, McLachlin J. (as she then was), writing for a unanimous Court, held that hearsay evidence of a child's statement on crimes committed against the child should be received, provided that the guarantees of necessity and reliability are met. The effect and reach of *Khan* were unclear to many with some commentators opining that the decision was analogous to *Ares, supra*, in creating a new categorical exception to the hearsay rule. See, e.g., D. Rowsell, "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, at p. 295. However, this interpretation of *Khan* was expressly disavowed by this Court in *Smith, supra*.

34 In *Smith*, at p. 932, Lamer C.J., speaking also for a unanimous Court, stated that "*Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it". At p. 930, he had said:

The principled basis of the hearsay rule, and its exceptions, was thus understood by commentators on the common law of evidence early in this century. The decision of this Court in *Khan*, therefore, should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories.

Later at p. 932, Lamer C.J. characterized *Khan* as signalling a departure "from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions" and moving towards "an approach governed by the

l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie.» Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont donné suite à l'invitation de lord Donovan d'«adapter» à l'occasion la common law, ou si notre Cour s'est engagée dans une voie entièrement différente et a révolutionné le droit de la preuve par oui-dire au pays.

Dans l'arrêt *Khan*, précité, Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué, au nom de la Cour à l'unanimité, qu'il y a lieu de recevoir à titre de preuve par oui-dire une déclaration d'une enfant au sujet de crimes dont elle a été victime, pourvu que les garanties de nécessité et de fiabilité soient respectées. Pour plusieurs, l'effet et la portée de l'arrêt *Khan* n'étaient pas clairs, certains commentateurs allant jusqu'à exprimer l'avis que cet arrêt était analogue à l'arrêt *Ares*, précité, du fait qu'il créait une nouvelle catégorie d'exceptions à la règle du oui-dire. Voir par exemple D. Rowsell, «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, à la p. 295. Cette interprétation de l'arrêt *Khan* a toutefois été expressément rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité.

Dans *Smith*, à la p. 932, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à l'unanimité, que «l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions». À la page 930, il avait dit:

Les commentateurs de la common law en matière de preuve comprenaient donc, au début du siècle, que la règle du oui-dire et ses exceptions étaient fondées sur des principes. L'arrêt *Khan* de notre Cour doit donc être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux.

Plus loin, à la p. 932, le juge en chef Lamer a signalé que l'arrêt *Khan* s'écartait «d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies», et représentait une

principles which underlie the rule and its exceptions alike". Finally, at p. 933, Lamer C.J. stated that *Khan* "signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity."

The next year, in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, this Court held that prior inconsistent statements may be admitted for the truth of their contents if they are necessary and reliable. The Court established an elaborate *voir dire* requirement which has spawned much commentary on how to show reliability and necessity. See R. J. Delisle, "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75, at p. 75; P. M. McCrea, "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, at p. 208; D. A. R. Thompson, "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 C.R. (4th) 282, at p. 284; J. Wood, "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5; A. Marin, "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

The attempts at explanation made in *Smith* and *B. (K.G.)* left open the question of where the traditional exceptions stood in the aftermath of *Khan* and its progeny. Courts and commentators remained uncertain over the application of the principled approach to the traditional categories.

(3) Relationship Between the Principled Approach and the Hearsay Exceptions

Iacobucci J. takes the position that the traditional hearsay exceptions should not automatically be applied without consideration of the principled approach. He states that in the event of a conflict

évolution vers «une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Enfin, à la p. 933, le juge en chef Lamer a affirmé que l'arrêt *Khan* «annon[çait] la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.»

L'année suivante, dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour a statué que des déclarations antérieures incompatibles peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu si elles sont nécessaires et fiables. Notre Cour a exigé un *voir-dire* élaboré, ce qui a engendré une foule de commentaires sur la façon d'établir la fiabilité et la nécessité. Voir R. J. Delisle, «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75, à la p. 75; P. M. McCrea, «Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*» (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, à la p. 208; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 C.R. (4th) 282, à la p. 284; J. Wood, «Hearsay — Necessity and Reliability» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5; A. Marin, «How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications» (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

Les tentatives d'explications dans les arrêts *Smith* et *B. (K.G.)* n'ont pas réglé la question des exceptions traditionnelles et de leur rôle à la suite de l'arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. Les tribunaux et les commentateurs sont demeurés dans l'incertitude quant à l'application aux catégories traditionnelles de la méthode fondée sur des principes.

(3) La relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du ouï-dire

Le juge Iacobucci est d'avis qu'il ne faut pas appliquer automatiquement les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sans examiner la méthode fondée sur des principes. Il affirme que,

35

36

37

between the principled approach and the existing exceptions, "it is the principled approach that must prevail" (para. 155). I do not quarrel with this idea but I do take issue with what Iacobucci J. asserts that this entails. At bottom, I read Iacobucci J.'s approach as diminishing the role of the traditional exceptions in the hearsay analysis. I do not believe that such an approach is warranted either by our jurisprudence or by the underlying rationale of the principled approach.

38 It is possible to identify five different interpretations of *Khan* and its progeny: (1) *Khan* created a particular new exception to the rule against hearsay for child testimony; (2) *Khan* provides the basis for creating new categorical exceptions for necessary and reliable evidence; (3) *Khan* created a residual exception for necessary and reliable evidence, leaving the traditional exceptions intact; (4) *Khan* not only permits the admission of evidence which does not fall within the existing exceptions but allows courts to revisit a traditional exception to determine whether it can still be justified on the basis of necessity and reliability; (5) *Khan* abolishes the traditional exceptions and supplants them with the principled approach of necessity and reliability which are applied on a case-by-case basis. I will examine each possibility in turn.

39 The first interpretation of *Khan* can be dealt with quickly. The reading of *Khan* that argued that it created a narrow exception for children's testimony was expressly disavowed by this Court in *Smith, supra*, at p. 932, and *B. (K.G.), supra*, at p. 798.

40 The second interpretation of *Khan* views "necessity" and "reliability" as the basis for creating new categorical exceptions. See Thompson, *supra*, at p. 284: "Despite the language of 'principled flexibility', two of the three cases so far have led to the creation of new *categorical* exceptions: child abuse hearsay in *Khan* and some prior inconsistent

en cas de conflit entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions existantes, «c'est la méthode fondée sur des principes qui doit l'emporter» (par. 155). Je n'ai rien contre cette idée, mais je suis en désaccord avec ce qu'elle entraîne selon le juge Iacobucci. En dernière analyse, je considère que l'approche du juge Iacobucci réduit le rôle des exceptions traditionnelles dans l'analyse du ouï-dire. Je crois qu'une telle méthode n'est justifiée ni par notre jurisprudence ni par le raisonnement qui sous-tend la méthode fondée sur des principes.

Il est possible d'identifier cinq interprétations différentes de l'arrêt *Khan* et des arrêts qui en découlent: (1) l'arrêt *Khan* a créé une nouvelle exception particulière à la règle du ouï-dire dans le cas du témoignage d'un enfant; (2) l'arrêt *Khan* justifie la création de nouvelles catégories d'exceptions applicables aux éléments de preuve nécessaires et fiables; (3) l'arrêt *Khan* a créé une exception résiduelle applicable à la preuve nécessaire et fiable tout en conservant intactes les exceptions traditionnelles; (4) l'arrêt *Khan* permet non seulement d'admettre la preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore il donne aux tribunaux la latitude de réexaminer une exception traditionnelle pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité; (5) l'arrêt *Khan* abolit les exceptions traditionnelles et les remplace par l'approche fondée sur des principes, soit nécessité et fiabilité, qui sont appliqués cas par cas. Je vais examiner chacune de ces possibilités à tour de rôle.

On peut disposer rapidement de la première interprétation de l'arrêt *Khan*. L'opinion selon laquelle l'arrêt *Khan* a créé une exception limitée dans le cas du témoignage d'un enfant a été expressément rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, et dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, à la p. 798.

Selon la deuxième interprétation de l'arrêt *Khan*, la «nécessité» et la «fiabilité» justifient la création de nouvelles catégories d'exceptions. Voir Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284: [TRADUCTION] «Malgré le vocabulaire de «souplesse fondée sur des principes», deux des trois décisions ont jusqu'à maintenant entraîné la création de nouvelles

statements in *K.G.B.*” (emphasis in original). In *B. (K.G.)*, at p. 798, we similarly expressly repudiated this possibility: “the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical ‘exceptions’”.

The third interpretation of *Khan* sees it as creating a new residual exception for “necessary” and “reliable” evidence that does not fall within the traditional categories. This was first expressed by M. T. MacCrimmon in “Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality” (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, at p. 322, where she stated that *Khan* “created a residual exception to the hearsay rule similar to that in the Federal Rules of Evidence”. This interpretation is also adopted by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 191. By far, this is the most widely accepted interpretation of *Khan*. See McCrea, *supra*, at p. 208; R. Prithipaul, “Observations on the Current Status of the Hearsay Rule” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, at p. 92; Thompson, *supra*, at p. 284; D. Oleskiw, “Recent Developments in the Law of Hearsay” (1994), 1 *Crown’s Newsletter* 37, at p. 38; M. B. Blok, “The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, “Hearsay Today, Gone Tomorrow”)” (1993), 51 *Advocate* 675, at p. 685; H. Stewart, “Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*” (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61, at p. 64; L. Stuesser, “*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth” (1991), 5 *C.R.* (5th) 373, at p. 378.

The fourth possibility is that *Khan* permits the re-evaluation of the traditional exceptions on a categorical basis. This was suggested by Marc Rosenberg, before his appointment to the bench, in the article “*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes” (1993), 19 *C.R.* (4th) 69, at p. 71, where he said, “[m]oreover, I think that not only is it possible to admit evidence which

catégories d’exceptions: le oui-dire en matière de mauvais traitement d’enfants dans l’arrêt *Khan* et certaines déclarations antérieures incompatibles dans l’arrêt *K.G.B.*» (en italique dans l’original). Dans l’arrêt *B. (K.G.)*, à la p. 798, nous avons de la même façon expressément écarté cette possibilité: «les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions»».

La troisième interprétation de l’arrêt *Khan* y voit une nouvelle exception résiduelle applicable à la preuve «nécessaire» et «fiable» qui ne relève pas des catégories traditionnelles. Cette interprétation a été formulée pour la première fois par M. T. MacCrimmon dans «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, à la p. 322, où elle a écrit que l’arrêt *Khan* [TRADUCTION] «a créé une exception résiduelle à la règle du oui-dire, qui ressemble à celle qu’on trouve dans les *Federal Rules of Evidence*». Cette interprétation est aussi adoptée par Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 191. C’est de loin l’interprétation de l’arrêt *Khan* la plus largement acceptée. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208; R. Prithipaul, «Observations on the Current Status of the Hearsay Rule» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, à la p. 92; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284; D. Oleskiw, «Recent Developments in the Law of Hearsay» (1994), 1 *Crown’s Newsletter* 37, à la p. 38; M. B. Blok, «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, “Hearsay Today, Gone Tomorrow”)» (1993), 51 *Advocate* 675, à la p. 685; H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61, à la p. 64; L. Stuesser, «*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth» (1991), 5 *C.R.* (5th) 373, à la p. 378.

La quatrième possibilité est que l’arrêt *Khan* permet la réévaluation par catégorie des exceptions traditionnelles. C’est ce qu’avait proposé Marc Rosenberg avant d’être nommé juge, dans l’article intitulé «*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 *C.R.* (4th) 69, à la p. 71, où il a dit: [TRADUCTION] «[e]n outre, je pense que non seulement il est possible d’admettre

41

42

does not fall within the existing exceptions but it must also be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability.” For an application of this approach see Rowsell, *supra*, at pp. 304-8 (re-examining dying declarations and spontaneous declarations in light of *Khan*). Rosenberg explains the basis for his assertion as follows (at pp. 80-81):

... the reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasonable in the 19th century may appear questionable in the late 20th century.

I would accept this approach as dictated by the tenets embodied in the principled approach. Yet, as I will explain below, I have a radically different conception than Iacobucci J. of what this entails.

43

The final possibility is that *Khan* and its progeny abolish the traditional exceptions and replace them with a case-by-case determination of reliability and necessity. That the passages previously quoted from *Smith*, *supra*, may provide this impression is explained by Professor Schiff in *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at p. 660:

Upon even a careful reading of *Smith*, the court might appear to abolish the existing hearsay exceptions, leaving in their place the judge’s authority to admit any item of hearsay evidence shown to be “necessary” and “reliable” in the particular circumstances. The existing exceptions are nonetheless alive and well. . . .

In Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 193, the authors state that “[t]here is no suggestion in the cases that the court was countenancing the exclusion of hearsay which would be otherwise admitted through one of the recognized exceptions.” Furthermore, in *B. (K.G.)*, *supra*,

une preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore qu’il doit être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception établie pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité.» Pour une application de ce point de vue, voir Rowsell, *loc. cit.*, aux pp. 304 à 308 (qui a réexaminé les déclarations de mourants et les déclarations spontanées à la lumière de l’arrêt *Khan*). Rosenberg explique ainsi le fondement de son affirmation (aux pp. 80 et 81):

[TRADUCTION] . . . la raison qui justifie l’existence d’une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l’expérience acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle.

J’accepte cette méthode comme étant dictée par les préceptes contenus dans la méthode fondée sur des principes. Cependant, comme je l’expliquerai plus loin, ma conception de ce que cela implique est complètement différente de celle du juge Iacobucci.

La dernière possibilité est que l’arrêt *Khan* et les arrêts qui en découlent abolissent les exceptions traditionnelles pour les remplacer par une détermination cas par cas de la fiabilité et de la nécessité. Dans *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, à la p. 660, le professeur Schiff explique ainsi le fait que les passages susmentionnés de l’arrêt *Smith*, précité, puissent donner cette impression:

[TRADUCTION] Si on lit attentivement l’arrêt *Smith*, la cour peut sembler abolir les exceptions existantes à la règle du oui-dire et leur substituer le pouvoir du juge d’admettre tout élément de preuve par oui-dire qui s’avère «nécessaire» et «fiable» dans les circonstances particulières de l’affaire. Il n’en demeure pas moins que les exceptions existantes se portent bien. . . .

Dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 193, les auteurs affirment que [TRADUCTION] «[l]a jurisprudence ne laisse aucunement entendre que la cour approuvait l’exclusion d’une preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admise en vertu de l’une des exceptions reconnues.» De plus, dans

Lamer C.J. speaking for a majority of the Court, stated (at p. 798): “While the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical ‘exceptions’, the new approach shares the same principled basis as the existing exceptions.” I take this statement as affirming the continued existence of the traditional exceptions while laying the groundwork for the application of the principled approach to new developments. See McCrea, *supra*, at p. 208. Moreover, we have admitted evidence based solely on the traditional exceptions in cases subsequent to *Khan*: see *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 28. In that case, with no discussion of the principled approach, we stated: “An admission against interest made by the accused is admissible as a recognized exception to the hearsay rule, provided that its probative value outweighs its prejudicial effect.”

I am able to find only a single author who proposes sweeping aside the existing exceptions in the name of the principled approach. However, that author is hardly complimentary in his assessment of this approach. In “The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration”, in W. Kaplan, J. Sack and M. Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, Professor D. M. Paciocco states (at p. 139):

In summary, the Supreme Court of Canada has rejected the traditional approach to identifying admissible hearsay. It has replaced it with an *ad hoc* or case-by-case assessment in which the admission of hearsay evidence is determined as a matter of judicial discretion, according to the general principles of “necessity” and “reliability.”

Most of the other commentators assert that the traditional categories have not been replaced by the principled approach. See McCrea, *supra*, at p. 208 (stating that “in *B. (K.G.)*, decided shortly after *Smith*, the Court clarified that the established hearsay exceptions remained very much intact”); Thompson, *supra*, at p. 284 (“*Smith* does not sweep away the existing exceptions”) and at p. 291

B. (K.G.), précité, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à la majorité (à la p. 798): «Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.» Selon moi, cet énoncé confirme le maintien des exceptions traditionnelles tout en préparant le terrain pour l’application de la méthode fondée sur des principes à de nouvelles situations. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208. De plus, nous avons admis des éléments de preuve en vertu uniquement des exceptions traditionnelles dans des affaires subséquentes à l’arrêt *Khan*: voir *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, au par. 28. Dans cette affaire, sans analyser la méthode fondée sur des principes, nous avons affirmé: «Un aveu fait par l’accusé contre ses intérêts est admissible en vertu d’une exception reconnue à la règle du oui-dire, dans la mesure où sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable.»

Je n’ai pu trouver qu’un seul auteur qui propose d’écarter les exceptions existantes au nom de la méthode fondée sur des principes. Toutefois, cet auteur n’est guère élogieux dans l’évaluation qu’il fait de cette méthode. Dans «The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration», dans W. Kaplan, J. Sack et M. Gunderson, dir., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, le professeur D. M. Paciocco écrit (à la p. 139):

[TRADUCTION] En résumé, la Cour suprême du Canada a rejeté la méthode traditionnelle employée pour identifier la preuve par oui-dire admissible. Elle l’a remplacée par une évaluation spéciale ou cas par cas, dans laquelle l’admissibilité de la preuve par oui-dire est déterminée en fonction d’un pouvoir discrétionnaire judiciaire, selon les principes généraux de la «nécessité» et de la «fiabilité».

La plupart des autres commentateurs affirment que les catégories traditionnelles n’ont pas été remplacées par la méthode fondée sur des principes. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208 (qui écrit que [TRADUCTION] «dans l’arrêt *B. (K.G.)*, rendu peu de temps après l’arrêt *Smith*, la Cour a précisé que les exceptions reconnues à la règle du oui-dire demeuraient à peu près intactes»); Thompson, *loc. cit.*, à

(“It is hard to believe that the real intent of *Smith* was to wipe out the whole structure of hearsay exceptions, constructed over the years by the common law.”); P. B. Carter, “Hearsay: Whether and Whither?” (1993), 109 *L.Q.R.* 573, at p. 579 (“*R. v. Smith* should be seen as supplementing and developing, rather than as totally replacing, the traditional framework of the common law”); Stewart, *supra*, at p. 64 (“Before reaching the principled approach, the Court must be satisfied that the statement is not admissible under any existing exception to the rule against hearsay.”); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at p. 169.

45

It is the duty of the courts to review common law rules and as recognized by the Law Reform Commission of Canada in its *Report on Evidence*, *supra*, at p. 69, the hearsay rule is the most characteristic rule of our system of judge-made rules of evidence. However, the duty to review the common law carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. This Court has limited changes in the common law to those which are “slow and incremental” rather than “major and far-reaching”: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, *per* McLachlin J. This Court must restrict reforms to only “those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, *per* Iacobucci J. The adoption of the principled approach in *Khan* was based on these calculations and, similarly, any extension of it must be evaluated in terms of the above considerations.

46

I do not see the usurpation of the traditional exceptions by the principled approach as warranted under the current state of our law. After studying the issue for several years, the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence* concluded (at p. 5): “Many of the existing rules are

la p. 284 ([TRADUCTION] «L’arrêt *Smith* n’écarte pas les exceptions existantes») et à la p. 291 ([TRADUCTION] «Il est difficile de croire que le but véritable de l’arrêt *Smith* était d’anéantir tout le système des exceptions à la règle du oui-dire, établi au fil des ans par la common law.»); P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573, à la p. 579 ([TRADUCTION] «l’arrêt *R. c. Smith* devrait être perçu comme complétant et expliquant le cadre traditionnel de la common law plutôt que comme le remplaçant totalement»); Stewart, *loc. cit.*, à la p. 64 ([TRADUCTION] «Avant de recourir à la méthode fondée sur des principes, la cour doit être convaincue que la déclaration n’est pas admissible en vertu d’une exception existante à la règle du oui-dire.»); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), à la p. 169.

Il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law et, comme l’a reconnu la Commission de réforme du droit du Canada dans son *Rapport sur la preuve*, *op. cit.*, à la p. 78, la règle du oui-dire est la plus caractéristique de notre système de règles de preuve jurisprudentielles. Toutefois, le devoir de réviser la common law comporte la responsabilité correspondante d’agir avec prudence. Notre Cour a limité les modifications de la common law à celles qui se font «lentement et progressivement» plutôt qu’à celles qui modifient «sensiblement et profondément»: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760, le juge McLachlin. Notre Cour doit limiter les réformes aux seuls «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société»: *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670, le juge Iacobucci. L’adoption de l’approche fondée sur des principes dans l’arrêt *Khan* se basait sur ces dicta et, partant, toute application de cette approche doit être évaluée en fonction des considérations susmentionnées.

Selon moi, l’empiétement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n’est pas justifié selon l’état actuel de notre droit. Après avoir étudié cette question pendant plusieurs années, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu, à la p. 6 de son *Rapport sur la*

sound and well-tested, and have the advantage of being familiar to the profession. We would retain these.” Similarly, the Ontario Law Reform Commission in its 1976 *Report on the Law of Evidence* concluded (at p. 15): “In our view, the general exclusionary rule now in effect should be retained, together with the existing common law exceptions. The hearsay rule should, however, be relaxed by way of further, codified, exceptions.” Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors’ abilities. However, I am not convinced that changes have occurred that are so substantial as to vitiate the general conclusions of these commissions which of course studied these issues in far greater detail than we can.

I find it persuasive that other common law jurisdictions that have studied the question have reached similar conclusions, retaining the traditional exceptions while relaxing the standards for admissibility under the hearsay rule. See, e.g., United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), at pp. 145-59; Law Reform Commission of Ireland, “The Rule Against Hearsay”, in *Reports* (1979), vol. 2, 105, at pp. 201-9; *Evidence Act 1995*, 1995, No. 2, ss. 59-75 (Australia); *Federal Rules of Evidence*, Rules 801 *et seq.* (United States).

The reforms that Iacobucci J. proposes will have “major and far-reaching” effects on the common law and the trial process and therefore should be avoided: see *Watkins*, *supra*, at p. 760. Within Iacobucci J.’s approach, evidence that falls under a traditional exception would be doubly challenged. First, while according to Iacobucci J. evidence falling within a traditional exception is presumptively

preuve publié en 1975: «Beaucoup de règles existantes sont sages et ont subi l’épreuve du temps, en plus d’être bien connues de la profession juridique, ce qui n’est pas un mince avantage. Il n’est donc pas question de les éliminer.» La Commission de réforme du droit de l’Ontario a elle aussi conclu, à la p. 15 de son *Report on the Law of Evidence* publié en 1976: [TRADUCTION] «À notre avis, la règle d’exclusion générale présentement en vigueur devrait être maintenue, avec les exceptions de common law existantes. La règle du ouï-dire devrait toutefois être assouplie par de nouvelles exceptions codifiées.» Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d’assouplir la règle du ouï-dire pour l’harmoniser avec l’évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Je ne suis toutefois pas convaincue qu’il y a eu des changements importants au point d’infirmier les conclusions générales de ces commissions qui ont évidemment étudié ces questions beaucoup plus en profondeur que nous sommes en mesure de le faire.

Le fait que d’autres ressorts de common law qui ont examiné la question soient arrivés à des conclusions similaires, à savoir maintenir les exceptions traditionnelles tout en assouplissant les normes d’admissibilité en vertu de la règle du ouï-dire, m’apparaît persuasif. Voir, par exemple, United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), aux pp. 145 à 159; Law Reform Commission of Ireland, «The Rule Against Hearsay», dans *Reports* (1979), vol. 2, 105, aux pp. 201 à 209; *Evidence Act 1995*, 1995, n° 2, art. 59 à 75 (Australie); *Federal Rules of Evidence*, règles 801 et suiv. (États-Unis).

Les réformes proposées par le juge Iacobucci auront pour effet de modifier «sensiblement et profondément» la common law et le procès, et il y a donc lieu de les éviter: voir *Watkins*, précité, à la p. 760. Selon l’approche préconisée par le juge Iacobucci, la preuve qui relève d’une exception traditionnelle serait doublement contestée. En premier lieu, même si, selon le juge Iacobucci, la

admissible (para. 212), it is open to revisit the exceptions themselves to re-interpret them in a manner consistent with the requirements of necessity and reliability (para. 213). Second, Iacobucci J. asserts that “[i]n some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach’s requirement of necessity and reliability” (para. 214). I fear that this invitation will create further uncertainty in the law as lawyers being lawyers will be quick to claim that their case is the “rare” one of which Iacobucci J. speaks. Iacobucci J. does not specify how trial judges are to deal with these rare cases, stating that they will determine the procedure “whether by *voir dire* or otherwise” (para. 214), but I think it is safe to assume that trial judges will turn to the procedure familiar to them and mandated by our previous jurisprudence: the *voir dire* (see *B. (K.G.)*, *supra*).

preuve visée par une exception traditionnelle est présumée admissible (au par. 212), il sera possible de réexaminer les exceptions elles-mêmes pour les interpréter d’une manière conforme aux exigences de nécessité et de fiabilité (au par. 213). En deuxième lieu, le juge Iacobucci affirme qu’«[i]l se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu’une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes» (par. 214). Je crains que cette invitation ne crée davantage d’incertitude dans le droit étant donné que les avocats ne manqueront sûrement pas de faire valoir que leur cas est l’un des «rares cas» dont parle le juge Iacobucci. Bien que ce dernier ne précise pas comment les juges du procès devront traiter ces rares cas et qu’il affirme simplement qu’ils établiront la procédure «par voir-dire ou autrement» (par. 214), je crois qu’on peut présumer que le juge du procès recourra à la procédure qui lui est familière et qui est prescrite par notre jurisprudence: le voir-dire (voir *B. (K.G.)*, précité).

49 In any event, *voir dire* or not, this approach would require an in-depth re-evaluation of the admissibility of evidence already found to fall within an exception to the hearsay rule. The *voir dire* is merely the most formal mode of conducting this inquiry. With or without a *voir dire*, the double analysis mandated in every case of hearsay evidence on this approach would inevitably and unnecessarily complicate and lengthen trials.

De toute façon, voir-dire ou pas, cette méthode exige une réévaluation en profondeur de l’admissibilité d’une preuve déjà jugée comme relevant d’une exception à la règle du oui-dire. Le voir-dire n’est que la façon la plus formelle de procéder à cet examen. Avec ou sans voir-dire, la double analyse prescrite par cette approche dans chaque cas où il y a une preuve par oui-dire compliquerait et allongerait inévitablement et inutilement le procès.

50 It is generally acknowledged that the principled approach will result in lengthening trials as litigation over the admissibility of evidence becomes more common. See Schiff, *supra*, at p. 661; Thompson, *supra*, at p. 295; Prithipaul, *supra*, at p. 92; Blok, *supra*, at p. 685. See also Rosenberg, “*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes”, *supra*, at p. 75. In adopting the principled approach to hearsay evidence not falling within an established exception, we have chosen this course in the name of the search for truth and because of confidence that juries will be able to

Il est généralement reconnu que la méthode fondée sur des principes aura pour effet d’allonger les procès alors que les litiges portant sur l’admissibilité de la preuve deviennent plus courants. Voir Schiff, *op. cit.*, à la p. 661; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295; Prithipaul, *loc. cit.*, à la p. 92; Blok, *loc. cit.*, à la p. 685. Voir aussi Rosenberg, «*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes», *loc. cit.*, à la p. 75. En adoptant l’approche fondée sur des principes pour aborder la preuve par oui-dire qui ne relève pas d’une exception reconnue, nous avons choisi cette voie par souci de

accurately weigh the quality of the evidence before them. However,

[t]aking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability makes the role of the trial judge that much more difficult. . . . Trial judges simply do not have the luxury to spend hours, let alone days, pondering the reliability of a particular piece of evidence, an issue normally reserved to the fact-finding phase of the trial. What is required is a set of rules which can be applied to most situations. [Emphasis added.]

(M. Rosenberg, “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, at p. 487.)

I would conclude that the principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule. I am not persuaded by Iacobucci J.’s attempt to split the difference and hold that the principled approach applies to the evidence that falls within a traditional exception but that a *voir dire* may only sometimes be necessary. Either the principled approach applies to the traditional exceptions or it does not. If it does, then a *voir dire* is required to consider the admissibility of such evidence. See *B. (K.G.)*, *supra*. See also Thompson, *supra*, at p. 295 (“A *voir dire* is required, sometimes a complicated one under the residual exception.”). If the traditional exceptions endure, as I believe they should, then no *voir dire* is required.

The source of the disagreement between my colleague Iacobucci J. and me can be traced to variant understandings of threshold reliability inquiry under the principled approach. The traditional exceptions are built upon a determination that a

recherche de la vérité et en raison de notre confiance dans la capacité du jury d’évaluer exactement la qualité de la preuve qui leur est présentée. Toutefois,

[TRADUCTION] [l]’élimination de toutes les règles pour les remplacer par des critères de nécessité et de fiabilité complique d’autant plus la tâche du juge du procès. [. . .] Le juge du procès ne peut simplement pas se permettre de consacrer des heures, voire des jours, à méditer sur la fiabilité d’un élément de preuve particulier, question normalement réservée à la phase de constatation des faits du procès. Ce qu’il faut, c’est un ensemble de règles qui peuvent s’appliquer à la plupart des situations. [Je souligne.]

(M. Rosenberg, «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules» (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, à la p. 487.)

Je conclus que l’analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu’approuvée lorsque la preuve par ouï-dire ne relève pas d’une exception établie à la règle du ouï-dire, n’a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. La tentative du juge Iacobucci de couper la poire en deux et de conclure que la méthode fondée sur des principes s’applique à la preuve qui relève d’une exception traditionnelle, mais qu’un *voir-dire* n’est peut-être nécessaire que dans certains cas ne me convainc pas. Ou bien la méthode fondée sur des principes s’applique aux exceptions traditionnelles, ou bien elle ne s’y applique pas. Si elle s’y applique, il faut tenir un *voir-dire* pour examiner si une telle preuve est admissible. Voir *B. (K.G.)*, précité. Voir également Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295 ([TRADUCTION] «Il est nécessaire de tenir un *voir-dire*, parfois un *voir-dire* compliqué en vertu de l’exception résiduelle.»). Si les exceptions traditionnelles continuent de s’appliquer, ce qui devrait être le cas selon moi, aucun *voir-dire* n’est alors nécessaire.

Le désaccord entre mon collègue le juge Iacobucci et moi tient à des conceptions différentes de l’examen du seuil de fiabilité qui doit être effectué en vertu de la méthode fondée sur des principes. Les exceptions traditionnelles reposent sur

threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry: *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 787. In *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, this Court explained the nature of the reliability analysis (at para. 75):

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact.

une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité: *B. (K.G.)*, précité, à la p. 787. Dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, notre Cour a expliqué la nature de l'analyse de la fiabilité (au par. 75):

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du ouï-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielle de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder.

53

Although it may appear that the above pronouncement conflicts with certain statements made in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*, it is possible to reconcile the approaches taken in all of these cases. In *Khan*, although McLachlin J. spoke in terms of the complainant not having a reason to lie, in essence, the recognition there was that children of such a tender age do not have a reason to lie about sexual subjects. Moreover, it is almost impossible for a child of such a tender age to have knowledge about the functioning of male anatomy in that way, rendering statements made by people in that class inherently reliable. Similarly, in *Smith*, one can see how people who are in need of assistance generally, as a class of people, have no reason to lie when they say that they need help. It is certainly true that these facts were present in the individual cases in *Khan* and *Smith*, but the rule would be applicable to a larger class of persons.

Même si l'énoncé susmentionné peut sembler contredire certaines déclarations faites dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il est possible de concilier les approches adoptées dans chacun de ces arrêts. Dans l'arrêt *Khan*, même si Madame le juge McLachlin parlait de plaignant qui n'avait aucune raison de mentir, il y a été essentiellement reconnu que des enfants aussi jeunes n'ont aucune raison de mentir au sujet de questions sexuelles. De plus, il est pratiquement impossible qu'un enfant aussi jeune ait une telle connaissance du fonctionnement de l'anatomie masculine, ce qui rend intrinsèquement fiables les déclarations faites par des personnes de cette catégorie. De même, dans l'arrêt *Smith*, on peut voir pourquoi les gens qui ont généralement besoin d'aide, en tant que catégorie de personnes, n'ont aucune raison de mentir lorsqu'ils disent qu'ils ont besoin d'aide. Il est certainement vrai que ces faits étaient présents dans chacune des affaires *Khan* et *Smith*, mais la règle s'appliquerait à une catégorie plus vaste de personnes.

54

Threshold reliability exists where there is a circumstantial guarantee of trustworthiness. It does not mean that the hearsay is true or even likely to be true, but rather it asks whether the circum-

Un seuil de fiabilité est atteint lorsqu'il existe une garantie circonstancielle de fiabilité. Cela ne signifie pas que le ouï-dire est véridique ou même susceptible de l'être, mais cela pose plutôt la ques-

stances are such that there is sufficient reliability for the hearsay to be properly assessed by the jury. The traditional hearsay exceptions are based on a determination of threshold reliability: *Smith, supra*, at pp. 929-30. These exceptions have historically been founded on truisms common to classes of people or common to circumstances applicable to all people. There is no reason why that should not continue to be the case.

I acknowledge that some of the existing exceptions may require fine tuning. It may be that society has changed in such a manner that the rationale for the exception no longer applies. And, there may be circumstances which could arise in an individual case which challenge the inherent reliability that underpins a hearsay exception. However, the court must differentiate between individual circumstances that go to the weight of the evidence (such as motive to lie or other extraneous circumstances unique to the individual) and circumstances that are properly considered at the threshold stage.

In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. To do so would result in the excision of the categories and abolition of their utility. Rather, the questions should always be: Is there something wrong with the exception itself? Should the exception be inapplicable in some circumstances?

The only time when a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. If facts arise which demonstrate that within an exception, we no longer think that statements made by a particular class of persons are inherently reliable, then to a certain extent, the rationale for the exception has been displaced and the exception must be modified to exclude people in such circumstances. For example, it may be that

tion de savoir si les circonstances sont telles qu'il existe un niveau de fiabilité suffisant pour que le jury puisse apprécier adéquatement le ouï-dire. Les catégories traditionnelles de ouï-dire sont fondées sur une détermination du seuil de fiabilité: *Smith, précité*, aux pp. 929 et 930. Ces exceptions reposent sur des truismes communs à des catégories de personnes ou à des circonstances applicables à tous. Rien ne justifie qu'il n'en soit plus ainsi.

Je reconnais que certaines exceptions existantes peuvent avoir besoin d'être ajustées. Il se peut que la société ait évolué au point que l'exception n'a plus sa raison d'être. Il se peut aussi que des circonstances susceptibles de se présenter dans un cas particulier compromettent la fiabilité inhérente qui sous-tend une exception à la règle du ouï-dire. La cour doit cependant différencier les circonstances particulières ayant une incidence sur le poids de la preuve (comme un motif de mentir ou d'autres circonstances étrangères propres à une personne) des circonstances qui doivent être examinées à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité.

Au moment de réévaluer une exception à la règle du ouï-dire, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Si elle le faisait, cela entraînerait la suppression des catégories qui deviendraient ainsi inutiles. Il faut plutôt continuer de poser les questions suivantes: L'exception elle-même pose-t-elle problème? L'exception devrait-elle être inapplicable dans certaines circonstances?

Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. S'il y existe des faits qui démontrent que, dans le cas d'une exception, nous ne croyons plus que les déclarations d'une catégorie particulière de personnes soient intrinsèquement fiables, alors l'exception perd jusqu'à un certain point sa raison d'être et doit être modifiée de façon à exclure les gens qui se trouvent dans cette situa-

55

56

57

a court may wish to reconsider the dying declaration under certain circumstances such as when a dying person is under the influence of powerful drugs. Another exemption that may benefit from re-examination is the business records exception where the records are written by persons who are not disinterested parties. Both of these examples reflect particular circumstances under which reliability may be questioned for all people in such a situation. I believe that this approach will force the courts to reconsider the exceptions only where a problem exists with the theoretical foundation of the exception. Furthermore, having the courts remember the reasons for the rule will prove very beneficial. The problem with the exceptions was that they were thought to be “ossified judicially created categories” (*Smith, supra*, at p. 930), but this approach will foster a renewed understanding of the rationales underlying these categories.

58 In sum, if one wishes to displace an exception, which is based on concepts of necessity and reliability, one will have to displace either necessity or the reliability upon which the exception is based. This can only be done where the circumstances would be generally applicable to a class of persons or in a particular circumstance faced by all persons.

59 In principle, the trial judge’s residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value (*Seaboyer, supra*, at p. 611) could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule: see, e.g., *Hawkins, supra*, at para. 85. This point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court and therefore I see no need to undertake an analysis of the issue.

60 I would summarize my position in the following terms which I believe are largely consistent with the approach taken by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, and *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. First, *Khan* and its progeny permit hearsay evi-

tion. Par exemple, il se peut qu’une cour veuille réexaminer la déclaration d’un mourant dans le cas notamment où le mourant l’a faite alors qu’il était sous l’effet d’un médicament puissant. Une autre exception susceptible de bénéficier d’un réexamen est celle des dossiers d’entreprise établis par des personnes qui ne sont pas désintéressées. Ces deux exemples reflètent des circonstances particulières dans lesquelles la fiabilité de toutes les personnes en cause peut être mise en doute. Je crois que cette approche ne forcera les tribunaux à réexaminer une exception que si le fondement théorique de cette exception pose un problème. De plus, le fait d’obliger les tribunaux à se rappeler les raisons de la règle se révélera fort bénéfique. Le problème que posaient les exceptions émanait du fait qu’elles étaient considérées comme des «catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (*Smith, précité*, à la p. 930), mais cette approche favorisera une meilleure compréhension des raisons qui sous-tendent ces catégories.

Somme toute, pour pouvoir écarter une exception fondée sur les concepts de nécessité et de fiabilité, il faudra écarter la nécessité ou la fiabilité sur laquelle repose cette exception. Cela ne peut se faire que si les circonstances sont généralement applicables à une catégorie de personnes ou, dans un cas particulier, à tous.

En principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d’écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l’emporte substantiellement sur sa valeur probante (*Seaboyer, précité*, à la p. 611) pourrait, dans des circonstances appropriées, s’appliquer à la preuve qui relève d’une exception à la règle du oui-dire: voir, par exemple, l’arrêt *Hawkins, précité*, au par. 85. Ce point n’a pas été abordé en Cour d’appel ni débattu devant notre Cour et je ne vois donc pas la nécessité d’entreprendre une analyse de cette question.

Je résumerais ma position dans les termes suivants, qui, à mon avis, sont largement compatibles avec l’approche adoptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, et *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. D’abord, quoique l’arrêt

dence to be admitted in new situations where necessary and where indicia of reliability are present, but did not abolish the traditional exceptions. Second, the traditional exceptions are largely consistent with the necessity-reliability criteria and so do not generally require revision. Finally, the traditional exceptions may be modified or supplemented as appropriate to conform to the principled approach (on this last point, see Rosenberg, “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*”, *supra*, at p. 71). Trial judges should continue to apply the traditional exceptions to the hearsay rule.

(4) Admissibility of Cook’s Statement of Intention

(a) *Is the Statement Hearsay?*

No disagreement exists that the Crown sought to use Cook’s statement to Giesbrecht that he had to “go and do an Autopac scam with Robert” as proof of the truth of its contents. Accordingly, as Iacobucci J. explains in para. 165, it is hearsay.

(b) *The “Present Intentions” Exception to the Hearsay Rule*

The next question is whether the statement falls within a recognized exception to the rule against hearsay. All three judges in the Court of Appeal recognized that the statement fell squarely within the “present intentions” exception recognized by this Court in *Smith, supra*, at p. 925. Twaddle J.A., dissenting, would have excluded the statement not because it exceeded the confines of the “present intentions” exception but because he believed that the principled approach should be applied in this case. I disagree both with Iacobucci J.’s description of the “present intentions” exception and with his modification of the exception to comply with the principled approach. Furthermore, I do not

Khan et les arrêts qui en découlent permettent d’admettre une preuve par oui-dire dans de nouvelles situations où cela est nécessaire et où il existe des indices de fiabilité, ils n’ont pas aboli les exceptions traditionnelles. Ensuite, les exceptions traditionnelles sont largement compatibles avec les critères de nécessité et de fiabilité, de sorte qu’elles n’ont généralement pas besoin d’être révisées. Enfin, les exceptions traditionnelles peuvent être modifiées ou complétées au besoin afin d’assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes (sur ce dernier point, voir Rosenberg, «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*», *loc. cit.*, à la p. 71). Les juges du procès devraient continuer d’appliquer les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire.

(4) Admissibilité de la déclaration d’intention de Cook

a) *La déclaration est-elle du oui-dire?*

Tous s’accordent pour dire que le ministère public a tenté d’utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht, qu’il devait [TRADUCTION] «aller frauder l’Autopac avec Robert», comme preuve de la véracité de son contenu. Par conséquent, comme l’explique le juge Iacobucci au par. 165, il s’agit de oui-dire.

b) *L’exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire*

La question est maintenant de savoir si la déclaration relève d’une exception reconnue à la règle du oui-dire. Les juges de la Cour d’appel ont tous trois retenu que la déclaration relevait nettement de l’exception des «intentions existantes» reconnue par notre Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 925. Le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration non pas parce qu’elle excédait les confines de l’exception des «intentions existantes», mais parce qu’il croyait que la méthode fondée sur des principes devait être appliquée en l’espèce. Je ne souscris ni à la description que donne le juge Iacobucci de l’exception des «intentions existantes», ni à sa modification de l’exception en vue de respecter la méthode fondée sur des principes. Je ne suis pas d’accord non plus avec sa qualifica-

61

62

agree with his characterization of the so-called "joint act" rule under this exception.

63

This Court recently examined the "present intentions" exception in detail in *Smith, supra*, where we recognized that an "exception to the hearsay rule arises when the declarant's statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made" (p. 925). Drawing on Wigmore, Iacobucci J. would add the requirement that the statement "must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion" (para. 168). Let me be quite clear that this second requirement is a new addition to the common law exception. In the course of reviewing nearly eighty years of jurisprudence of the present intentions exception in this country, I have been able to unearth but a single reference to the Wigmore requirement of "circumstantial guarantee of trustworthiness": see *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (B.C.C.A.), at p. 534. In *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), at p. 338, Doherty J. (as he then was), while not mentioning Wigmore did however note in passing that "[i]t also appears that there is some circumstantial guarantee of trustworthiness attaching to these utterances as there is no suggestion that the deceased had reason to misrepresent her state of mind when she made these various statements to her sister and other close associates." Neither of these cases provides any explanation, elaboration or application of the "circumstantial guarantee of trustworthiness" component. The clear weight of authority in this country examining the "present intentions" exception lacks any mention of this component: see, e.g., *Smith, supra*, *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.) (*per* Martin J.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (S.C.); *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (Q.B.); *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.); *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (S.C.); *R. v.*

tion de la règle dite de l'«acte accompli conjointement» dans le contexte de cette exception.

Notre Cour a récemment analysé en détail l'exception des «intentions existantes» dans l'arrêt *Smith*, précité, où elle a reconnu qu'une «exception à la règle du oui-dire s'applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d'esprit au moment où il l'a faite» (p. 925). S'appuyant sur Wigmore, le juge Iacobucci ajouterait l'exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses» (par. 168). J'aimerais préciser que cette deuxième exigence est un nouvel ajout à l'exception qui relève de la common law. Passant en revue quelque quatre-vingts années de jurisprudence canadienne relative à l'exception des intentions existantes, je n'ai pu déceler qu'un seul renvoi à l'exigence de Wigmore qu'il y ait «garantie circonstancielle de fiabilité»: voir *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (C.A.C.-B.), à la p. 534. Dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), à la p. 338, le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel) a fait remarquer en passant, sans toutefois mentionner Wigmore, [TRADUCTION] «[qu'u]ne certaine garantie circonstancielle de fiabilité semble se rattacher à ces déclarations vu que rien n'indique que la personne décédée avait des raisons de cacher son état d'esprit réel lorsqu'elle a fait ces diverses déclarations à sa sœur et à ses autres proches associés.» Aucune de ces décisions ne fournit une explication, des détails ou une application de l'élément «garantie circonstancielle de fiabilité». La grande majorité des décisions canadiennes dans lesquelles a été examinée l'exception des «intentions existantes» ne mentionne pas cet élément: voir, par exemple, *Smith*, précité; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.) (le juge Martin), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (C.S.); *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (B.R.); *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. c. Carriere*

Flemming (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (Co. Ct.); *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (Ont. C.A.); *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (S.C.); *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (Sask. C.A.); *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (S.C.A.D.); *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (B.C.S.C.); *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (Sask. C.A.); *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (P.C.); *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (Sask. C.A.); *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (Alta. S.C.A.D.); *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (Nfld. C.A.); *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (Nfld. U.F.C.); *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (B.C.C.A.); *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (Ont. H.C.), at pp. 754-55. Nor does the leading treatise in this country on evidence discuss the addition proposed by Iacobucci J.: see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at §§ 6.225-6.242. I do not see this addition as either necessary or desirable.

By interpreting “circumstances of suspicion” in a broad fashion (see paras. 177-79), Iacobucci J.’s approach neutralizes the utility of the exceptions which provide predictability and a certain degree of swiftness in our trial process. By requiring the negation of the possibility that the declarant was untruthful, Iacobucci J. creates an extremely high threshold for the introduction of previously acceptable hearsay evidence. The possibility of untruthfulness is inherent in every statement. Ascertaining truth is the fundamental task for the trier of fact, not for the trier of law determining threshold reliability.

In addition, by adding the requirement that a statement of intention not be made under circumstances of suspicion so as to conform with the principled approach, Iacobucci J. reveals the essential problem with his proposed mode of hearsay analysis. For if each exception is to incorporate a

(1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (C.S.); *R. c. Fleming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (C. cté); *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (C.A. Ont.); *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (C.S.); *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Sask.); *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (C.S., Div. app.); *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (C.S.C.-B.); *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (C.A. Sask.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (C.P.); *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (C.A. Sask.); *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (C.S. Alb., Div. app.); *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (C. Ont. (Div. gén.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.T.-N.); *Collins c. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (C.U.F.T.-N.); *R. c. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (C.A.C.-B.); *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (H.C. Ont.), aux pp. 754 et 755. Le principal traité sur la preuve dans notre pays n’aborde pas non plus l’ajout proposé par le juge Iacobucci: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux §§ 6.225 à 6.242. Je considère que cet ajout n’est ni nécessaire ni souhaitable.

En donnant une interprétation large aux «circonstances douteuses» (voir les par. 177 à 179), le juge Iacobucci enlève toute utilité aux exceptions pour ce qui est d’assurer la prévisibilité et une certaine célérité dans nos procès. En exigeant que l’on écarte la possibilité que le déclarant ait menti, le juge Iacobucci impose un critère extrêmement exigeant pour la présentation d’une preuve par ouï-dire auparavant admissible. La possibilité que l’on ait menti est inhérente à chaque déclaration. La découverte de la vérité incombe essentiellement au juge des faits et non pas au juge du droit qui établit le seuil de fiabilité.

De plus, en ajoutant l’exigence qu’une déclaration d’intention ne soit pas faite dans des circonstances douteuses de manière à ce qu’elle respecte la méthode fondée sur des principes, le juge Iacobucci révèle le problème essentiel que soulève le mode d’analyse du ouï-dire qu’il propose. En

necessity and reliability component in examining each individual statement that comes under the exception, then the end result is the eradication of the exceptions themselves. I appreciate that under the approach proposed by Iacobucci J., the exceptions are supposed to continue to serve a useful role as, *inter alia*, “practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form” (para. 205). However, once a trial judge is required to examine every hearsay statement in terms of reliability and necessity, I do not think that there is much left of the exceptions.

effet, les exceptions elles-mêmes finiront par disparaître s’il faut, dans chaque cas, analyser la nécessité et la fiabilité de chacune des déclarations visées par l’exception. Si je comprends bien, selon la méthode proposée par le juge Iacobucci, les exceptions sont censées conserver leur utilité à titre, notamment, de «manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes» (par. 205). Cependant, dès qu’un juge du procès est tenu d’examiner la fiabilité et la nécessité de chaque déclaration relatée, je ne pense pas qu’il reste grand-chose des exceptions.

66

Earlier, I explained my preferred mode of rationalizing the traditional exceptions with the principled approach. I will not repeat it except to say that I believe that the categories as a whole may be revisited and refined in light of the principled approach, but they are not supplanted by it. I see no reason to depart from the existing definition of this exception as outlined by Lamer C.J. in *Smith*, *supra*, and Martin J.A. in *Moore*, *supra*.

J’ai expliqué plus haut la méthode que je privilégie pour rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction de la méthode fondée sur des principes. Je ne la répéterai pas, sauf pour dire que je crois que les catégories dans leur ensemble peuvent être réexaminées et précisées en fonction de la méthode fondée sur des principes, sans toutefois être remplacées par cette méthode. Je ne vois aucune raison de m’éloigner de la définition existante de cette exception formulée par le juge en chef Lamer dans *Smith*, précité, et par le juge Martin dans *Moore*, précité.

(c) *The “Joint Act” Rule and the “Present Intentions” Exception*

c) *La règle de l’«acte accompli conjointement» et l’exception des «intentions existantes»*

67

It is common cause that the “present intentions” exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention. Doherty J. explained the permissible chain of inferences in *P. (R.)*, *supra*, at p. 343:

Il est généralement reconnu que l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite de l’auteur de la déclaration. Le juge Doherty a expliqué la chaîne des déductions permises dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 343:

Evidence of the deceased’s state of mind may, in turn, be relevant as circumstantial evidence that the deceased subsequently acted in accordance with that avowed state of mind. When a deceased says, “I will go to Ottawa tomorrow”, the statement affords direct evidence of the state of mind — an intention to go to Ottawa tomorrow — and circumstantial evidence that the deceased in fact went to Ottawa on that day. If either the state of mind, or the fact to be inferred from the existence of the state of mind is relevant, the evidence is receivable subject to objections based on undue prejudice.

[TRADUCTION] La preuve de l’état d’esprit de la personne décédée peut, à son tour, être pertinente à titre de preuve circonstancielle que la personne décédée a par la suite agi conformément à cet état d’esprit exprimé. Lorsque la personne décédée a dit «J’irai à Ottawa demain», la déclaration fournit une preuve directe de l’état d’esprit — l’intention d’aller à Ottawa demain — et une preuve circonstancielle que la personne décédée est effectivement allée à Ottawa ce jour-là. Si l’état d’esprit ou le fait qui peut en être déduit est pertinent, la preuve est recevable sous réserve d’objections fondées sur un préjudice indu.

Later at p. 344, Doherty J. wrote: “The evidence is not, however, admissible . . . to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased’s stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person.” Lamer C.J. adopted this statement of the joint act exception in *Smith*, *supra*, at pp. 926-27.

This exception simply recognizes basic principles of logic. As Professor R. J. Delisle explains in “*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*” (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264:

The statement of the declarant’s then state of mind should be received as evidence of that state of mind. . . . The next step in the chain — whether an inference should be drawn that the deceased acted in accordance with that state of mind, by himself, or jointly with another — presents a problem, not of hearsay, but of relevance and prejudicial value.

Doherty J. properly recognized this in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 346-49.

Statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act: see the leading cases of *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 296; *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), at pp. 374-80; *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), at pp. 631-33. *Alcalde* presented a situation similar to the one before us: the deceased declarant had said that she “was going out with Frank” that evening. The California Supreme Court, over the dissent of Traynor J., held that the statement was admissible to show the decedent’s intent that evening. Generally, this sort of evidence is admissible as an indication of the declarant’s intention at the time he or she spoke. The inferences to be drawn from the evidence are for the jury, properly cautioned.

Plus loin, à la p. 344, le juge Doherty écrit: [TRADUCTION] «Toutefois, la preuve n’est pas admissible [. . .] pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d’un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble.» Le juge en chef Lamer a adopté cet énoncé de l’exception de l’acte accompli conjointement dans l’arrêt *Smith*, précité, aux pp. 926 et 927.

Cette exception ne fait que reconnaître des principes logiques de base. Comme l’explique le professeur R. J. Delisle dans «*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*» (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264:

[TRADUCTION] La déclaration exprimant l’état d’esprit de son auteur à l’époque où il l’a faite devrait être admise comme preuve de cet état d’esprit. [. . .] La prochaine étape — à savoir s’il y a lieu de déduire que la personne décédée a donné suite à cet état d’esprit, seule ou avec d’autres — pose un problème non pas de oui-dire, mais de pertinence et d’effet préjudiciable.

Le juge Doherty a reconnu cela à bon droit dans la décision *P. (R.)*, précitée, aux pp. 346 à 349.

Les déclarations d’intention peuvent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement: voir les arrêts de principe *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 296; *United States c. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), aux pp. 374 à 380; *People c. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), aux pp. 631 à 633. Dans *Alcalde*, la situation était analogue à celle dont nous sommes saisis: la victime ayant fait la déclaration avait dit qu’elle [TRADUCTION] «sortait avec Frank» ce soir-là. Malgré la dissidence du juge Traynor, la Cour suprême de la Californie a statué que cette déclaration était admissible pour démontrer l’intention de la victime ce soir-là. En général, ce genre de preuve est admissible à titre d’indication de l’intention qu’avait l’auteur de la déclaration au moment où il s’est exprimé. Il appartient au jury, après une mise en garde appropriée, d’utiliser la preuve pour faire les déductions qui s’imposent.

(d) *Use of Cook's Statement*

70

I do not believe that the trial judge erred in leaving Cook's statement of intention to the jury. "Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom" (*Smith, supra*, at p. 937). The trial judge told the jury that "[t]he Crown says that Ms. Giesbrecht's evidence is the second thread of evidence to link the accused, Robert Starr, with the deaths of Cook and Weselowski. Again, it is for you to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have you believe" (emphasis added). I do not believe that this instruction invited the jury to draw an impermissible inference against the appellant. In examining what the Crown "would have [the jury] believe", the Crown, referring to another statement not at issue here, explained "evidence of intention" as "What was the deceased thinking about just before his death?". The Crown continued:

The difference between the statement of intention by Mr. Cook to Young and the statement of intention by Mr. Cook to Giesbrecht is that Cook carried the Giesbrecht intention out, didn't he? He ended up in a car, say the prosecution, driving down a ditch, smashing it up outside of the Turski home. He travelled all that way. He had to have; he was found dead there, and the car that was smashed against the pole was the car that Starr had been in, in the Mohawk garage. So that expression of intention appears to have been carried out. . . .

I believe that the Crown was entitled to ask the jury to draw an inference that Cook in fact acted in accordance with his stated intention, even if that stated intention involved a joint act: see *P. (R.)*, *supra*. In this situation, circumstances of joint intention may be considered along with the other evidence in determining what the third party did. Thus, I do not believe that the Crown asked the jury to draw an impermissible inference nor do I

d) *Utilisation de la déclaration de Cook*

Je ne crois pas que le juge du procès ait commis une erreur en soumettant la déclaration d'intention de Cook à l'appréciation du jury. «Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu'il faut accorder à cette preuve et d'en tirer des conclusions raisonnables» (*Smith*, précité, à la p. 937). Le juge du procès a dit au jury que [TRADUCTION] «[I]e ministère public affirme que le témoignage de M^{me} Giesbrecht est le deuxième élément de preuve qui relie l'accusé Robert Starr au décès de Cook et à celui de Weselowski. Là encore, il vous appartient de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude va aussi loin que le ministère public voudrait vous le faire croire» (je souligne). Je ne crois pas que cette directive invitait le jury à faire une déduction inacceptable au détriment de l'appelant. En examinant ce qu'il aurait voulu «faire croire» au jury, le ministère public a expliqué, au sujet d'une autre déclaration qui n'est pas en cause en l'espèce, que la «preuve de l'intention» consiste à se demander: [TRADUCTION] «Que pensait la victime juste avant de mourir?» Il a ajouté:

[TRADUCTION] La différence entre la déclaration d'intention que M. Cook a faite à Young et celle qu'il a faite à Giesbrecht est que Cook a donné suite à l'intention qu'il avait exprimée à Giesbrecht, n'est-ce pas? Il s'est retrouvé, affirme la poursuite, dans une automobile qu'il a conduite dans un fossé et bousillée à l'extérieur de la maison des Turski. Il a parcouru toute cette distance. Il devait l'avoir fait; il a été trouvé mort à cet endroit et la voiture qui a heurté le poteau était celle dans laquelle Starr avait pris place au garage Mohawk. Il semble donc avoir donné suite à cette expression d'intention. . . .

Je crois que le ministère public avait le droit de demander au jury de déduire que Cook a effectivement donné suite à son intention explicite, même si cette intention explicite visait un acte accompli conjointement: voir *P. (R.)*, précité. Dans ce cas, des circonstances d'intention commune peuvent être prises en considération avec les autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. Selon moi, le ministère public n'a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et je ne crois pas non plus que le juge du procès

believe that the trial judge erred in instructing the jury on this issue.

Accordingly, I would dismiss this ground of the appeal.

B. The Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

On this issue, I agree with Monnin J.A.'s decision in the Court of Appeal that the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to Ms. Ball's out-of-court identification of the appellant, but that any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge's instructions to the jury. Therefore, I do not find it necessary to analyze this evidence under the "prior identification" exception or under the principled approach as my colleague Iacobucci J. does. I am convinced that the harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the appellant at the Mohawk gas station before the murders. Any harm that may have been caused by the impugned evidence was nullified by the trial judge's instruction to the jury.

In the days immediately following the murders, RCMP Constables Madden and MacLeod visited the home of Cheryl and Daniel Ball, interviewing them on four occasions on three different days. Ms. Ball testified at trial that on the second visit, two days after the murder, the police showed her some photographs. She testified that her memory of seeing the photos was hazy and that she did not think she had recognized anyone in the photos. Regarding the RCMP's third visit on the same day as the second, Ms. Ball testified that she thought she had pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo "looks kind of familiar". Ms. Ball met with the police a week later, but at trial she did not recall having said anything to them about any of the photos on that occasion. Ms. Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on the second visit looked familiar or where she had seen the person. She was not asked whether

ait commis une erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Sur ce point, je partage la décision du juge Monnin de la Cour d'appel qu'il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l'identification extrajudiciaire de l'appelant par Cheryl Ball, mais que tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'analyser cette preuve en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» ou de la méthode fondée sur des principes, comme le fait mon collègue le juge Iacobucci. Je suis persuadée que le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l'appelant était à la station-service Mohawk avant les meurtres. Tout préjudice qui peut avoir été causé par la preuve attaquée a été éliminé par les directives du juge du procès au jury.

Au cours des jours qui ont suivi immédiatement les meurtres, les agents Madden et MacLeod de la GRC se sont rendus au domicile de Cheryl et Daniel Ball pour les interroger à quatre reprises en trois jours. Madame Ball a témoigné au procès que, lors de la deuxième visite, deux jours après les meurtres, les policiers lui ont montré des photographies. Elle a déclaré qu'elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et qu'elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. En ce qui concerne la troisième visite de la GRC, qui a eu lieu le même jour que la deuxième, M^{me} Ball a témoigné qu'elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Madame Ball a rencontré les policiers une semaine plus tard, mais elle ne se souvenait pas au procès de leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à cette occasion. Madame Ball n'a pas

71

72

73

she had seen the appellant on the night of the murder and she did not testify that she had done so. In fact, she did not mention the appellant in her testimony or identify him in court.

74 Constable Madden testified that on the second visit to her home, Ms. Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. Constable Madden testified that Ms. Ball described the man she had seen as white, with glasses and short hair in a ponytail. She mentioned nothing about a goatee. Constable Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and had a goatee. To Constable Madden's knowledge, the appellant had never worn glasses. Constable Madden testified that Ms. Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was "probably driving the other car". Photo No. 3 was a black and white photocopy of a photo of the appellant in which he had a moustache, no goatee, long hair, and no glasses.

75 Constable Madden further testified that when he and Constable MacLeod returned to the Ball residence one week later, Ms. Ball picked out the same photograph of the appellant that she had identified on the previous occasion, from amongst a set of eight photographs. None of the other photos had been included among the three shown to her the week before. Ms. Ball was not asked whether her previous selection of the same photo influenced her selection of it one week later.

76 The dissent in the Court of Appeal and Iacobucci J. in his reasons assert that Constable Madden's testimony of Ms. Ball's out-of-court identification was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ms.

expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée lors de la deuxième visite lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l'appellant la nuit des meurtres et elle n'a pas témoigné qu'elle l'avait vu. En fait, elle n'a pas mentionné l'appellant dans son témoignage et ne l'a pas identifié en cour.

L'agent Madden a témoigné que, lors de la deuxième visite au domicile de M^{me} Ball, celle-ci lui avait déclaré, en présence de l'agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. Il a témoigné que l'homme décrit par M^{me} Ball était blanc, portait des lunettes et avait les cheveux courts attachés en queue de cheval. Elle n'a pas parlé d'une barbiche. L'agent Madden a témoigné qu'à l'époque des meurtres l'appellant avait les cheveux longs et non attachés en queue de cheval, qu'il ne portait pas de lunettes et qu'il avait une barbiche. À sa connaissance, l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. L'agent Madden a affirmé que M^{me} Ball avait indiqué que l'homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». La troisième photo était une photocopie en noir et blanc d'une photo de l'appellant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes.

L'agent Madden a en outre témoigné que lorsque lui et l'agent MacLeod sont retournés à la résidence des Ball une semaine plus tard, M^{me} Ball a choisi la même photographie de l'appellant qu'elle avait indiquée précédemment, parmi une série de huit photographies. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui lui avaient été montrées la semaine précédente. On n'a pas demandé à M^{me} Ball si le choix de photo qu'elle avait fait antérieurement avait influencé son choix une semaine plus tard.

Dans les motifs dissidents rédigés en Cour d'appel et dans les motifs du juge Iacobucci, on affirme que le témoignage de l'agent Madden au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball était important parce qu'il situait l'appellant à

Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred". Both Twaddle J.A. and Iacobucci J. are of the opinion that this piece of evidence might have been the "last straw", allowing the Crown to meet its onus. With respect, I cannot agree.

Constable Madden testified that Ms. Ball had stated that the appellant "was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car" (emphasis added). According to Twaddle J.A. and Iacobucci J., this second half of the sentence may suggest that Ms. Ball identified the appellant in St. Norbert where the murders took place, rather than at the Mohawk gas station. I do not believe that the evidence supports such an interpretation. After Constable Madden made the above statement in his testimony, the trial judge asked for a clarification:

THE COURT: I'm sorry, Mr. Dangerfield would you have Constable Madden repeat the words that Mrs. Ball said. "He is the one I saw at the Mohawk" is that what you said?

THE WITNESS: She felt that he was the one at the Mohawk Station.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And she described him.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And felt he was the one there that had been talking to Bo Cook and that had been driving the car.

A few questions later, on direct examination, Constable Madden again returned to the specifics of Ms. Ball's identification of the appellant:

Q All right. You put this before Mrs. Ball. What did she say on that occasion?

A Without any hesitation at all, she pointed at photo number 5.

Q Did she say anything?

A And said: That was the one at the Mohawk.

St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par M^{me} Ball, l'appellant a été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l'autre bout de la ville». Les juges Twaddle et Iacobucci estiment tous les deux qu'il se pourrait que cet élément de preuve ait été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

L'agent Madden a témoigné que M^{me} Ball avait dit que l'appellant [TRADUCTION] «était la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu'il conduisait probablement l'autre automobile» (je souligne). Selon les juges Twaddle et Iacobucci, cette deuxième moitié de phrase peut laisser entendre que M^{me} Ball a reconnu l'appellant à St. Norbert où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu'à la station-service Mohawk. Je ne crois pas que la preuve étaye cette interprétation. Après que l'agent Madden eut fait la déclaration susmentionnée dans son témoignage, le juge du procès a demandé des éclaircissements:

[TRADUCTION]

LA COUR: Excusez-moi, M^e Dangerfield, pourriez-vous demander à l'agent Madden de répéter ce que M^{me} Ball a dit. «C'est lui que j'ai aperçu à la station-service Mohawk», est-ce bien ce que vous avez dit?

LE TÉMOIN: Elle avait l'impression que c'était lui qui était à la station-service Mohawk.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle l'a décrit.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle avait l'impression que c'était lui qui avait parlé à Bo Cook et qui avait conduit l'automobile.

Plus tard, au cours de l'interrogatoire principal, l'agent Madden a donné d'autres détails au sujet de l'identification de l'appellant par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q D'accord. Vous avez montré cela à M^{me} Ball. Qu'a-t-elle dit à ce moment-là?

R Sans hésiter, elle a indiqué la cinquième photo.

Q A-t-elle dit quelque chose?

R Et elle a dit: C'était celui qui était à la station-service Mohawk.

The appellant's trial counsel clearly understood Constable Madden to be testifying that Ms. Ball identified the appellant as seeing him at the Mohawk gas station. On cross-examination, counsel for the appellant asked the following regarding Ms. Ball's out-of-court identification:

Q So did you say to Mrs. Ball, you also saw the picture from the first time, are you sure that the fellow you saw at the Mohawk is photograph 5 and you're not just repeating what you say on August 23rd?

A No, we did not.

The cross-examination on this point continued:

Q And even when she picked somebody out, she wasn't sure that was the person. She was telling you this person looks like?

A She says: I believe this is the one at the Mohawk.

Q Did you ask her if she was positive?

A She gave a description. I did not ask her if you are absolutely positive. She said: I think that's the one at the Mohawk.

. . .

Q When she gave you the description of the person at the Mohawk, did she tell you that that person had a goatee?

A No, sir.

Q She told you that she thought the person in the photograph was wearing glasses — pardon me — the person at the Mohawk was wearing glasses?

A She said she [*sic*] was white, light coloured hair.

In the course of Constable Madden's testimony, he did not make a single reference to St. Norbert; neither did Crown counsel nor counsel for the appellant. Furthermore, Constable MacLeod's testimony similarly lacks any reference to St. Norbert:

L'avocat de l'appelant au procès a clairement compris que l'agent Madden témoignait que M^{me} Ball avait identifié l'appelant comme étant la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk. Au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'appelant a posé la question suivante au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q Alors avez-vous dit à M^{me} Ball, vous avez aussi vu la photo la première fois, êtes-vous certaine que la personne que vous avez aperçue à la station-service Mohawk est sur la cinquième photographie et vous ne faites pas que répéter ce que vous avez dit le 23 août?

R Non, nous n'avons pas dit cela.

Le contre-interrogatoire sur ce point s'est poursuivi ainsi:

[TRADUCTION]

Q Et même lorsqu'elle a choisi quelqu'un, elle n'était pas sûre que c'était cette personne. Elle vous a dit à qui ressemblait cette personne?

R Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

Q Lui avez-vous demandé si elle en était certaine?

R Elle a donné une description. Je ne lui ai pas demandé si elle était absolument certaine. Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

. . .

Q Lorsqu'elle vous a décrit la personne qui était à la station-service Mohawk, vous a-t-elle dit que cette personne avait une barbe?

R Non, monsieur.

Q Elle vous a dit qu'elle pensait que la personne sur la photographie portait des lunettes — pardonnez-moi — la personne qui était à la station-service Mohawk portait des lunettes?

R Elle a dit qu'elle était de race blanche, avec des cheveux clairs.

Au cours de son témoignage, l'agent Madden n'a pas mentionné une seule fois St. Norbert, pas plus que ne l'a fait le substitut du procureur général ou l'avocat de l'appelant. L'agent MacLeod n'a pas mentionné, lui non plus, St. Norbert dans son témoignage:

- Q And what did Mrs. Ball say, if anything, on seeing them this time?
- A She pointed to one photograph and she identified that person as being at the Mohawk Station on the night that they were there.
- Q I see. Is that all she said about him that you recall?
- A She said it was him, it was the same guy.
- Q I see. She mentioned the name Cook in this connection?
- A Yes, she mentioned that this person had been talking to Bernard Cook.

In light of the above testimony, I cannot agree with my colleague Iacobucci J.'s assertion that there were two distinct elements to Constable Madden's testimony: namely, being at the Mohawk station and "probably" being in the other car in St. Norbert. Nor do I accept his assertion in para. 228 that the jury could have "easily" taken the reference to the "other car" to refer "not to . . . the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive". In light of the above testimony, I find it stretches credulity to assert that the jury could have taken Constable Madden's testimony to refer to Ms. Ball placing the appellant in St. Norbert. Moreover, I do not see how these seven obscure words — "he was probably driving the other car" — subsequently clarified on no less than eight occasions, could have constituted the "last straw" that allowed the Crown to meet its onus. Additionally, Ms. Ball's own limited testimony directly contradicts the inference that Constable Madden was referring to Ms. Ball seeing the appellant in St. Norbert. Ms. Ball testified in court that when she was dropped off in St. Norbert she saw a small car next to the car in which she had been riding but that she could not see if anyone was in the car. In a discussion outside the presence of the jury, the court reiterated that Ms. Ball had just testified that she did not see anyone in the car that was alongside the car in which she had been a passenger. Given that Ms. Ball testified clearly that she did not see the driver of the car in St. Norbert, I do not see how the jury could have drawn a con-

[TRANUCTION]

- Q Et qu'est-ce que M^{me} Ball a dit, à supposer qu'elle ait dit quelque chose, lorsqu'elle les a vues cette fois?
- R Elle a indiqué une photographie et a dit que la personne qui y figurait était à la station-service Mohawk la nuit où ils y étaient.
- Q Je vois. Est-ce là tout ce qu'elle a dit à son sujet d'après vous?
- R Elle a dit que c'était lui, que c'était le même gars.
- Q Je vois. Elle a mentionné le nom de Cook à cet égard?
- R Oui, elle a mentionné que cette personne avait parlé à Bernard Cook.

Compte tenu du témoignage susmentionné, je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue le juge Iacobucci que le témoignage de l'agent Madden comportait deux éléments distincts, à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l'autre automobile à St. Norbert. Je ne puis non plus souscrire à son affirmation, au par. 228, que le jury aurait pu «facilement» considérer que la mention de l'«autre automobile» concernait «non pas [...] la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants». À la lumière du témoignage susmentionné, je pense qu'il est exagéré d'affirmer que le jury aurait pu déduire du témoignage de l'agent Madden que M^{me} Ball situait l'appelant à St. Norbert. De plus, je ne vois pas comment ces six mots obscurs — «il conduisait probablement l'autre automobile» —, qui ont subséquentement été clarifiés à au moins huit reprises, auraient pu constituer ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En outre, le témoignage limité de M^{me} Ball contredit directement la déduction que l'agent Madden renvoyait au fait que M^{me} Ball avait aperçu l'appelant à St. Norbert. Madame Ball a témoigné au procès que lorsqu'elle est descendue de la voiture à St. Norbert, elle a aperçu une petite automobile près de celle qui l'avait ramenée, mais qu'elle n'a pas pu voir si quelqu'un y prenait place. Dans un échange en l'absence du jury, la cour a répété que M^{me} Ball venait de témoigner qu'elle n'avait aperçu personne dans l'automobile

trary inference from Constable Madden's testimony.

79

Furthermore, no harm was done by Constable Madden's testimony because Jodie Giesbrecht's testimony also placed the appellant at the Mohawk station and also saw the appellant sitting in a car at the station. Moreover, any conceivable prejudice that might have been suffered by the appellant was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. On this issue, he instructed the jury as follows:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

Even the appellant's own counsel characterized the introduction of the constables' testimony as much ado about not very much. Rather than characterize this evidence as the "last straw" as Twaddle J.A. did in the Court of Appeal, the appellant's counsel conceded that the case did not rise and fall with the constables' testimony.

qui se trouvait à côté de celle dont elle était descendue. Puisque M^{me} Ball a clairement témoigné qu'elle n'avait pas vu le conducteur de l'automobile à St. Norbert, je ne vois pas comment le jury aurait pu déduire le contraire du témoignage de l'agent Madden.

De plus, aucun préjudice n'a été causé par le témoignage de l'agent Madden puisque, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht a elle aussi situé l'appelant à la station-service Mohawk et déclaré y avoir aperçu l'appelant dans une automobile. En outre, tout préjudice théorique que l'appelant aurait pu subir a été corrigé par la mise en garde du juge du procès au jury. À ce sujet, il a dit au jury:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la description de l'homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu'il est révélateur qu'en cour elle n'ait pas désigné Starr par son nom, qu'on ne lui ait pas demandé d'identifier l'accusé Starr au banc des accusés et qu'elle ne l'ait pas identifié comme étant l'homme qu'elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d'identification de M^{me} Ball est, le moins qu'on puisse dire, extrêmement fragile, et j'exprimerais l'opinion qu'elle ne relie l'accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

Même l'avocat de l'appelant a qualifié de tempête dans un verre d'eau la présentation du témoignage des agents. Au lieu de considérer cette preuve comme étant ce qui en fin de compte a fait la différence, comme l'avait fait le juge Twaddle de la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant a reconnu que l'issue de l'affaire ne dépendait pas du témoignage des agents.

In sum, given the trial judge's admonition to the jury and the appellant's admission of the marginal role that the identification evidence played, I cannot say that there is a reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made. I would dismiss this ground of the appellant's appeal.

C. *The Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt*

(1) *The Decisions in Lifchus and Bisson*

As Iacobucci J. ably describes, our recent decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, provide the framework for a review of a trial judge's charge to the jury on reasonable doubt. I wish to emphasize the following points regarding these decisions.

In *Lifchus*, at para. 22, this Court held that the expression "beyond a reasonable doubt" must be explained to a jury. In four different manners, Cory J. articulated guidelines for how trial judges should go about explaining this concept to a jury. First, he discussed what should be avoided (at paras. 23-26). Second, Cory J. explained what should be included in the definition of reasonable doubt (at paras. 27-35). Third, Cory J. provided a summary of what the definition "should and should not contain" (at paras. 36 and 37). Iacobucci J. reproduces this list of principles in paras. 231 and 232 of his reasons. Finally, Cory J. offered a suggested charge for trial judges to use in explaining the concept of reasonable doubt to a jury (at para. 39).

Several matters are noteworthy about Cory J.'s reasons in *Lifchus* as set out above. First, in grappling with the issue of whether reasonable doubt must be explained to a jury, Cory J. acknowledged the confusing nature of this term and implicitly recognized the challenge facing trial judges in articulating it to a jury.

Somme toute, compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l'appelant du rôle secondaire joué par la preuve d'identification, je ne saurais dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'erreur alléguée n'avait pas été commise. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel de l'appelant.

C. *Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable*

(1) *Les arrêts Lifchus et Bisson*

Comme le décrit fort bien le juge Iacobucci, nos arrêts récents *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, établissent un cadre d'analyse de l'exposé du juge du procès au jury sur le doute raisonnable. Je tiens à souligner les points suivants en ce qui a trait à ces arrêts.

Dans *Lifchus*, au par. 22, notre Cour a statué que l'expression «hors de tout doute raisonnable» doit être expliquée au jury. Le juge Cory a formulé, de quatre manières différentes, des lignes directrices sur la façon dont le juge du procès devrait s'y prendre pour expliquer ce concept à un jury. En premier lieu, il a analysé ce qui devrait être évité (aux par. 23 à 26). En deuxième lieu, le juge Cory a expliqué ce que devrait comporter la définition du doute raisonnable (aux par. 27 à 35). En troisième lieu, il a fait un résumé de ce que la définition «devrait et ne devrait pas contenir» (aux par. 36 et 37). Le juge Iacobucci reproduit cette liste de principes aux par. 231 et 232 de ses motifs. Enfin, le juge Cory a proposé un modèle d'exposé que pourraient suivre les juges du procès appelés à expliquer le concept du doute raisonnable à un jury (au par. 39).

Plusieurs points méritent d'être relevés au sujet des motifs susmentionnés du juge Cory dans l'arrêt *Lifchus*. Premièrement, en débattant la question de savoir si le doute raisonnable doit être expliqué à un jury, le juge Cory a remarqué combien cette expression est déroutante et il a reconnu implicitement le défi que doit relever le juge du procès appelé à l'expliquer au jury.

80

81

82

83

84

Second, I believe it is notable that in articulating how the expression “reasonable doubt” should be explained to the jury, Cory J. generally employed the words “should” and “should not” rather than the imperative “must” and “must not”: *Lifchus*, *supra*, at paras. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 and 37. I cannot believe that Cory J. intended to use “should” and “must” interchangeably so as to make his list of items that “should be avoided” equivalent to a list of items that are prohibited and the inclusion of which automatically constitutes reversible error. I find support for this position in Cory J.’s statement that the equation of the term “moral certainty” with “reasonable doubt” in a trial judge’s charge to the jury “although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided” (para. 25 (emphasis added)).

85

Third, Cory J. stated expressly that “[a]ny form of instruction that complied with the applicable principles and avoided the pitfalls referred to would be satisfactory” (para. 40). He did not view his suggested charge as a “magic incantation that needs to be repeated word for word” (para. 40).

86

Fourth, and most importantly, Cory J. expressly stated that “an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error” (para. 41). He reiterated this Court’s statement in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758, that the verdict ought not be disturbed “if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply”. Cory J. explained that “[o]n the other hand, if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed” (para. 41).

87

Two further annotations to *Lifchus* are necessary. *Lifchus*, at para. 27, emphasized the need for the trial judge to link the standard of proof beyond a reasonable doubt to

Deuxièmement, il faut souligner que, pour décrire comment l’expression «doute raisonnable» devrait être expliquée au jury, le juge Cory a généralement employé les mots «devrait» et «ne devrait pas» au lieu des mots «doit» et «ne doit pas»: *Lifchus*, précité, aux par. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 et 37. Il m’est difficile de croire que le juge Cory a entendu employer les mots «devrait» et «doit» indifféremment de façon à assimiler sa liste de ce qui «devrai[t] être évit[é]» à une liste de ce qui est interdit et dont l’inclusion constitue automatiquement une erreur donnant ouverture à révision. Mon point de vue à ce sujet est étayé par l’affirmation du juge Cory que le fait d’assimiler la «certitude morale» au «doute raisonnable» dans l’exposé du juge du procès au jury, bien qu’il «ne soit pas nécessairement fata[li] à la validité d’un exposé sur le doute raisonnable [. . .] devrait être évit[é]» (par. 25 (je souligne)).

Troisièmement, le juge Cory a précisé que «[t]oute autre forme de directives qui respecterait les principes applicables et éviterait les écueils mentionnés précédemment conviendrait» (par. 40). Il ne percevait pas l’exposé qu’il proposait comme «une formule magique qui doit être reprise mot pour mot» (par. 40).

Quatrièmement, et qui plus est, le juge Cory a expressément dit qu’«il est possible qu’une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision» (par. 41). Il a réitéré l’énoncé de notre Cour dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758, selon lequel le verdict n’a pas à être changé «si l’exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent». Le juge Cory a expliqué que «[p]ar contre, si l’exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné» (par. 41).

Deux autres remarques s’imposent concernant l’arrêt *Lifchus*. Dans cet arrêt, au par. 27, on a souligné la nécessité que le juge du procès lie la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable

that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit . . . Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

In addition, Cory J. stated that jurors “must be advised that the Crown is not required to prove its case to an absolute certainty since such an unrealistically high standard could seldom be achieved” (para. 31).

Bisson, supra, applied the *Lifchus* principles to the problems that arise when examples are given to illustrate the phrase “beyond a reasonable doubt”. In *Bisson*, the trial judge’s charge ran afoul of *Lifchus* because it contained numerous misstatements. First, the charge stated that a reasonable doubt consists of [TRANSLATION] “a degree of certainty which you use every day, in your important activities, whether at work, at home or in your leisure activities. It is a degree of certainty which you employ, which you have used since you reached the age of reason, without perhaps having dissected it as we are doing at present” (para. 3). Under *Lifchus*, at paras. 23-24, such a statement was clearly wrong. Second, this misstatement was compounded rather than cured by looking at the charge as a whole: *Bisson*, at para. 9. The charge proceeded to provide an example of the steps taken in order to determine the level of oil in an automobile (at paras. 3 and 4). The charge then reiterated its earlier error, stating, [TRANSLATION] “the degree of certainty that is required before concluding that someone is guilty of something, is exactly the same degree of certainty, certainty beyond a reasonable doubt, as the degree of certainty you use in important activities in your life. Reasonable doubt is no more than that, it is no less than that” (para. 4).

Cory J. discussed the problems that examples may create, noting that the example used seemed to suggest to jurors that they can apply the same

au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d’innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l’un à l’autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. [. . .] Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu’il ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé.

Le juge Cory a ajouté qu’«il faut [. . .] informer [les jurés] que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue, étant donné qu’une norme aussi déraisonnablement élevée pourrait rarement être respectée» (par. 31).

Dans l’arrêt *Bisson*, précité, les principes de l’arrêt *Lifchus* ont été appliqués aux problèmes qui se posent lorsque des exemples sont proposés pour illustrer l’expression «hors de tout doute raisonnable». Dans l’affaire *Bisson*, l’exposé du juge du procès allait à l’encontre de l’arrêt *Lifchus* parce qu’il comportait de nombreuses inexactitudes. Premièrement, on y affirmait qu’un doute raisonnable «est un degré de certitude que vous utilisez chaque jour, dans vos activités importantes, que ce soit au travail, à la maison ou dans vos loisirs. C’est un degré de certitude que vous employez, que vous avez utilisé depuis que vous avez l’âge de raison, sans peut-être en avoir fait la dissection comme on le fait présentement» (par. 3). Selon l’arrêt *Lifchus*, aux par. 23 et 24, un tel énoncé était clairement erroné. Deuxièmement, cette inexactitude était aggravée plutôt que corrigée lorsqu’on examinait l’exposé dans son ensemble: *Bisson*, au par. 9. On y donnait un exemple des étapes à suivre pour vérifier le niveau d’huile d’une automobile (aux par. 3 et 4). On y répétait l’erreur qui y avait déjà été commise, en affirmant: «le degré de certitude que l’on exige avant de conclure que quelqu’un est coupable de quelque chose, c’est exactement le même degré de certitude, la certitude hors de tout doute raisonnable que le degré de certitude que vous utilisez dans les activités importantes de votre vie. Le doute raisonnable c’est pas plus que ça, c’est pas moins que ça» (par. 4).

Le juge Cory a analysé les problèmes que des exemples peuvent créer, soulignant que l’exemple utilisé laisse entendre aux jurés que, pour statuer

standard they would use in everyday, routine decisions to the determination of guilt beyond a reasonable doubt (at para. 7). The trial judge in *Bisson* erred in providing an example because it invited the jurors to apply a standard of proof significantly lower than the standard to which the prosecution must be held in a criminal case (at para. 8). Cory J. then noted that an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error if the charge when read as a whole does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 9). Looking at the instructions in their entirety, the Court concluded that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 10).

sur la culpabilité hors de tout doute raisonnable, ils peuvent appliquer la même norme que celle qu'ils utiliseraient pour prendre des décisions dans la vie de tous les jours (au par. 7). Dans l'affaire *Bisson*, le juge du procès a commis une erreur en donnant un exemple, du fait qu'on y invitait les jurés à appliquer une norme de preuve sensiblement moins élevée que la norme que la poursuite est tenue d'appliquer en matière criminelle (au par. 8). Le juge Cory a ensuite fait remarquer qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve pouvait ne pas constituer une erreur donnant ouverture à révision si l'exposé, considéré dans son ensemble, ne soulève aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 9). Après avoir examiné les directives dans leur ensemble, la Cour a conclu qu'il existait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 10).

90 I believe that these are the relevant principles to apply in considering the propriety of a charge to the jury on proof beyond a reasonable doubt.

Je crois que ce sont là les principes qui doivent être appliqués lorsqu'il s'agit d'examiner la justesse d'un exposé au jury sur la preuve hors de tout doute raisonnable.

(2) The Adequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

(2) Le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce

91 In determining the adequacy of the reasonable doubt charge in this case, I find the reasons of Sharpe J.A. in the recent case of *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), particularly helpful because the charge in that case was strikingly similar to the one at issue before us. I would adopt Sharpe J.A.'s holding, at p. 194, that "[w]hile trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus*, *supra*, does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt".

Pour déterminer le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce, je considère que les motifs du juge Sharpe dans l'arrêt récent *R. c. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), sont particulièrement utiles parce que l'exposé qui avait été fait dans cette affaire ressemblait remarquablement à celui dont nous avons été saisis en l'espèce. Je souscris à la conclusion du juge Sharpe, à la p. 194, que [TRADUCTION] «[b]ien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d'exposé de l'arrêt *Lifchus*, l'omission de le faire dans des affaires entendues avant l'arrêt *Lifchus*, précité, ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l'exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable».

92 Despite not having the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury.

Bien qu'il n'ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l'affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son

I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the charge met the key requirements of *Lifchus* and that the flaws in the charge do not vitiate it. For reference, I will set out the impugned portion of the charge below:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words “reasonable doubt” are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

It is clear from the above selection that, like in *Tombran, supra*, the trial judge succeeded, without the benefit of our decision in *Lifchus*, in complying with most of its guidelines. This portion of the charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt (*Lifchus*, at para. 31); that it is a doubt based upon reason and common sense (*Lifchus*, at para. 30); that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom (*Lifchus*, at para. 30); and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty (*Lifchus*, at para. 31). This portion of the charge did not equate proof beyond a reasonable doubt to proof to a moral certainty (*Lifchus*, at paras. 25 and 37); nor did it instruct jurors that they might convict if they were “sure” that the accused was guilty (*Lifchus*, at para. 37);

exposé au jury. Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel que l’exposé satisfaisait aux exigences fondamentales de l’arrêt *Lifchus* et que ses lacunes ne l’invalident pas. Pour en faciliter la consultation, je reproduis la partie contestée de l’exposé qui a été fait:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d’établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n’a qu’à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L’expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu’expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n’a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C’est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d’audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s’est acquitté de l’obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s’est pas acquitté de l’obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l’accusé.

Il ressort clairement de l’extrait qui précède que, comme cela avait été le cas dans l’affaire *Tombran*, précité, le juge du procès a réussi, sans avoir eu le bénéfice de notre arrêt *Lifchus*, à en respecter la plupart des lignes directrices. Cette partie de l’exposé indiquait aux jurés qu’un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole (*Lifchus*, au par. 31), que c’est un doute fondé sur la raison et le bon sens (*Lifchus*, au par. 30), qu’il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d’audience (*Lifchus*, au par. 30), et que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue (*Lifchus*, au par. 31). Cette partie de l’exposé n’a pas assimilé la preuve hors de tout doute raisonnable à une preuve correspondant à la certitude morale (*Lifchus*, aux par. 25 et 37), pas plus qu’elle n’a

nor did it invite jurors to apply the same standard of proof that they apply to important decisions in their own lives (*Lifchus*, at para. 37; *Bisson*, *supra*). Elsewhere in his charge, the trial judge exhorted the jury to put any feelings of prejudice or sympathy out of their minds (*Lifchus*, at paras. 31 and 36).

indiqué aux jurés qu'ils pourraient déclarer l'accusé coupable s'ils étaient «sûrs» de sa culpabilité (*Lifchus*, au par. 37) ou invité les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent pour prendre des décisions importantes dans leur propre vie (*Lifchus*, au par. 37; *Bisson*, précité). Ailleurs dans son exposé, le juge du procès a incité les jurés à se libérer l'esprit de tout préjugé ou de toute sympathie (*Lifchus*, aux par. 31 et 36).

94

The trial judge's charge, however, was not flawless. Specifically, we must examine the effect of the trial judge's misstatement that the words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. It is asserted that this flaw in the charge, together with the failure of the trial judge to state expressly that the Crown was required to do more than prove the appellant's guilt on a balance of probabilities, constitutes reversible error. With respect, I cannot agree.

L'exposé du juge du procès n'était toutefois pas sans lacunes. Plus précisément, il nous faut examiner l'effet de l'assertion inexacte du juge du procès que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n'ont pas de sens juridique particulier. On affirme que cette lacune dans l'exposé, conjuguée à l'omission du juge du procès de préciser que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'appelant selon la prépondérance des probabilités, constitue une erreur donnant ouverture à révision. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

95

The verdict ought not to be disturbed because the charge, "when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply": *W. (D.)*, *supra*, at p. 758; *Lifchus*, at para. 41. While the judge told the jury that the words "reasonable doubt" had no special meaning, this was a harmless error because he proceeded to give them all the legal information they required. The jury knew the accused was presumed innocent, they knew the standard of proof was very high — a standard just below absolute certainty — and they knew that they could not convict on a balance of probabilities. Cory J.'s objection to the "no special meaning" instruction in *Lifchus* was founded on the danger that the jury might judge on the basis of their everyday affairs: see *Bisson*, *supra*. This danger was obviated in this case by the trial judge's instruction. Therefore, the charge as a whole does not give rise to the reasonable

Le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, «considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent»: *W. (D.)*, précité, à la p. 758; *Lifchus*, au par. 41. Même si le juge du procès a dit aux jurés que les mots «doute raisonnable» n'ont aucun sens particulier, il s'agit d'une erreur inoffensive puisqu'il leur a ensuite fourni tous les renseignements juridiques dont ils avaient besoin. Le jury savait que l'accusé était présumé innocent, il savait que la norme de preuve était très élevée — une norme juste au-dessous de la certitude absolue — et il savait qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité selon la prépondérance des probabilités. L'objection du juge Cory concernant la directive sur l'absence de sens juridique particulier, donnée dans l'arrêt *Lifchus*, était fondée sur le risque que les membres du jury portent un jugement comme ils le font dans leur vie de tous les jours: voir *Bisson*, précité. En l'espèce, la directive du juge du procès a paré à ce risque. Par conséquent, l'exposé dans son ensemble ne soulève aucune probabilité raisonnable que le

likelihood that the jury misapprehended the standard of proof: *Lifchus, supra*.

What is essential is that the charge communicate clearly to the jury that they cannot find the accused guilty on a balance of probabilities. I believe that the charge did this. The opening sentence of the charge clearly implies that proof beyond a reasonable doubt is just one notch lower than absolute certainty; it is the highest level of proof that can be humanly achieved. This negates any suggestion that proof on a balance of probabilities might suffice. “[R]eading the charge as a whole, this jury could not have been left with any doubt that the burden was on the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt rather than on a mere balance of probabilities”: *Tombran, supra*, at p. 194.

Moreover, the charge complied with *Lifchus*’s first principle that it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused: *Lifchus*, at para. 27. The relevant portion of the trial judge’s charge on this point is:

Let me first emphasize the presumption of innocence. Simply put, the accused is presumed to be innocent and he continues to be and remain innocent unless and until the Crown has satisfied you beyond reasonable doubt of his guilt. This presumption remains with the accused and for his benefit from the beginning of the case until the end of the case. The onus of proving guilt rests upon the Crown from the beginning to the end of the case and it never shifts. There is no burden whatsoever on the accused to prove his innocence. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused person is guilty of the offence or offences with which he is charged before he can be convicted.

In light of the trial judge’s compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, I am loath to find that the charge was automatically viti-

jury ait mal compris la norme de preuve: *Lifchus*, précité.

L’essentiel, c’est que l’exposé indique clairement au jury qu’il ne peut pas conclure à la culpabilité de l’accusé selon la prépondérance des probabilités. Je crois que l’exposé l’a clairement fait. La première phrase de l’exposé implique clairement que la preuve hors de tout doute raisonnable se situe juste au-dessous de la certitude absolue; c’est la norme de preuve la plus élevée qu’il est humainement possible d’atteindre. Cela écarte toute idée qu’une preuve selon la prépondérance des probabilités pourrait suffire. [TRADUCTION] «[S]i on lit l’exposé dans son ensemble, le jury ne pouvait pas douter qu’il incombait au ministère public de prouver chaque élément de l’infraction hors de tout doute raisonnable plutôt que selon la simple prépondérance des probabilités»: *Tombran*, précité, à la p. 194.

De plus, l’exposé a respecté le premier principe de l’arrêt *Lifchus* selon lequel il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d’innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé: *Lifchus*, au par. 27. La partie pertinente de l’exposé du juge du procès sur ce point est la suivante:

[TRADUCTION] J’aimerais d’abord souligner la présomption d’innocence. Tout simplement, l’accusé est présumé innocent et continue de l’être tant et aussi longtemps que le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité. L’accusé bénéficie de cette présomption du début jusqu’à la fin de l’affaire. Le fardeau de prouver la culpabilité incombe au ministère public du début à la fin de l’affaire, et ce fardeau ne se déplace jamais. L’accusé n’a absolument aucune obligation de prouver son innocence. Pour que la personne accusée puisse être déclarée coupable, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu’elle est coupable de l’infraction ou des infractions qui lui sont reprochées.

Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l’arrêt *Lifchus*, j’hésite à conclure que l’exposé était auto-

96

97

98

ated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item. To do so would contravene our holding that “an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error”: *Lifchus*, at para. 41.

matiquement invalidé par l’omission d’inclure un élément particulier mentionné dans l’arrêt *Lifchus* ou par l’inclusion d’un élément inapproprié. Une telle conclusion irait à l’encontre de notre décision qu’«il est possible qu’une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision»: *Lifchus*, au par. 41.

99 Jurors are sophisticated persons who are instructed to listen to and follow the entirety of the judge’s charge to them. We must assume that they do so. It would ill behoove a reviewing court to do exactly what the jury is commanded not to do and isolate a phrase or a small section of the charge, ignoring the whole of it. I do not believe that is what Cory J. intended in *Lifchus*. Rather, he was attempting to provide guidance to trial judges in the extremely difficult task of articulating what is proof beyond a reasonable doubt and communicating this standard to the jury.

Les jurés sont des personnes averties qui sont chargées d’écouter et de suivre tout l’exposé que leur fait le juge. Nous devons présumer qu’ils le font. Un tribunal d’examen serait mal venu de faire exactement ce qu’on interdit à un jury de faire, et d’isoler une expression ou une petite partie de l’exposé sans tenir compte de l’ensemble de cet exposé. Je ne crois pas que c’est ce que le juge Cory envisageait dans *Lifchus*. Il tentait plutôt de guider les juges du procès dans la tâche extrêmement ardue qui leur incombe d’expliquer clairement ce qu’est la preuve hors de tout doute raisonnable et de communiquer cette norme au jury.

100 *Lifchus* should be viewed as a broad template for trial judges to assist them in their difficult task. Cory J.’s suggestions provide a touchstone for comparison for courts in reviewing jury charges. However, reviewing courts must resist the temptation to use the *Lifchus* suggestions as a mandatory checklist. The tendency to do so is natural and understandable as it would make the task of reviewing a jury charge far easier. However, a jury charge is not a multiple choice exam that can be marked by a computer. Rather, it is akin to a work of literature that must be studied in its entirety in order to evaluate it as a whole.

L’arrêt *Lifchus* devrait être perçu comme un modèle général destiné à aider les juges du procès à s’acquitter de leur tâche difficile. Les propositions du juge Cory fournissent un élément de comparaison au tribunal qui examine un exposé au jury. Le tribunal qui procède à un tel examen doit toutefois résister à la tentation d’utiliser les propositions de l’arrêt *Lifchus* comme une liste de contrôle obligatoire. Il s’agit là d’une tendance naturelle et compréhensible puisque cela faciliterait grandement l’examen d’un exposé au jury. Cependant, un exposé au jury n’est pas un test à choix multiples susceptible d’être corrigé par ordinateur. Il s’apparente plutôt à une œuvre littéraire qu’il faut étudier en entier dans le but de l’évaluer dans son ensemble.

101 Examining the charge in its entirety, I do not find that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof. Accordingly, I would dismiss this ground of appeal.

Après avoir examiné l’exposé en entier, je conclus qu’il n’y avait aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

III. Disposition

I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Lebel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Summary

The appellant, Robert Starr, was convicted at trial before a judge and jury of two counts of first degree murder. He had been accused of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994.

This appeal was originally taken as of right from the decision of the Manitoba Court of Appeal, dismissing the appellant's appeal from the two convictions. Twaddle J.A. dissented in the Court of Appeal on two distinct hearsay issues and on the sufficiency of the trial judge's charge to the jury on the issue of reasonable doubt, which are the issues that form the basis for this appeal. Twaddle J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial. On November 9, 1999, the Court ordered a re-hearing of the appeal, and, by letter dated November 18, 1999, invited submissions on the application of the "principled approach" to the traditional hearsay exceptions, and on the scope of the common law exception for statements of present intention.

As a general matter, I agree with the lucid reasons of Twaddle J.A., and with the remedy he proposed. However, because this case raises important issues regarding the admissibility of hearsay evidence, including, in particular, the question of whether exceptions to the hearsay rule must conform to the principled approach to hearsay admis-

III. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et résumé

À son procès devant un juge et un jury, l'appelant Robert Starr a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été accusé d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994.

Il s'agit d'un pourvoi qui, au départ, a été formé de plein droit contre l'arrêt dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel que l'appelant avait interjeté contre les deux déclarations de culpabilité. En Cour d'appel, le juge Twaddle a exprimé une dissidence relativement à deux questions différentes en matière de oui-dire et au caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury sur la question du doute raisonnable, lesquelles questions constituent le fondement du présent pourvoi. Le juge Twaddle aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 9 novembre 1999, la Cour a ordonné la tenue d'une nouvelle audition du pourvoi et, dans une lettre datée du 18 novembre 1999, elle a invité les parties à lui présenter des observations sur l'application de la «méthode fondée sur des principes» aux exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire et sur la portée de l'exception de common law relative aux déclarations d'intention existante.

De façon générale, je souscris aux motifs clairs du juge Twaddle et à la réparation qu'il propose. Je vais cependant exposer mes motifs en détail, étant donné que la présente affaire soulève des questions importantes au sujet de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, notamment la question de savoir si les exceptions à la règle du oui-dire doivent être con-

102

103

104

105

sibility adopted by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases, I will set out my reasons in some detail. The appeal also provides a useful opportunity to comment upon the proper application of the principles set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, regarding the appropriate manner of instructing a jury on reasonable doubt. This is particularly important in light of the frequency with which this issue has arisen of late, particularly in *R. v. Russell*, S.C.C., No. 26699 (heard November 5, 1999), *R. v. Beauchamp*, S.C.C., No. 27075 (heard December 8, 1999), and *R. v. Avetysan*, S.C.C., No. 27279 (heard January 28, 2000).*

formes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire, que notre Cour a adoptée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents. Le présent pourvoi fournit également une occasion utile de faire des observations sur la bonne façon d'appliquer les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, relativement à la manière appropriée de donner au jury des directives sur le doute raisonnable. Cela est particulièrement important compte tenu de la fréquence à laquelle cette question a été soulevée dernièrement, notamment dans les affaires *R. c. Russell*, C.S.C., n° 26699 (entendue le 5 novembre 1999), *R. c. Beauchamp*, C.S.C., n° 27075 (entendue le 8 décembre 1999), et *R. c. Avetysan*, C.S.C., n° 27279 (entendue le 28 janvier 2000)*.

106 In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in admitting the statement in question under the “present intentions” exception to the hearsay rule. However, *Khan*, *supra*, and subsequent cases have established that hearsay that does not fit within a traditional exception may nonetheless be admissible if it meets the twin criteria of reliability and necessity. This case therefore requires that we determine the admissibility of evidence under the principled approach, and more particularly, the interaction between the principled approach and the traditional exceptions. In so doing, I conclude that hearsay that does fit within a traditional hearsay exception, as currently understood, may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary. The traditional exception must therefore yield to comply with the principled approach.

En définitive, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en admettant la déclaration en question en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire. Cependant, l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents ont établi que la preuve par oui-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut néanmoins être admissible si elle satisfait aux deux critères de la fiabilité et de la nécessité. La présente affaire nous oblige donc à déterminer l'admissibilité de la preuve selon la méthode fondée sur des principes et, plus particulièrement, la nature de l'interaction de cette méthode et des exceptions traditionnelles. Ce faisant, je conclus que la preuve par oui-dire qui relève effectivement d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire, dans son sens actuel, peut néanmoins être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire. L'exception traditionnelle doit donc céder le pas afin d'assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

107 With respect to the jury instructions on the phrase “beyond a reasonable doubt”, as set out in *Lifchus*, *supra*, an instruction like the one in this case, which fails to explain that the beyond a reasonable doubt standard has special legal signifi-

Quant aux directives au jury sur l'expression «hors de tout doute raisonnable», qui ont été énoncées dans l'arrêt *Lifchus*, précité, une directive comme celle dont il est question en l'espèce ne satisfait pas à la norme de l'arrêt *Lifchus* étant

**R. v. Russell*, 2000 SCC 55, *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, and *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, were released November 10, 2000.

**R. c. Russell*, 2000 CSC 55, *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, et *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, ont été rendus le 10 novembre 2000.

cance and requires a significantly higher quantum of proof than the balance of probabilities, will not satisfy the *Lifchus* standard.

II. Factual Background

Bernard Cook and Darlene Weselowski were drinking with the appellant at the Westbrook Hotel in the north end of Winnipeg during the late evening and early morning of August 20-21, 1994. Cook had been released from prison the previous day. A witness, Janet Daly, testified that at around 1:50 a.m., the appellant stood up and told Cook: "If we are going to get this done, we better get this done now." Cook, Weselowski, and the appellant then left the hotel.

Cook and Weselowski parted ways with the appellant. Outside, Cook and Weselowski offered a couple named Cheryl and Daniel Ball a ride home in Weselowski's station wagon to the Balls' residence in St. Norbert, a 20 to 30 minute drive away. Cook and Weselowski were intoxicated. Cook's blood-alcohol content at the time of his death, around 3:00 a.m., was .250. Weselowski's was .140. By Cheryl Ball's account at trial, the Balls were also "really, really drunk".

Weselowski drove, and the group first stopped at an adjacent Mohawk gas station, where Jodie Giesbrecht, a sometime girlfriend of Cook, approached the station wagon and had a conversation with Cook. During the conversation, Giesbrecht observed a car beside the Mohawk gas station, and saw the appellant in the car. She could not determine whether anyone else was in the car with the appellant. A day or two later, Giesbrecht saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the appellant. The car had been found at the scene of the murder. After seeing the picture, Giesbrecht phoned the police and told them she had seen the car on the

donné qu'on n'y explique pas que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a un sens juridique particulier et requiert un degré de preuve beaucoup plus élevé que la prépondérance des probabilités.

II. Les faits

Bernard Cook et Darlene Weselowski prenaient un verre avec l'appellant à l'hôtel Westbrook, dans le secteur nord de Winnipeg, à la fin de la soirée du 20 août 1994 et aux petites heures du matin du 21 août. Cook était sorti de prison la veille. Un témoin, Janet Daly, a affirmé que, vers 1 h 50, l'appellant s'était levé et avait dit à Cook: [TRADUCTION] «Si nous devons le faire, il vaut mieux le faire maintenant.» Cook, Weselowski et l'appellant ont alors quitté l'hôtel.

Cook et Weselowski se sont séparés de l'appellant. À l'extérieur, Cook et Weselowski ont offert au couple Cheryl et Daniel Ball de les raccompagner chez eux, à St. Norbert, dans la familiale de Weselowski, ce qui représentait un trajet de 20 à 30 minutes. Cook et Weselowski étaient ivres. Au moment de son décès, vers 3 h, le taux d'alcoolémie de Cook était de 0,250. Celui de Weselowski était de 0,140. Selon le récit de Cheryl Ball au procès, les Ball étaient aussi [TRADUCTION] «vraiment, vraiment ivres».

Weselowski a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à la station-service Mohawk voisine, où Jodie Giesbrecht, qui fréquentait Cook à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec Cook. Pendant cette conversation, Giesbrecht a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service Mohawk et a aperçu l'appellant à l'intérieur de celle-ci. Elle n'a pas pu voir si l'appellant était en compagnie de quelqu'un d'autre dans l'automobile. Le lendemain ou le surlendemain, Giesbrecht a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'appellant. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Après avoir vu la photo, Giesbrecht a téléphoné à la police pour l'informer que, pendant la nuit du 20 au 21 août 1994, elle avait aperçu l'automobile en

108

109

110

night of August 20-21, 1994 at the Mohawk gas station, with the appellant in it.

question à la station-service Mohawk et que l'appelant s'y trouvait.

111 Giesbrecht had spent part of the previous evening with Cook, just after his release from prison. She had been sitting with Cook and the appellant at the Westbrook Hotel about 45 minutes before Cook left the hotel with Weselowski. Giesbrecht testified that she attempted to avoid being seen by Cook as she approached the car, because she did not want Cook "to take off on me while he was with Darlene [Weselowski]". In their discussion beside the station wagon, Cook told Giesbrecht that he was driving the Balls home with Weselowski. Giesbrecht became angry with Cook because he was out with Weselowski rather than her, and she walked away from the car. Cook got out of the car and followed Giesbrecht into a laneway, where they had a further conversation. Giesbrecht asked Cook why he would not come home with her. According to Giesbrecht, Cook replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". Giesbrecht understood "Robert" to be the appellant. Cook said he was to receive \$500 for his involvement in wrecking a car for insurance purposes. Giesbrecht testified that it was strange for Cook to discuss business matters like this with her.

Giesbrecht avait passé une partie de la soirée précédente avec Cook, juste après sa sortie de prison. Elle était assise avec Cook et l'appelant à l'hôtel Westbrook depuis environ 45 minutes lorsque Cook a quitté l'hôtel avec Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle avait tenté d'éviter que Cook la voie pendant qu'elle s'approchait de l'automobile, parce qu'elle ne voulait pas qu'il la [TRADUCTION] «fuie alors qu'il se trouvait avec Darlene [Weselowski]». Au cours de leur discussion à côté de la familiale, Cook a dit à Giesbrecht qu'il raccompagnait les Ball chez eux avec Weselowski. Giesbrecht s'est mise en colère contre Cook parce qu'il était en compagnie de Weselowski au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. Cook est descendu de l'auto et a suivi Giesbrecht dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. Giesbrecht a demandé à Cook pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon Giesbrecht, Cook a répondu qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Giesbrecht a compris que «Robert» était l'appelant. Cook a dit qu'il toucherait 500 \$ pour aider à envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

112 At trial, the defence unsuccessfully sought to exclude as hearsay Giesbrecht's testimony regarding Cook's stated intent to participate in an Autopac scam with the appellant.

Au procès, la défense a tenté en vain de faire écarter, en tant que ouï-dire, le témoignage de Giesbrecht au sujet de l'intention explicite de Cook de participer à une fraude de l'Autopac avec l'appelant.

113 Weselowski, Cook, and the Balls drove to Le Maire Street in St. Norbert, where the Balls got out of the car. Shortly after exiting the station wagon, Cheryl Ball looked back and observed a smaller car alongside the station wagon. Cheryl Ball had seen the smaller car follow them as they turned onto Le Maire Street. She could not recall the colour or make of the smaller car. She could not see how many people were in the smaller car. She could not hear any voices coming from either of

Weselowski, Cook, et les Ball se sont rendus sur la rue Le Maire à St. Norbert, où les Ball sont sortis de l'automobile. Peu après être descendue de la familiale, Cheryl Ball s'est retournée et a remarqué la présence d'une petite automobile à côté de la familiale. Cheryl Ball s'était aperçue que cette automobile les suivait au moment où ils s'engageaient sur la rue Le Maire. Elle ne pouvait se rappeler ni la couleur ni la marque de cette automobile. Elle a été incapable de voir combien de

the two cars. Cheryl Ball then turned away and continued to walk home with her husband.

Around 3:00 a.m., Albert and Darlene Turski were awakened by their dog barking and by the sound of spinning tires outside their bedroom window. The Turskis lived on a farm bordering on provincial highway 247, several kilometres from where the Balls had been dropped off.

Albert Turski testified that he looked out the window and saw on the road the lights of two cars. One car seemed to be larger than the other, judging by the sound of its engine. He could not see the vehicles clearly, other than their lights. The road was 50 to 75 yards away. The smaller car was driving along a ditch and its tires sounded like they were spinning in the grass. The larger car approached the smaller car but did not come right up to it. The smaller car got stuck but then emerged from the ditch. The lights on the larger car turned off. Albert Turski heard mumbling from people talking for about 10 to 15 seconds. He could not determine whether it was two people talking, or more than two. He then heard two "pops", and about five seconds later the smaller car drove across the road into the ditch again and back out, weaving, while the larger car turned its lights on and drove off down the highway at a normal speed. Albert Turski went back to bed.

Darlene Turski's testimony was largely similar to that of her husband. However, she heard the mumbling of people talking for what she considered to be one or two minutes, and she testified that the talking sounded as though it involved "more than two" people. Right after the conversation ended, she heard two "pops". About fifteen seconds later, she said, the two cars pulled away and she and her husband lay back down in bed. Albert fell asleep immediately, but Darlene Turski stayed awake for a period of time. She then heard

personnes y prenaient place. Elle n'a entendu aucune voix provenant de l'une ou l'autre des deux automobiles. Cheryl Ball s'est alors retournée et a continué de marcher en direction de son domicile avec son époux.

Vers 3 h, Albert et Darlene Turski ont été réveillés par les jappements de leur chien et par des crissements de pneus à l'extérieur vis-à-vis la fenêtre de leur chambre à coucher. Les Turski vivaient dans une ferme longeant la route provinciale 247, à plusieurs kilomètres de l'endroit où les Ball avaient été déposés.

Albert Turski a témoigné qu'il avait regardé par la fenêtre et qu'il avait aperçu sur la route les feux de deux automobiles. L'une d'elles semblait plus grosse que l'autre, à en juger par le bruit de son moteur. Il n'a pas pu voir les véhicules clairement, à l'exception de leurs feux. La route se trouvait de 50 à 75 verges plus loin. La petite automobile longeait un fossé et semblait patiner sur l'herbe d'après le bruit de ses pneus. La grosse automobile s'est approchée de la petite sans toutefois se rendre tout à fait à sa hauteur. La petite automobile s'est embourbée, mais a réussi à s'extirper du fossé. Les feux de la grosse automobile se sont éteints. Albert Turski a entendu des gens marmonner pendant 10 à 15 secondes. Il n'a pas pu déterminer s'il y avait seulement deux personnes qui parlaient ou si elles étaient plus nombreuses. Il a alors entendu deux bruits secs et, environ cinq secondes plus tard, la petite automobile a traversé la route pour se retrouver de nouveau dans le fossé et en ressortir en zig-zaguant, tandis que la grosse voiture allumait ses feux et reprenait la route à une vitesse normale. Albert Turski est retourné au lit.

Le témoignage de Darlene Turski correspondait en grande partie à celui de son époux. Elle a toutefois entendu des gens marmonner pendant une à deux minutes selon elle, et elle a témoigné que le bruit de la conversation semblait indiquer qu'il y avait [TRADUCTION] «plus que deux» personnes. Dès que la conversation eut pris fin, elle a entendu deux bruits secs. Elle a raconté qu'environ quinze secondes plus tard les deux automobiles avaient repris la route et qu'elle et son époux étaient retournés au lit. Albert s'est aussitôt rendormi,

more "pops" in a fast series, which sounded as if they were further away from the house.

117 At 4:26 a.m., a young couple drove by the Turkis' house on provincial highway 247 and discovered the body of Darlene Weselowski on the side of road outside the house, and the body of Bernard Cook lying 400 metres up the road. Weselowski had been shot twice in the head. Cook had been shot three times in the head and three times in the chest. Both victims had been shot with the same 9mm Glock semi-automatic pistol. A damaged car was found driven into a telephone pole in the ditch near Cook's body.

118 Four days later, on August 25, 1994, the Weselowski station wagon was found parked on Buchanan Street, a block and a half from the home of the appellant's brother William on Risbey Street. There were blood spatters all over the front passenger side of the car, and several shell casings were found in the car. The blood was determined to be Cook's. Some of the appellant's scalp hairs were found on the floor of the driver's side of the vehicle.

119 On August 22, 1994, the day after the murders, the appellant and his common law wife Shelley Letexier checked into a room at the Downs Hotel. After they left the hotel at 3:28 a.m. on August 25, 1994, they drove to the home of the appellant's brother, William, on Risbey Street. After their departure, a leather jacket in good condition was found in a dumpster at the back of the hotel. A search of the appellant's home resulted in the seizure of a purchase receipt from the Sidney I. Robinson store for 9mm ammunition capable of being loaded into a 9mm Glock semi-automatic pistol such as that which killed Weselowski and Cook. Store records from the purchase bore the appellant's name.

120 RCMP Constables Patrick Madden and Harvey MacLeod paid three visits to the home of Cheryl

mais Darlene Turksi est restée éveillée pendant un certain temps. Elle a ensuite entendu d'autres bruits secs qui se sont succédé rapidement et qui semblaient provenir d'un endroit plus éloigné de la maison.

À 4 h 26, un jeune couple, qui circulait sur la route provinciale 247 près de la maison des Turski, a découvert le corps de Darlene Weselowski sur l'accotement de la route à l'extérieur de la maison, ainsi que le corps de Bernard Cook qui gisait 400 mètres plus loin le long de la route. Weselowski avait reçu deux coups de feu à la tête. Cook avait reçu trois coups de feu à la tête et trois à la poitrine. Les deux victimes avaient été abattues au moyen du même pistolet semi-automatique 9mm Glock. Une automobile endommagée, qui avait embouti un poteau téléphonique, a été retrouvée dans le fossé près du corps de Cook.

Quatre jours plus tard, soit le 25 août 1994, la familiale de Weselowski a été retrouvée stationnée sur la rue Buchanan, à un coin de rue et demi de la rue Risbey où demeure William, le frère de l'appellant. Il y avait du sang partout du côté du passager à l'avant de l'automobile, et plusieurs douilles ont été trouvées dans celle-ci. Il a été établi que le sang était celui de Cook. Des cheveux de l'appelant ont été trouvés sur le plancher du côté du conducteur du véhicule.

Le lendemain des meurtres, soit le 22 août 1994, l'appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont loué une chambre à l'hôtel Downs. Après avoir quitté l'hôtel à 3 h 28, le 25 août 1994, ils se sont rendus en voiture au domicile de William, le frère de l'appelant, sur la rue Risbey. Après leur départ, un blouson de cuir en bon état a été trouvé dans une benne à l'arrière de l'hôtel. Une perquisition au domicile de l'appelant a permis de saisir un reçu d'achat du magasin Sidney I. Robinson pour des munitions de calibre 9mm pouvant convenir à un pistolet semi-automatique 9mm Glock comme celui qui a été utilisé pour tuer Weselowski et Cook. L'achat avait été fait au nom de l'appelant, selon les registres du magasin.

Les agents Patrick Madden et Harvey MacLeod de la GRC se sont rendus trois fois au domicile de

and Daniel Ball after the murders. Cheryl Ball testified that on the second visit, on August 23, 1994, the police showed her some photographs. At trial, she had a hazy memory of seeing the photos, and testified that she did not think she had recognized anyone in the photos. The police left, but then Daniel Ball called the police back into the house, and Cheryl Ball met with the police again. She testified at trial that she thought she pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo "looks kind of familiar". She met with the police again on August 30, 1994, but did not recall at trial having said anything to police about any of the photos at that time. Cheryl Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on August 23, 1994 looked familiar, or where she had seen the person. She was not asked whether she had seen the appellant on the night of the murders, and she did not testify that she had done so. She did not mention the appellant in her testimony, or identify the appellant in court. She did testify, however, that nothing she said in her conversations with police was untrue.

Daniel Ball had less recollection of his meetings with police in August 1994. He could not remember at trial whether he was shown any of the photos that police later testified he was shown when they met with him. He did not recall having identified anyone in the pictures as being familiar.

Constable Madden testified that on August 23, 1994, Cheryl Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. The man she had seen was white, had short hair in a ponytail, and wore glasses. She did not mention him having a goatee. Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and wore a goatee. To Madden's knowledge, the appellant had never worn glasses. Madden testified that after Daniel Ball beckoned him and MacLeod back into

Cheryl et Daniel Ball après les meurtres. Cheryl Ball a témoigné que, lors de la deuxième visite, le 23 août 1994, les policiers lui avaient montré certaines photographies. Au procès, elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et elle a témoigné qu'elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. Les policiers sont partis, mais Daniel Ball les a alors fait revenir à la maison et Cheryl Ball les a rencontrés de nouveau. Elle a témoigné au procès qu'elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Elle a rencontré une fois de plus les policiers le 30 août 1994, mais au procès, elle ne se souvenait pas leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à ce moment-là. Cheryl Ball n'a pas expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée le 23 août 1994 lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l'appellant la nuit des meurtres et elle n'a pas témoigné qu'elle l'avait vu. Elle n'a pas mentionné l'appellant dans son témoignage et ne l'a pas identifié en cour. Elle a toutefois témoigné que rien de ce qu'elle avait dit aux policiers n'était faux.

Daniel Ball se souvenait moins des rencontres qu'il avait eues avec les policiers en août 1994. Il a été incapable de se rappeler au procès si on lui avait montré les photos qui, d'après le témoignage ultérieur des policiers, lui auraient été montrées lorsqu'ils l'ont rencontré. Il ne se souvenait pas avoir affirmé qu'une personne figurant sur les photos lui disait quelque chose.

L'agent Madden a témoigné que, le 23 août 1994, Cheryl Ball lui avait déclaré, en présence de l'agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. L'homme qu'elle avait aperçu était blanc, avait les cheveux courts attachés en queue de cheval, et portait des lunettes. Elle n'a pas mentionné qu'il avait une barbiche. Madden a témoigné qu'à l'époque des meurtres l'appellant avait les cheveux longs, sans queue de cheval, et une barbiche et ne portait pas de lunettes. À sa connaissance, l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. Madden a affirmé

121

122

the house to speak to Cheryl Ball on August 23, Cheryl Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was also "probably driving the other car". Photo No. 3 was a photo of the appellant, in which he wore a moustache, no goatee, long hair, and no glasses. The photograph was a black and white photocopy.

123 Madden testified that he and MacLeod returned to the Ball residence on August 30, 1994 and, in separate interviews, showed Cheryl and Daniel Ball a set of eight photographs. Photo No. 5 was the same photo of the appellant that had been included in photocopied form as Photo No. 3 on August 23, 1994. None of the other photos had been included among the three photos shown to the Balls on August 23rd. According to Madden, Cheryl and Daniel Ball separately picked Photo No. 5 as being the person from the gas station, although Daniel Ball told them that he may have picked that photo because he had seen the same photo on August 23. Cheryl Ball was not asked whether her previous selection of the same photo on August 23 had influenced her selection on August 30.

124 Madden's testimony to the effect that Cheryl Ball identified the appellant as having spoken to Cook at the Mohawk gas station, as well as MacLeod's testimony to the same effect, constitute a second group of statements that the defence unsuccessfully sought to have excluded as hearsay at trial.

125 Police intercepted private communications involving the appellant and his common law wife, Shelley Letexier, who were recorded making several statements that were relied upon to some degree at trial by both the Crown and the defence. On the tapes, the appellant is heard making statements to Letexier which the Crown argued were consistent with his having been in a stolen car that followed Cook, Weselowski and the Balls up to

qu'après que Daniel Ball leur eut fait signe, à lui et à MacLeod, de revenir à la maison pour parler à Cheryl Ball, le 23 août, cette dernière avait indiqué que l'homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui, de plus, [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». La troisième photo était une photo de l'appelant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes. Cette photographie était une photocopie en noir et blanc.

Madden a témoigné que lui et MacLeod étaient retournés à la résidence des Ball le 30 août 1994 et qu'en les interrogeant séparément ils avaient montré à Cheryl et à Daniel Ball une série de huit photographies. La cinquième photo était la même photo de l'appelant qui avait été incluse sous forme de photocopie comme étant la troisième photo le 23 août 1994. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui avaient été montrées aux Ball le 23 août. Selon Madden, Cheryl et Daniel Ball ont chacun de leur côté choisi la cinquième photo comme représentant la personne aperçue à la station-service, quoique Daniel Ball leur ait dit qu'il pouvait avoir choisi cette photo parce c'était celle qu'il avait vue le 23 août. On n'a pas demandé à Cheryl Ball si le choix de photo qu'elle avait déjà fait le 23 août avait influencé son choix le 30 août.

Le témoignage de Madden, selon lequel Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant la personne qui avait parlé à Cook à la station-service Mohawk, et le témoignage de MacLeod dans le même sens constituent un deuxième groupe de déclarations que la défense a vainement tenté de faire écarter en tant que oui-dire au procès.

Les policiers ont intercepté des communications privées au cours desquelles l'appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont fait plusieurs déclarations que le ministère public et la défense ont invoquées dans une certaine mesure au procès. Dans les enregistrements, on entend l'appelant faire à Letexier des déclarations qui, selon le ministère public, pouvaient laisser croire qu'il s'était trouvé dans une automobile volée qui avait

the point that the Balls were dropped off in St. Norbert, and with his having thrown a leather jacket into the dumpster at the Downs Hotel. However, the appellant was also recorded stating to Letexier that he “never killed anyone”, and Letexier was recorded stating that the appellant and unspecified others were stupid to have followed a car: “Oh well you guys are so fuckin’ stupid. You got fuckin’ witnesses seen you guys, seen you behind that car. It should ah, been called off right away when there were four people.”

Several other witnesses testified at trial, including Cecil Starr, a cousin of the appellant and a friend of Cook’s, who testified that, about ten days after the murders, the appellant confessed to having killed Cook and Weselowski. Cecil Starr said that the confession occurred at the apartment of Dwight Bamlett, and that Cecil Starr had subsequently attended a party on a reserve where several people, including Cecil’s brother, Mervin Starr, as well as Dwight Bamlett, were discussing the confession.

Several defence witnesses, including Cecil Starr’s sister Audrey Malcolm, testified that Cecil Starr was a habitual liar, and that his story of the appellant’s alleged confession was false. Malcolm stated that Cecil Starr had since told her that he had not seen the appellant for over two years, and that the appellant had never confessed. Mervin Starr testified that he had never been at a party of the type described by Cecil. Dwight Bamlett testified that Cecil Starr and the appellant had never been present together in his apartment, and that he had never been at a party on a reserve of the type described by Cecil. Former Staff Sergeant Savage of the RCMP testified that he had interviewed Cecil Starr shortly before trial, and that Cecil had denied ever having said that the appellant confessed to him, and had said he could not remember any party on the reserve.

suivi Cook, Weselowski et les Ball jusqu’à ce que les Ball aient été déposés à St. Norbert, et qu’il avait jeté un blouson de cuir dans la benne de l’hôtel Downs. Toutefois, on pouvait également y entendre l’appellant dire à Letexier qu’il n’avait [TRADUCTION] «jamais tué qui que ce soit», et Letexier déclarer que l’appellant et d’autres personnes dont l’identité n’était pas précisée avaient été stupides de suivre une voiture: [TRADUCTION] «Et bien, vous les gars, vous êtes si stupides. Il y a des foutus témoins qui vous ont vus, les gars, qui vous ont vus derrière cette automobile. Cela, euh, aurait dû être annulé à partir du moment où il y avait quatre personnes.»

Plusieurs autres témoins ont déposé au procès, dont Cecil Starr, un cousin de l’appellant et un ami de Cook, qui a affirmé qu’une dizaine de jours après les meurtres l’appellant avait avoué avoir tué Cook et Weselowski. Cecil Starr a dit que l’aveu avait été fait à l’appartement de Dwight Bamlett et qu’il avait par la suite participé à une fête dans une réserve où plusieurs personnes, y compris le frère de Cecil, Mervin Starr, de même que Dwight Bamlett, avaient discuté de cet aveu.

Plusieurs témoins de la défense, dont la sœur de Cecil Starr, Audrey Malcolm, ont témoigné que Cecil Starr était un menteur invétéré et que son récit concernant le prétendu aveu de l’appellant était faux. Malcolm a affirmé que Cecil Starr lui avait dit, depuis lors, qu’il n’avait pas vu l’appellant depuis plus de deux ans et que l’appellant n’avait jamais rien avoué. Mervin Starr a témoigné qu’il ne s’était jamais rendu à une fête du genre décrit par Cecil. Dwight Bamlett a témoigné que Cecil Starr et l’appellant ne s’étaient jamais trouvés ensemble dans son appartement et qu’il ne s’était jamais rendu dans une réserve pour y participer à une fête du genre décrit par Cecil. L’ex-sergent d’état-major Savage de la GRC a témoigné qu’il avait interrogé Cecil Starr peu de temps avant le procès, et que Cecil avait nié avoir déjà déclaré que l’appellant lui avait fait un aveu, tout en se disant incapable de se souvenir d’une fête dans la réserve.

126

127

128

Finally, the trial judge called Constable Robert Young of the Winnipeg police to testify regarding his interactions with Cook on August 20, 1994, several hours before the murders. Young testified that Cook was the “sergeant at arms” of the Manitoba Warriors gang, meaning he was the person responsible for all of the gang’s criminal matters. Young stated that he and Cook had had meetings previous to August 20, 1994, at which Cook had expressed his desire to dissociate himself from the Manitoba Warriors. Young stated that he met with Cook on August 20, 1994 at about 6:00 p.m. Cook told Young about a break-in that had occurred earlier that day at the Sidney I. Robinson store, in which guns had been stolen. Cook said that he was to meet with members of the Los Bravos gang later that night at the Westbrook Hotel to purchase some of these guns, and that he had been told by Joseph Flett, the President of the Manitoba Warriors, to wear his gang colours. Cook expressed a concern as to why he was being asked to wear gang colours. Cook told Young that if he purchased guns he would turn one over to Young, and that he would alert Young of success in the purchase by calling Young at around 1:00 a.m. Young never received the anticipated telephone call from Cook. When Cook’s body was found, he was wearing the gang colours of the Manitoba Warriors.

Enfin, le juge du procès a demandé à l’agent Robert Young de la police de Winnipeg de témoigner au sujet des rapports qu’il avait eus avec Cook le 20 août 1994, plusieurs heures avant les meurtres. Young a témoigné que Cook était le «sergent d’armes» de la bande des Warriors du Manitoba, en ce sens qu’il était la personne chargée de toutes les affaires criminelles de la bande. Young a déclaré que lui et Cook avaient eu des rencontres avant le 20 août 1994, et que Cook avait alors exprimé la volonté de se dissocier des Warriors du Manitoba. Young a dit qu’il avait rencontré Cook le 20 août 1994, vers 18 h. Cook a informé Young qu’une introduction par effraction avait eu lieu plus tôt dans la journée au magasin Sidney I. Robinson et que des armes à feu y avaient été dérobées. Cook a dit qu’il devait rencontrer des membres de la bande Los Bravos à l’hôtel Westbrook, plus tard dans la soirée, pour acheter certaines de ces armes à feu et que Joseph Flett, le président des Warriors du Manitoba, lui avait demandé de porter les couleurs de sa bande. Cook s’est dit tracassé par la raison pour laquelle on lui demandait de porter les couleurs de sa bande. Cook a déclaré à Young que, s’il achetait des armes à feu, il lui en remettrait une et lui confirmerait l’achat en l’appelant vers 1 h. Young n’a jamais reçu l’appel qu’il attendait de Cook. Lorsque le corps de Cook a été trouvé, il portait les couleurs des Warriors du Manitoba.

129

The theory of the Crown at trial was that the killing of Cook was a gang-related execution perpetrated by the appellant. Weselowski was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the appellant had used an Autopac scam as a pretext to get Cook out into the countryside. Outside the Turskis’ home, Cook got into the smaller car and drove it into the ditch, hitting telephone poles in an effort to damage the car. The appellant shot Weselowski twice in the head, then drove Weselowski’s station wagon up the road to where Cook had stopped the smaller car in the ditch. When Cook entered the station wagon on the passenger side, the appellant shot him from the driver’s seat three times in the head and three times in the chest. He then pushed Cook’s body

La thèse du ministère public au procès était que Cook avait été exécuté par l’appelant en raison de son appartenance à une bande. Weselowski était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu’il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l’appelant s’était servi de la fraude de l’Autopac comme prétexte pour entraîner Cook à la campagne. À l’extérieur du domicile des Turski, Cook est monté dans la petite automobile et l’a conduite dans le fossé, heurtant des poteaux téléphoniques en vue de l’endommager. L’appelant a tiré Weselowski à la tête à deux reprises, et a ensuite conduit la familiale de cette dernière jusqu’à l’endroit où Cook avait arrêté la petite automobile dans le fossé. Lorsque Cook a pris place dans la familiale du côté du passager, l’appelant a fait feu sur lui à partir du siège

out of the vehicle and drove away, parking near his brother's house, where the appellant abandoned the station wagon.

The defence theory focussed on the issue of identity. The defence argued that the circumstantial evidence adduced by the Crown had failed to prove that the appellant actually shot the victims, and had failed to dispel the real possibility that other gang-related individuals were the killers.

III. Judicial History

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

(1) Ruling and jury instructions on Cook's statement of intention

The Crown brought an application at trial to permit Jodie Giesbrecht to testify that Cook had told her, *inter alia*, that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". The Crown sought to have this testimony admitted as evidence of Cook's state of mind on the evening of the murder and of his intention to go with the appellant to perpetrate a car insurance scam. The defence objected on the basis that the evidence was hearsay if used to prove that the appellant acted in accordance with Cook's stated intention, and that its admission would be more prejudicial than probative because the jury would likely draw such an impermissible inference.

The trial judge did not hold a *voir dire* as part of the Crown motion. Hirschfield J. found that Giesbrecht's anticipated testimony regarding the Autopac scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Hirschfield J. found that the prejudicial effect of the admission of the evidence was that Cook's alleged statement implicated the appellant in the commission of insurance fraud. The trial

du conducteur, l'atteignant à la tête à trois reprises et la poitrine à trois reprises également. Il a ensuite poussé le corps de Cook hors du véhicule et a quitté les lieux pour ensuite aller stationner la familiale près de la maison de son frère, où il l'a abandonnée.

La thèse de la défense était axée sur la question de l'identité. La défense a prétendu que les éléments de preuve circonstancielle présentés par le ministère public n'établissaient pas que l'appelant avait effectivement fait feu sur les victimes et n'écartaient pas la possibilité réelle que les meurtriers aient été d'autres personnes liées à une bande.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

(1) La décision et les directives au jury relativement à la déclaration d'intention de Cook

Au procès, le ministère public a demandé que Jodie Giesbrecht soit autorisée à témoigner que Cook lui avait dit, notamment, qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Le ministère public a cherché à faire admettre ce témoignage en tant que preuve de l'état d'esprit de Cook le soir du meurtre et de son intention d'aller commettre une fraude d'assurance-automobile avec l'appelant. La défense s'y est opposée pour le motif que cette preuve serait du oui-dire si elle était utilisée pour établir que l'appelant a agi conformément à l'intention explicite de Cook, et que son admission serait plus préjudiciable que probante parce que le jury ferait probablement une telle déduction inacceptable.

Le juge du procès n'a pas tenu de voir-dire dans le cadre de la requête du ministère public. Le juge Hirschfield a conclu que le témoignage prévu de Giesbrecht au sujet de la fraude de l'Autopac était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire. Le juge Hirschfield a décidé que l'effet préjudiciable de l'admission de ce témoignage était que la déclaration présumée de Cook impliquait l'appe-

130

131

132

judge noted that, in this regard, the words said to have been spoken by Cook “would be as prejudicial as against the deceased as they are against the [appellant]”. Hirschfield J. concluded that, in light of the other evidence that the Crown anticipated calling in order to link the appellant to the murders, the probative value of Giesbrecht’s testimony outweighed any prejudicial effect.

133 In his subsequent instructions to the jury regarding the use to be made of Giesbrecht’s testimony regarding Cook’s statements to her on the night of the murders, Hirschfield J. told the jury that it was for them to decide whether Cook’s statement about the scam linked the appellant with the deaths of Cook and Weselowski.

(2) Ruling and jury instructions on Cheryl Ball’s out-of-court identification

134 A *voir dire* was held to determine the admissibility of the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding Cheryl Ball’s alleged identification of the appellant as being a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. Madden and MacLeod both testified. The Crown argued it was entitled to adduce the statements of the two officers, notwithstanding the fact that Cheryl Ball had not testified at trial as to having seen a man talking to Cook at the gas station, or to having identified that man in one of the photographs presented to her by police. The Crown relied upon the prior identification exception to the hearsay rule. The defence argued that the use of hearsay evidence to establish a prior out-of-court identification of the accused by a witness is permissible only where the witness acknowledges in court having made the prior identification. Although the record is not entirely clear on this point, Hirschfield J. appears to have accepted the Crown’s submissions. He ruled Madden and MacLeod’s anticipated evidence admissible.

lant dans la perpétration d’une fraude en matière d’assurance. Le juge du procès a fait remarquer à cet égard que les paroles qu’aurait prononcées Cook [TRADUCTION] «seraient aussi préjudiciables à la personne décédée qu’elles le sont pour [l’appellant]». Le juge Hirschfield a conclu que, à la lumière des autres témoignages que le ministère public prévoyait présenter afin de relier l’appellant aux meurtres, la valeur probante du témoignage de Giesbrecht l’emportait sur tout effet préjudiciable.

Dans les directives qu’il a par la suite données au jury au sujet de l’utilisation qui devrait être faite du témoignage de Giesbrecht concernant les déclarations que Cook lui avait faites la nuit des meurtres, le juge Hirschfield a dit aux jurés qu’il leur appartenait de décider si la déclaration de Cook au sujet de la fraude reliait l’appellant au décès de Cook et à celui de Weselowski.

(2) La décision et les directives au jury relativement à l’identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l’admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball de l’appellant comme étant la personne qu’elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk. Madden et MacLeod ont témoigné tous les deux. Le ministère public a prétendu qu’il avait le droit de présenter les déclarations des deux agents malgré le fait que Cheryl Ball n’avait pas témoigné au procès qu’elle avait vu un homme s’entretenir avec Cook à la station-service ou qu’elle avait identifié cet homme sur l’une des photographies que lui avaient montrées les policiers. Le ministère public a invoqué l’exception de l’identification antérieure à la règle du *ouï-dire*. La défense a fait valoir que l’utilisation de la preuve par *ouï-dire* pour établir l’identification antérieure extrajudiciaire de l’accusé par un témoin n’est acceptable que si le témoin reconnaît en cour avoir effectué cette identification antérieure. Bien que le dossier ne soit pas tout à fait clair sur ce point, le juge Hirschfield paraît avoir retenu les arguments du ministère public. Il a décidé que le témoignage prévu de Madden et MacLeod était admissible.

In his instructions to the jury, Hirschfield J. reviewed the out-of-court identification evidence said to have been provided by Cheryl Ball to Constables Madden and MacLeod. The trial judge concluded his instructions with a caution that Cheryl Ball's identification evidence was "extremely frail" and, in his view, did not link the appellant to the deaths of Cook and Weselowski. However, Hirschfield J. left it to the jury to decide the value of Ball's evidence on this point.

(3) Charge to the jury on reasonable doubt

In his instructions to the jury, Hirschfield J. explained that the appellant was presumed to be innocent and that the onus was on the Crown to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. He then defined the reasonable doubt standard in the following terms:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words "reasonable doubt" are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

No further definition of the reasonable doubt standard was provided. The trial judge went on to explain that the jury might be left with a reasona-

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a examiné la preuve d'identification extrajudiciaire qui, disait-on, avait été fournie par Cheryl Ball aux agents Madden et MacLeod. Le juge du procès a terminé ses directives par une mise en garde selon laquelle la preuve d'identification de Cheryl Ball était [TRADUCTION] «extrêmement fragile» et, à son avis, ne reliait l'appelant ni au décès de Cook ni à celui de Weselowski. Cependant, le juge Hirschfield a laissé au jury le soin de déterminer la valeur de la preuve de Ball à ce sujet.

(3) L'exposé au jury sur le doute raisonnable

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a expliqué que l'appelant était présumé innocent et qu'il incombait au ministère public d'en établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il a ensuite défini la norme du doute raisonnable de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d'établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n'a qu'à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L'expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu'expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n'a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d'audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l'accusé.

Aucune autre définition de la norme du doute raisonnable n'a été donnée. Le juge du procès a ensuite expliqué que le jury pourrait avoir un doute

135

136

ble doubt unless it rejected as untrue some or all of the evidence, if any, that favoured the appellant.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

(1) Monnin J.A., Kroft J.A. concurring

(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

137 Monnin J.A. found that Giesbrecht's testimony that Cook told her he was going to do an Autopac scam with the appellant was hearsay, but was nonetheless admissible. While he did cite the decision of this Court in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, Monnin J.A. primarily relied upon the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, to the effect that, where the intention or state of mind of an out-of-court declarant is relevant to a fact in issue, evidence that would otherwise be hearsay is admissible to prove the declarant's intention or state of mind. Monnin J.A. endorsed the trial judge's ruling, stating that Cook's alleged statement to Giesbrecht was admissible to demonstrate Cook's state of mind at the time, and to demonstrate that Cook acted in accordance with his "stated intention or plan" (p. 158). Monnin J.A. also found that the probative value of Cook's statement outweighed any prejudicial effect.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

138 Monnin J.A. found that the trial judge may have committed an error in permitting the Crown to adduce evidence through Constables Madden and MacLeod that Cheryl Ball had identified the appellant as a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. However, Monnin J.A. held

raisonnable à moins qu'il ne conclue à la fausseté d'une partie ou de la totalité des témoignages qui pourraient être favorables à l'appellant.

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

(1) Le juge Monnin (avec l'appui du juge Kroft)

a) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

Le juge Monnin a conclu que le témoignage de Giesbrecht, selon lequel Cook lui avait dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appellant, était du oui-dire, mais qu'il était néanmoins admissible. Bien qu'il ait cité l'arrêt de notre Cour *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, le juge Monnin s'est fondé avant tout sur l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire, qui prévoit que, lorsque la question de l'intention ou de l'état d'esprit de l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire est pertinente relativement au fait en cause, la preuve qui constituerait par ailleurs du oui-dire est admissible pour établir l'intention ou l'état d'esprit de l'auteur de cette déclaration. Le juge Monnin a souscrit à la décision du juge du procès en disant que la déclaration que Cook aurait faite à Giesbrecht était admissible pour établir l'état d'esprit de Cook à ce moment-là et pour démontrer que Cook avait agi conformément à son [TRADUCTION] «intention ou projet explicite» (p. 158). Le juge Monnin a également conclu que la valeur probante de la déclaration de Cook l'emportait sur tout effet préjudiciable.

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

Le juge Monnin a décidé qu'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en permettant au ministère public de présenter, par l'entremise des agents Madden et MacLeod, la preuve que Cheryl Ball avait identifié l'appellant comme étant une personne qu'elle avait vu parler à Cook à la

that the trial judge's cautionary instruction regarding the frailty of the identification evidence "effectively negated any harm that such evidence might have caused" (p. 159). He stated that the appellant's case was not one that "turned on the issue of identification" (p. 159), and that there was ample other evidence that the jury could have relied upon to arrive at a guilty verdict. Citing *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, as establishing the applicable test for confirming a guilty verdict in the face of an error in law, Monnin J.A. stated that he was satisfied that, even if the evidence of Madden and MacLeod had been excluded, a properly instructed jury would have reached the same verdict.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

Monnin J.A. stated that the trial judge's charge to the jury, considered as a whole, was more than fair and balanced, and if anything favoured the appellant. On the issue of reasonable doubt, Monnin J.A. held that the trial judge's charge to the jury met the requirements set out by this Court in *Lifchus*, *supra*, both in its actual language and in overall tone. In particular, Monnin J.A. found that the trial judge had explained the link between the reasonable doubt standard and the presumption of innocence, the requirement that the Crown must prove more than mere probability of guilt, and the principle that a reasonable doubt is based on reason and common sense, logically founded upon the evidence or lack of evidence. Monnin J.A. noted that, while the trial judge might have erred in stating that the words "reasonable doubt" should be understood in their everyday ordinary sense, any such error was remedied by the fact that the trial judge went significantly further than had the trial judge in *Lifchus*, offering "interpretive assistance" and linking the concept of reasonable doubt to the evidence.

station-service Mohawk. Le juge Monnin a cependant conclu que la mise en garde du juge du procès relativement à la fragilité de la preuve d'identification [TRADUCTION] «a effectivement éliminé tout préjudice que cette preuve pouvait avoir causé» (p. 159). Il a déclaré que la preuve de l'appelant ne [TRADUCTION] «reposait [pas] sur la question de l'identification» (p. 159) et qu'il y avait beaucoup d'autres éléments de preuve sur lesquels le jury aurait pu s'appuyer pour prononcer un verdict de culpabilité. Indiquant que l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, avait établi le critère applicable pour confirmer un verdict de culpabilité en présence d'une erreur de droit, le juge Monnin a affirmé qu'il était convaincu que, même si le témoignage de Madden et de MacLeod avait été écarté, un jury ayant reçu des directives appropriées aurait rendu le même verdict.

c) *La directive sur le doute raisonnable*

Le juge Monnin a dit que, dans l'ensemble, l'exposé du juge au jury était plus qu'équitable et équilibré, et qu'il était plutôt favorable à l'appelant. En ce qui concerne la question du doute raisonnable, le juge Monnin a décidé que l'exposé du juge au jury satisfaisait aux exigences énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Lifchus*, précité, tant sur le plan de sa formulation même que sur celui de son ton général. En particulier, le juge Monnin a conclu que le juge du procès avait expliqué le lien entre la norme du doute raisonnable et la présomption d'innocence, entre l'exigence que le ministère public établisse plus qu'une simple probabilité de culpabilité et le principe voulant qu'un doute raisonnable soit fondé sur la raison et le bon sens et qu'il découle logiquement de la preuve ou de l'absence de preuve. Le juge Monnin a fait remarquer que, même s'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en disant qu'il fallait donner à l'expression «doute raisonnable» son sens ordinaire de tous les jours, cette erreur avait été corrigée par le fait qu'il était allé beaucoup plus loin que le juge du procès dans *Lifchus* en offrant une [TRADUCTION] «aide en matière d'interprétation» et en liant la notion du doute raisonnable à la preuve.

(2) Twaddle J.A., dissenting(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

140

Twaddle J.A. stated that four questions arose from the trial judge's admission of Giesbrecht's evidence for the purpose of showing Cook's intention or state of mind on the night of the murders, namely: (1) whether a statement that is adduced to prove the intention or state of mind of a deceased person should be considered for admission under a categorized exception to the hearsay rule, or only under the principled approach to the admission of hearsay evidence enunciated in *Khan, supra*, and subsequent cases; (2) whether Cook's statement was in fact properly admitted for the purpose of illustrating Cook's state of mind or intention; (3) whether the statement would have been admissible on the basis of necessity and reliability alone, pursuant to the principles established in *Khan, supra*, and subsequent cases; and (4) whether the jury was properly instructed as to the limits of the statement's use.

141

With respect to the issue of whether the principled approach to the admissibility of hearsay should be understood as having made the exceptions to the hearsay rule irrelevant, Twaddle J.A. stated that, in *Smith, supra*, this Court made it "very clear that the new approach was to be preferred" (p. 166). Nonetheless, Twaddle J.A. noted that, even in *Smith*, this Court analysed first whether statements of the deceased were admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, and then analysed whether they were admissible using the necessity and reliability approach. Twaddle J.A. stated that this bifurcated approach was likely taken because the trial judgment in *Smith* was rendered prior to *Khan, supra*. He stated that the appropriate test for the trial judge to have applied in the appellant's case was likely the necessity and reliability test alone. However, in light of *Smith* and the trial judge's focus on the "state of mind"

(2) Le juge Twaddle, dissidenta) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

Le juge Twaddle a affirmé que l'admission par le juge du procès du témoignage de Giesbrecht aux fins de démontrer l'intention ou l'état d'esprit de Cook la nuit des meurtres soulevait quatre questions: 1) celle de savoir s'il y a lieu d'examiner la possibilité d'admettre une déclaration présentée en vue d'établir l'intention ou l'état d'esprit d'une personne décédée, en vertu d'une catégorie d'exceptions à la règle du oui-dire ou seulement en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admission de la preuve par oui-dire qui a été énoncée dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, 2) celle de savoir si la déclaration de Cook a effectivement été admise à bon droit dans le but d'illustrer l'état d'esprit ou l'intention de Cook, 3) celle de savoir si la déclaration aurait été admissible uniquement pour des raisons de nécessité et de fiabilité, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, et 4) celle de savoir si le jury a reçu des directives appropriées au sujet de l'utilisation limitée qui pourrait être faite de la déclaration.

Quant à savoir s'il y a lieu de considérer que la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire a rendu inutiles les exceptions à la règle du oui-dire, le juge Twaddle a affirmé que, dans l'arrêt *Smith*, précité, notre Cour avait indiqué [TRADUCTION] «très clairement qu'il fallait choisir la nouvelle méthode» (p. 166). Néanmoins, le juge Twaddle a fait remarquer que, même dans *Smith*, notre Cour s'était d'abord demandé si les déclarations de la personne décédée étaient admissibles en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire, et ensuite si elles étaient admissibles selon la méthode de la nécessité et de la fiabilité. Le juge Twaddle a dit que cette méthode à deux volets avait vraisemblablement été adoptée parce que le jugement de première instance dans *Smith* avait précédé l'arrêt *Khan*, précité. Il a dit que le seul critère qu'aurait dû appliquer le juge du procès dans le cas de l'appelant

exception, Twaddle J.A. dealt with both approaches to the admissibility of Giesbrecht's testimony.

Twaddle J.A. stated that it was generally accepted that evidence of a statement made by a person who has since died is admissible to prove the state of mind or present intentions of the deceased at the time of making the statement. The controversy, Twaddle J.A. noted, is over the impermissible uses to which such *ante mortem* statements might be put by the trier of fact. In particular, there is a concern that evidence regarding the state of mind of the deceased might be misused by the trier of fact to infer the state of mind, character, or subsequent actions of the accused rather than the declarant. Twaddle J.A. stated that this concern over impermissible uses of the evidence was relevant in determining whether the probative value of the hearsay statement outweighs its prejudicial effect upon the accused, relying in this regard upon the judgment of Doherty J. (as he then was) in *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), which was cited with approval by this Court in *Smith, supra*.

Twaddle J.A. stated that the trial judge had erred in finding that the probative value of Cook's statement to Giesbrecht outweighed its prejudicial effect. Part of the error, Twaddle J.A. explained, stemmed from the trial judge's finding that the relevant prejudice that would be suffered by the appellant if the statement was admitted was only that the jury might be inflamed by information suggesting he was inclined to commit a criminal act such as insurance fraud. Rather, Twaddle J.A. found, the prejudice was the more serious problem that the jury may have used evidence of Cook's state of mind to infer the appellant's state of mind and the appellant's subsequent course of conduct, i.e., that the appellant did in fact meet with

était probablement celui de la nécessité et de la fiabilité. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Smith* et de l'accent mis par le juge du procès sur l'exception de l'«état d'esprit», le juge Twaddle a examiné les deux façons d'aborder l'admissibilité du témoignage de Giesbrecht.

Le juge Twaddle a affirmé qu'il était généralement accepté que la preuve d'une déclaration faite par une personne subséquemment décédée était admissible pour établir l'état d'esprit ou les intentions de cette personne au moment où elle a fait sa déclaration. Le juge Twaddle a souligné que la controverse porte sur les utilisations inacceptables que le juge des faits pourrait faire de ces déclarations *ante mortem*. On craint notamment que le juge des faits ne fasse mauvais usage de la preuve relative à l'état d'esprit de la personne décédée pour déduire l'état d'esprit, le tempérament ou les actes ultérieurs de l'accusé plutôt que ceux de l'auteur de la déclaration. Le juge Twaddle a dit que cette crainte relative aux utilisations inacceptables de la preuve était pertinente pour déterminer si la valeur probante de la déclaration relatée l'emporte sur son effet préjudiciable sur l'accusé, s'appuyant à cet égard sur le jugement rendu par le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), que notre Cour a cité en l'approuvant dans l'arrêt *Smith*, précité.

Le juge Twaddle a dit que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la valeur probante de la déclaration de Cook à Giesbrecht l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge Twaddle a expliqué que cette erreur découlait en partie de la conclusion du juge du procès que le seul préjudice pertinent que l'appellant subirait si la déclaration était admise était la possibilité que le jury soit indigné par des renseignements indiquant que l'appelant était enclin à commettre un acte criminel comme une fraude en matière d'assurance. Selon le juge Twaddle, le préjudice découlait plutôt du problème plus grave posé par la possibilité que le jury ait utilisé la preuve de l'état d'esprit de Cook pour déduire l'état d'esprit et la ligne de conduite ultérieure de l'appelant, autrement dit pour déduire que l'appelant avait effectivement rencon-

142

143

Cook later that night on the side of provincial highway 247.

tré Cook plus tard cette nuit-là sur l'accotement de la route provinciale 247.

144 Twaddle J.A. held further that the trial judge had erred, after finding that Giesbrecht's testimony was admissible pursuant to the "state of mind" exception, in not then holding a *voir dire* to determine the reliability of Cook's statement, in accordance with the principled approach to hearsay admissibility set out in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A. found that Giesbrecht's evidence was equally inadmissible on this basis. He reviewed several factors indicating that Cook's statement was unreliable, including especially Cook's strong motive to lie to Giesbrecht about his intentions on the night of the murders.

Le juge Twaddle a également décidé que, après avoir conclu que le témoignage de Giesbrecht était admissible en vertu de l'exception de l'«état d'esprit», le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas de voir-dire pour déterminer la fiabilité de la déclaration de Cook, conformément à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, qui a été énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle a conclu que le témoignage de Giesbrecht était tout aussi inadmissible pour ce motif. Il a examiné plusieurs éléments indiquant que la déclaration de Cook n'était pas fiable, en particulier les fortes raisons que Cook avait de mentir à Giesbrecht au sujet de ses intentions la nuit des meurtres.

145 Finally, Twaddle J.A. held that the trial judge had erred in his instruction to the jury regarding the permissible use of Cook's statement. Twaddle J.A. noted that, rather than caution the jury against using Cook's statement in order to prove the appellant's state of mind and subsequent actions, as he ought to have done, the trial judge in fact invited the jury to draw this impermissible inference if they felt the evidence warranted it. Twaddle J.A. held that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible on any basis, and that the statement's admission, particularly with an erroneous instruction to the jury regarding its permissible use, constituted reversible error.

Enfin, le juge Twaddle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa directive au jury sur l'utilisation acceptable de la déclaration de Cook. Le juge Twaddle a souligné qu'au lieu de mettre le jury en garde contre l'utilisation de la déclaration de Cook pour établir l'état d'esprit de l'appelant et ses actes ultérieurs, comme il aurait dû le faire, le juge du procès avait en réalité invité le jury à tirer cette conclusion inacceptable si jamais il estimait qu'elle était justifiée par la preuve. Le juge Twaddle a statué que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible quel que ce soit le motif invoqué, et que l'admission de la déclaration, d'autant plus qu'elle était accompagnée d'une directive erronée au jury à l'égard de l'utilisation qui pourrait en être faite, constituait une erreur donnant ouverture à révision.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

146 Twaddle J.A. characterized this issue as whether a police officer's evidence of an out-of-court identification of the accused by a witness is admissible where the witness does not testify as to whether she made the identification in question. Twaddle J.A. felt that it was important to consider this question, notwithstanding the Crown's concession on appeal that the identification evidence might have been inadmissible, because he did not agree that

Le juge Twaddle a décrit cette question comme étant de savoir si le témoignage d'un policier qui porte sur l'identification extrajudiciaire de l'accusé par un témoin est admissible lorsque ce témoin ne dépose pas au sujet de la question de savoir s'il a procédé à l'identification en cause. Bien que le ministère public ait reconnu en appel qu'il se pouvait que la preuve d'identification soit inadmissible, le juge Twaddle a estimé qu'il était important

the trial judge's cautionary instruction to the jury regarding the frailty of the identification evidence was sufficient to dispel the possibility of a miscarriage of justice.

Twaddle J.A. noted that the more common fact scenario is where a witness testifies that he or she recalls having made a previous identification of the accused, but is unable to repeat the identification in court or to recall who was identified. He stated that the law is fairly clear that, in such circumstances, a police officer may be permitted to testify simply as to the specific photograph or person pinpointed by the witness on that previous occasion: *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.). After reviewing some of the relevant jurisprudence, Twaddle J.A. distinguished the appellant's case from cases such as *Tat*. He stated that, where a witness does not acknowledge having made a prior identification, there is a problem because it is no longer the eyewitness implicating the accused, but the police. There is no way to test whether, in fact, the eyewitness ever implicated the accused, because there is no testimony on point.

Twaddle J.A. stated that, given the inherent frailty of identification evidence in any event, it would take exceptional circumstances for identification evidence introduced as hearsay to be sufficiently reliable to be admissible under the principled approach to hearsay admissibility. He did not find such exceptional circumstances to exist in the appellant's case.

Moving on to consider whether this ground of appeal could nonetheless be dismissed on the basis that the trial judge's cautionary instruction to the jury negated any miscarriage of justice, Twaddle J.A. held that the jury verdict might reasonably have been different if the two officers had not been permitted to testify on the alleged identification by Cheryl Ball. He stated that Ball's identification of the appellant was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred"

d'examiner cette question parce qu'il n'était pas d'accord pour dire que la mise en garde du juge du procès au jury au sujet de la fragilité de la preuve d'identification était suffisante pour écarter la possibilité d'erreur judiciaire.

Le juge Twaddle a fait remarquer que le scénario le plus courant est celui où un témoin dit qu'il se souvient avoir identifié antérieurement l'accusé, mais est incapable de l'identifier de nouveau en cour ou de se rappeler qui il a identifié. Il a affirmé que le droit est assez clair en pareil cas: on peut permettre à un policier de déposer uniquement au sujet de la photographie ou de la personne indiquée antérieurement par le témoin: *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.). Après avoir examiné certains arrêts pertinents, le juge Twaddle a établi une distinction entre le cas de l'appelant et des affaires comme *Tat*. Il a affirmé que, lorsqu'un témoin ne reconnaît pas avoir effectué une identification antérieure, il en résulte un problème parce que c'est non plus le témoin oculaire mais plutôt la police qui implique l'accusé. Il n'y a aucun moyen de vérifier si, en fait, le témoin oculaire a déjà impliqué l'accusé, en raison de l'absence de témoignage à cet égard.

Le juge Twaddle a dit qu'en raison de la fragilité inhérente de la preuve d'identification il faudrait de toute manière des circonstances exceptionnelles pour qu'une preuve d'identification présentée par oui-dire soit suffisamment fiable pour être admissible selon la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire. Il a conclu à l'absence de telles circonstances exceptionnelles dans le cas de l'appelant.

Passant ensuite à la question de savoir si ce moyen d'appel pouvait néanmoins être rejeté pour le motif que la mise en garde du juge du procès au jury avait annulé toute erreur judiciaire qui pouvait avoir été commise, le juge Twaddle a conclu que le verdict rendu par le jury aurait pu raisonnablement être différent si les deux policiers n'avaient pas été autorisés à témoigner au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball. Il a affirmé que l'identification de l'appelant par Ball était importante parce qu'elle situait l'appelant à St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par

147

148

149

(p. 176). Although the trial judge cautioned the jury as to the frailty of the evidence, he also left it to the jury to decide whether to accept the identification evidence. Twaddle J.A. found that there was a reasonable possibility that the jury would not have convicted the appellant if Ball had not identified the appellant as the driver of the car that followed Cook and Weselowski to St. Norbert. This piece of evidence might have been the “last straw”, he said, allowing the Crown to meet its onus.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

150

Twaddle J.A. stated that there is a problem in instructing a jury, as the trial judge did in this case, that the word “reasonable” in the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is to be understood in its everyday, ordinary meaning. By this understanding, he said, the term “reasonable doubt” would mean that even a legitimate doubt would not stand in the way of conviction if the doubt was only moderate, or only made guilt probable. Twaddle J.A. referred on this point to the reasons of this Court in *Lifchus, supra*, where Cory J. stated that, while a jury should be told that absolute certainty is not required in order to convict, the jury should also be told that something more than mere probability of guilt is required for a conviction.

151

Twaddle J.A. stated that an omission to instruct the jury that a probability of guilt is not a sufficient basis upon which to convict, when the jury is instructed that absolute certainty of guilt is not required, will ordinarily be a fatal error justifying a new trial. He found that the requirement to instruct the jury that “beyond a reasonable doubt” means something more than “proof on the balance of probabilities” is particularly acute where, as in the appellant’s case, the trial judge tells the jury that the words “reasonable doubt” are to be understood in their ordinary, everyday meaning and not as having a special connotation in the criminal law

Ball, l’appelant avait été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l’autre bout de la ville» (p. 176). Même si le juge du procès a mis le jury en garde contre la fragilité de la preuve, il lui a quand même laissé le soin de décider d’accepter ou non la preuve d’identification. Le juge Twaddle a conclu qu’il y avait une possibilité raisonnable que le jury n’ait pas déclaré l’appelant coupable si Ball ne l’avait pas identifié comme étant le conducteur de l’automobile qui avait suivi Cook et Weselowski jusqu’à St. Norbert. Cet élément de preuve pouvait, selon lui, avoir été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s’acquitter de son obligation.

c) *La directive sur le doute raisonnable*

Le juge Twaddle a affirmé qu’il est problématique de dire à un jury, comme l’a fait le juge du procès en l’espèce, que le mot «raisonnable», dans la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s’applique en matière criminelle, doit être pris dans son sens ordinaire de tous les jours. Selon cette interprétation, a-t-il dit, l’expression «doute raisonnable» signifierait que même un doute légitime n’empêcherait pas une déclaration de culpabilité si le doute était seulement modéré ou s’il ne faisait que rendre probable la culpabilité. À ce propos, le juge Twaddle a renvoyé aux motifs de notre Cour dans *Lifchus, précité*, où le juge Cory a affirmé que, même si on doit dire à un jury que la certitude absolue n’est pas requise pour rendre un verdict de culpabilité, on doit aussi lui dire qu’il faut plus qu’une simple probabilité de culpabilité pour le faire.

Le juge Twaddle a affirmé que l’omission de préciser au jury que la probabilité de culpabilité n’est pas un motif suffisant pour prononcer une déclaration de culpabilité, lorsqu’on lui dit que la certitude absolue de culpabilité n’est pas requise, constitue ordinairement une erreur fatale qui justifie la tenue d’un nouveau procès. Il a conclu que l’exigence d’informer le jury que l’expression «hors de tout doute raisonnable» signifie plus qu’une «preuve selon la prépondérance des probabilités» est particulièrement cruciale lorsque, comme dans le cas de l’appelant, le juge du procès dit au jury que l’expression «doute raisonnable»

context. Following *Lifchus, supra*, Twaddle J.A. held that a review of the trial judge's charge to the jury as a whole in this case gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, such that a new trial was required.

IV. Issues

Three issues of law are presented by this appeal:

1. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit Jodie Giesbrecht's testimony regarding a statement of intention made by the deceased Bernard Cook?
2. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding an out-of-court identification made by Cheryl Ball?
3. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner?

V. Analysis

A. *The Hearsay Issues*

(1) Introduction

The law of hearsay in Canada and throughout the common law world has long been governed by a strict exclusionary rule relaxed by a complex array of exceptions. Recently, as noted in *Smith, supra*, at p. 932, this Court has moved in a new direction by adopting a principled approach to hearsay "governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike". According to this approach, hearsay evidence may be admissible, notwithstanding the inapplicability of the categorical exceptions on the facts of the case, pro-

doit être prise dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas être considérée comme ayant une connotation particulière dans le contexte du droit criminel. Suivant l'arrêt *Lifchus*, précité, le juge Twaddle a conclu que l'examen de l'ensemble de l'exposé du juge du procès au jury en l'espèce engendrait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable, de sorte qu'un nouveau procès était requis.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions de droit:

1. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de feu Bernard Cook?
2. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage des agents Madden et MacLeod concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball?
3. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

V. Analyse

A. *Les questions relatives au ouï-dire*

(1) Introduction

Le droit de la preuve par ouï-dire au Canada et dans les ressorts de common law a longtemps été régi par une règle d'exclusion stricte tempérée par une série complexe d'exceptions. Récemment, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, notre Cour a changé d'orientation en adoptant une façon fondée sur des principes d'aborder le ouï-dire, qui est «régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Selon cette méthode, la preuve par ouï-dire peut être admissible malgré l'inapplicabilité des

vided the criteria of necessity and reliability set out in *Khan* are met.

154 The majority in the Court of Appeal below was of the view that hearsay evidence should be admissible either where the evidence falls within a traditional hearsay exception, or where the evidence is admissible using the principled approach developed in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A., dissenting, held that the principled approach must prevail in determining hearsay admissibility, and that the fact that the evidence in the particular case fell within a traditional hearsay exception was insufficient standing alone to determine its admissibility.

155 My approach in these reasons is as follows. First of all, and with respect for the contrary view, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in finding that Cook's statement to Giesbrecht fit within the present intentions exception to the hearsay rule. I reach this conclusion for two reasons: the statement was made under circumstances of suspicion, and it was used to prove the intentions of someone other than the declarant. Having so concluded, it is necessary to ask whether the statement was admissible under the principled approach, as enunciated in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*. I conclude that it was not, much for the same reasons that it does not fall within the present intentions exception. Answering this question also raises issues respecting the interaction between the principled approach and the existing exceptions. I conclude that in the event of a conflict between the two, it is the principled approach that must prevail. The governing principles for hearsay admissibility must be reliability and necessity.

156 I begin my analysis with a brief discussion of the nature and purpose of hearsay evidence, which I hope will be helpful in defining the precise hearsay issues in the appeal, and the problem posed for the trial process by hearsay evidence more broadly. Next, I consider in turn the admissibility of Jodie

catégories d'exceptions aux faits de l'affaire, pourvu que les critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan* soient respectés.

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que la preuve par ouï-dire devrait être admissible soit lorsqu'elle relève d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, soit lorsqu'elle est admissible selon la méthode fondée sur des principes établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle, dissident, a conclu que la méthode fondée sur des principes doit l'emporter lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, et que le fait que la preuve en l'espèce ait relevé d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire était insuffisant à lui seul pour en déterminer l'admissibilité.

Dans les présents motifs, je procède de la façon suivante. Tout d'abord et en toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire. Deux raisons m'incitent à tirer cette conclusion: la déclaration a été faite dans des circonstances douteuses et a servi à établir les intentions d'une personne autre que son auteur. Une fois cette conclusion tirée, il faut se demander si la déclaration était admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, comme le prévoient les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Je conclus qu'elle ne l'était pas, et ce, à peu près pour les mêmes raisons qu'elle ne relève pas de l'exception des intentions existantes. La réponse à cette question soulève également des questions relatives à l'interaction de la méthode fondée sur des principes et des exceptions existantes. Je conclus que, en cas de conflit entre les deux, c'est la méthode fondée sur des principes qui doit l'emporter. Les principes régissant l'admissibilité du ouï-dire doivent être la fiabilité et la nécessité.

Je commence mon analyse par un bref examen de la nature et de l'objet de la preuve par ouï-dire, qui, je l'espère, sera utile pour définir précisément les questions relatives au ouï-dire qui se posent en l'espèce et, de façon plus générale, le problème que pose la preuve par ouï-dire dans un procès. Je

Giesbrecht's testimony regarding Bernard Cook's statement of intention, and the admissibility of Constables Madden's and MacLeod's testimony regarding Cheryl Ball's out-of-court identification. As I will explain below, both statements were unreliable and should have been excluded under both the traditional exception and the principled approach.

(2) The Nature and Purpose of Hearsay Evidence

The hearsay rule is a notable exception to the general evidentiary principle that all relevant evidence is admissible. To repeat, hearsay evidence was traditionally excluded unless the hearsay evidence came within one of the so-called exceptions to the rule. While it is very difficult to express an entirely complete definition of "hearsay evidence", it will be useful to elaborate briefly on the principal defining features of hearsay before beginning to analyse the hearsay issues in this appeal.

Hearsay issues most typically arise when a witness at trial testifies regarding the contents of an earlier, out-of-court statement. Bernard Cook's alleged statement to Jodie Giesbrecht fits within this most simple definition. A statement can be hearsay even though the out-of-court statement was made by the witness at trial, or even in some cases where the only "statement" was a non-verbal assertion. The breadth of the hearsay rule is illustrated in this case by the hearsay evidence regarding Cheryl Ball's out-of-court identification, discussed more fully below. Ball was a witness in the trial proceedings in this case yet has also been posited as an out-of-court declarant for the purpose of the hearsay rule, because Constables Madden and MacLeod testified about her out-of-court statements identifying the appellant.

vais ensuite examiner à tour de rôle l'admissibilité du témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de Bernard Cook, et l'admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball. Comme je vais l'expliquer plus loin, les deux déclarations n'étaient pas fiables et auraient dû être écartées à la fois en vertu de l'exception traditionnelle et en vertu de la méthode fondée sur des principes.

(2) La nature et l'objet de la preuve par ouï-dire

La règle du ouï-dire constitue une exception remarquable au principe général en matière de preuve, qui veut que tout élément de preuve pertinent soit admissible. Encore une fois, la preuve par ouï-dire était traditionnellement écartée sauf si elle relevait de l'une des dites exceptions à la règle. Bien qu'il soit très difficile de donner une définition tout à fait complète de la «preuve par ouï-dire», il sera utile de donner brièvement des détails sur les principales caractéristiques déterminantes du ouï-dire avant d'entreprendre l'analyse des questions relatives au ouï-dire dans le présent pourvoi.

Les questions relatives au ouï-dire se posent le plus souvent lorsqu'un témoin au procès dépose au sujet du contenu d'une déclaration extrajudiciaire antérieure. La déclaration que Bernard Cook aurait faite à Jodie Giesbrecht correspond à cette définition on ne peut plus simple. Une déclaration peut constituer du ouï-dire même si la déclaration extrajudiciaire a été faite par le témoin au procès, ou même, dans certains cas, lorsque la seule «déclaration» était une affirmation non verbale. La portée de la règle du ouï-dire est illustrée en l'espèce par la preuve par ouï-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball, qui est analysée plus complètement ci-après. Ball était un témoin au procès dans la présente affaire, ce qui ne l'a pas empêchée d'être désignée comme étant l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire pour les fins de la règle du ouï-dire, en raison du témoignage des agents Madden et MacLeod concernant ses déclarations extrajudiciaires dans lesquelles elle identifiait l'appellant.

157

158

159

The difficulty encountered in defining hearsay has been acknowledged many times by courts and by learned authors on the law of evidence: see, e.g., *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per* Dickson J. (as he then was), citing *Phipson on Evidence* (12th ed. 1976 (supplemented to 1980)), para. 625, at pp. 263-64. More recent definitions of hearsay have focussed upon the precise evidentiary concerns underlying the exclusionary rule, namely the absence of an opportunity for meaningful, contemporaneous cross-examination of the out-of-court declarant in court under oath or solemn affirmation, regarding the truth of the specific statement or expressive conduct that is sought to be admitted as proof of its contents. The central concern revolves around the inability to test the reliability of the declarant's assertion. As stated by the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence*, at pp. 68-69:

Hearsay statements are excluded from evidence in trials because of the difficulty of testing their reliability. If a person who actually observed a fact is not in court, but a statement he made to someone about it is introduced in evidence, there is no way of inquiring into that person's perception, memory, narration or sincerity. His statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. These factors, which determine the reliability of his statement, can only be tested if he is in the courtroom and subject to cross-examination.

160

It was this fundamental concern with reliability to which Lamer C.J. was adverting when, speaking for the majority of the Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764, he articulated the central "hearsay dangers" as "the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the

La difficulté qu'il y a à définir le oui-dire a été reconnue à maintes reprises par les tribunaux et par les auteurs de doctrine sur le droit de la preuve: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, aux pp. 40 et 41, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), citant *Phipson on Evidence* (12^e éd. 1976 (avec suppléments jusqu'en 1980)), par. 625, aux pp. 263 et 264. Des définitions plus récentes du oui-dire ont mis l'accent sur les préoccupations mêmes en matière de preuve qui sous-tendent la règle d'exclusion, à savoir l'impossibilité de faire subir en cour à l'auteur de la déclaration extrajudiciaire, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, au moment précis où il fait cette déclaration, un contre-interrogatoire utile sur la véracité de la déclaration ou conduite expressive particulière que l'on cherche à faire admettre comme preuve de son contenu. La préoccupation majeure a trait à l'impossibilité de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Comme l'a affirmé la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 77 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

Le droit refuse d'admettre en preuve les déclarations par oui-dire à cause de la difficulté d'en contrôler la véracité. Si au lieu d'entendre la déposition de celui qui a observé un fait particulier, on se contente de présenter en preuve une déclaration qu'il a faite à ce sujet à un tiers, il n'est pas possible de mettre à l'épreuve la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que sa déclaration s'avère inexacte soit parce qu'il a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. Si on veut contrôler ces divers facteurs sur lesquels repose la véracité d'une déclaration, il faut que son auteur soit présent à l'audience et qu'il soit soumis au feu du contre-interrogatoire.

C'est à cette préoccupation fondamentale de fiabilité que faisait allusion le juge en chef Lamer lorsque, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 764, il a affirmé que les principaux «dangers [...] de la preuve par oui-dire» étaient «l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossi-

declarant when the statement was made (as well as the trier's inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent". See similarly E. M. Morgan, "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at pp. 239-41.

Cross on Evidence (7th ed. 1990) describes the hearsay rule in the following terms, at p. 42:

... an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact asserted. [Emphasis in original.]

It is of interest to note that the above formulation was adopted as correct by the House of Lords in *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, at p. 11. Though formulated differently, the definition of hearsay promulgated by the United States Federal Rule of Evidence 801 is similar: "Hearsay' is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted". "Statement" is defined as "(1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion". The most recent edition of Professor McCormick's treatise on evidence (*McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at § 246) has adopted this definition.

These articulations of the hearsay rule make clear that hearsay evidence is defined not by the nature of the evidence *per se*, but by the use to which the evidence is sought to be put: namely, to prove that what is asserted is true. When the out-of-court statement is offered for its truth, the inability to cross-examine or "test" the source of the evidence in court under oath or solemn affirmation as to the truth of the assertion undermines its reliability: see I. Younger, *An Irreverent Intro-*

bilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite». Voir, dans le même sens, E. M. Morgan, «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 239 à 241.

Dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), l'auteur décrit ainsi la règle du oui-dire, à la p. 42:

[TRADUCTION] ... une affirmation autre que celle faite par une personne qui témoigne au cours d'un procès est inadmissible comme preuve des faits qui y sont rapportés. [En italique dans l'original.]

Il est intéressant de noter que la formulation susmentionnée a été jugée exacte par la Chambre des lords dans l'arrêt *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, à la p. 11. Quoique formulée différemment, la définition du oui-dire promulguée aux États-Unis par la règle 801 des *Federal Rules of Evidence* est similaire: [TRADUCTION] «Le "oui-dire" est une déclaration, autre que celle que le déclarant fait en témoignant au procès ou à l'audience, présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui est faite». Le mot «déclaration» est défini comme [TRADUCTION] «(1) une affirmation orale ou écrite ou (2) un comportement non verbal d'une personne, si celle-ci veut qu'il constitue une affirmation». Le professeur McCormick adopte cette définition dans l'édition la plus récente de son traité sur la preuve, *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, au § 246.

Il ressort clairement de ces formulations de la règle du oui-dire que la preuve par oui-dire se définit en fonction non pas de la nature de la preuve elle-même, mais de l'utilisation que l'on cherche à en faire, à savoir, établir la véracité de ce qui est affirmé. Lorsqu'on invoque une déclaration extrajudiciaire pour en démontrer la véracité, l'impossibilité de contre-interroger la source de cette preuve en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, en vue de «vérifier» la véracité de

duction to Hearsay (1977), an address to the American Bar Association Annual Meeting, Atlanta, Georgia, August 11, 1976. In short, the essential defining features of hearsay are the purpose for which the evidence is adduced, and the absence of a meaningful opportunity to cross-examine the declarant in court under oath or solemn affirmation as to the truth of its contents.

163 With this understanding of the nature and purpose of the hearsay rule in mind, I now turn to consider the hearsay evidence and exceptions at issue in this appeal.

(3) Admissibility of Cook's Statement of Intention

(a) *The Proposed Use of Cook's Statement*

164 Assuming the veracity of Jodie Giesbrecht's testimony at trial, approximately one hour before Cook was killed, he told Giesbrecht that he had to "go and do an Autopac scam with Robert", meaning the appellant.

165 The first stage of the hearsay analysis is to ask whether Cook's out-of-court statement to Giesbrecht is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents. The Crown acknowledged in the courts below that the purpose of adducing Cook's statement was to illustrate Cook's immediate intention, shortly prior to his death, to go with the appellant to wreck a car for insurance purposes. Cook's intended course of action on the night of his murder was relevant, the Crown argued, because the jury could infer from this evidence of intention that Cook followed through on his intention, thus shedding light upon the location of the murders and the presence of a wrecked car at the scene. The Crown submitted that the statement, if true, also linked the appellant to Cook, the car, and the scene. In short, the intention to "go and do an Autopac scam with Robert"

l'affirmation qui est faite en mine la fiabilité: voir I. Younger, *An Irreverent Introduction to Hearsay* (1977), allocution prononcée lors de l'assemblée annuelle de l'American Bar Association tenue à Atlanta, en Géorgie, le 11 août 1976. Bref, les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le but dans lequel la preuve est présentée et l'absence d'occasion utile de contre-interroger le déclarant en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, relativement à la véracité du contenu de cette preuve.

Ayant à l'esprit cette conception de la nature et du but de la règle du ouï-dire, je vais maintenant examiner la preuve par ouï-dire et les exceptions qui sont en cause dans le présent pourvoi.

(3) Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook

a) *L'utilisation proposée de la déclaration de Cook*

Si le témoignage de Jodie Giesbrecht au procès est tenu pour avéré, Cook a dit à Giesbrecht, environ une heure avant d'être tué, qu'il devait [TRA-DUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert», c'est-à-dire l'appellant.

La première étape de l'analyse du ouï-dire consiste à se demander si le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de Cook à Giesbrecht est d'établir la véracité de son contenu. Le ministère public a reconnu devant les tribunaux d'instance inférieure que la présentation de la déclaration de Cook visait à démontrer l'intention immédiate de Cook, peu de temps avant son décès, d'aller avec l'appellant envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. La façon dont Cook comptait agir la nuit où il a été assassiné était pertinente, selon le ministère public, parce que le jury pouvait déduire de cette preuve d'intention que Cook avait donné suite à son intention, ce qui expliquait donc l'endroit où les meurtres avaient été commis et la présence d'une automobile accidentée sur ces lieux. Le ministère public a soutenu que la déclaration, si elle était véridique, liait également l'appellant à Cook, à l'automobile et aux lieux. Bref, l'intention d'«aller frauder l'Autopac

is the content of Cook's statement, and the Crown sought to use the statement as proof of its contents.

It is very important to note that the Crown's proposed use of Cook's statement to Giesbrecht went beyond proving just Cook's intentions. In his closing address to the jury, Crown counsel argued that Cook's statement proved that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Given the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe", it is apparent that the evidence was also admitted in order to prove the intentions, and subsequent actions in conformity therewith, of the appellant. By permitting the Crown's argument to go to the jury, the trial judge expressly permitted the jury to infer the appellant's intentions and subsequent conduct based on Cook's statement of intention to Giesbrecht.

In light of these proposed uses of the statement, Giesbrecht's testimony regarding Cook's statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. It was an out-of-court statement, and it was offered by the Crown to prove the truth of the matter asserted; namely, that Cook intended to do an Autopac scam with Starr. The next stage of the hearsay analysis is to examine whether Giesbrecht's evidence is nonetheless admissible under the appropriate exception.

(b) *The "State of Mind" or "Present Intentions" Exception to the Hearsay Rule*

(i) Scope of the Rule

The Crown argued that the "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule applied to render Cook's statement to Giesbrecht

avec Robert» constitue le contenu de la déclaration de Cook, et le ministère public a cherché à utiliser cette déclaration comme preuve de son contenu.

Il est très important de souligner que le ministère public ne comptait pas utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht seulement pour établir les intentions de Cook. Dans son exposé final au jury, le substitut du procureur général a fait valoir que la déclaration de Cook prouvait que l'appelant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». Compte tenu de la directive du juge du procès aux jurés, selon laquelle il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[la]it [leur] faire croire», il appert que cet élément de preuve a également été admis pour établir les intentions de l'appelant et les actes qu'il a accomplis pour donner suite à ces intentions. En permettant que l'argument du ministère public soit soumis à l'appréciation du jury, le juge du procès a expressément permis au jury de déduire de la déclaration d'intention de Cook à Giesbrecht les intentions de l'appellant et sa conduite subséquente.

Compte tenu de ces utilisations proposées de la déclaration, le témoignage de Giesbrecht concernant la déclaration que lui avait faite Cook est du oui-dire et serait généralement inadmissible pour cette raison. Il s'agissait d'une déclaration extrajudiciaire que le ministère public a présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui était faite, à savoir que Cook avait l'intention de frauder l'Autopac avec Starr. L'étape suivante de l'analyse du oui-dire consiste à vérifier si le témoignage de Giesbrecht est néanmoins admissible en vertu de l'exception pertinente.

b) *L'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du oui-dire*

(i) La portée de la règle

Le ministère public a fait valoir que l'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du oui-dire avait pour effet de rendre

166

167

168

admissible. This exception was most recently discussed in detail by this Court in *Smith, supra*, where it was recognized that an “exception to the hearsay rule arises when the declarant’s statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made” (p. 925). Wigmore has argued that the present intentions exception also includes a requirement that a statement “be of a *present existing state of mind*, and must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion”: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadborn rev. 1976), at § 1725, p. 129 (emphasis in original). L’Heureux-Dubé J., at para. 63 of her reasons, denies that Wigmore’s suggestion has ever been adopted in our jurisprudence. As I will discuss below, regardless of whether the present intentions requirement ever had such a requirement, the principled approach demands that it must have it now. I will therefore examine the admissibility of Cook’s statement under the present intentions exception in light of that understanding.

admissible la déclaration de Cook à Giesbrecht. Cette exception a, la dernière fois, été examinée en profondeur par notre Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, où il a été reconnu qu’une «exception à la règle du oui-dire s’applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d’esprit au moment où il l’a faite» (p. 925). Wigmore a fait valoir que l’exception des intentions existantes comporte aussi une exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit refléter un *état d’esprit actuel* et doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses»: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadborn rev. 1976), au § 1725, p. 129 (en italique dans l’original). Au paragraphe 63 de ses motifs, le juge L’Heureux-Dubé affirme que la proposition de Wigmore n’a jamais été adoptée dans notre jurisprudence. Comme nous le verrons plus loin, peu importe que l’exception des intentions existantes ait jamais comporté une telle exigence, la méthode fondée sur des principes requiert qu’elle la comporte maintenant. Je vais donc examiner l’admissibilité de la déclaration de Cook en vertu de l’exception des intentions existantes, en tenant pour acquis que l’exception des intentions existantes comporte cette exigence.

169

In *Smith*, Lamer C.J. explained that the exception as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. At the same time, there are certain inferences that may not permissibly be drawn from hearsay evidence of the out-of-court declarant’s intentions. On this point, Lamer C.J. cited with approval (at p. 927) from the judgment of Doherty J. in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 343-44, where the case law was summarized as follows:

Dans l’arrêt *Smith*, le juge en chef Lamer a expliqué que l’exception qui est appliquée au Canada permet l’admission en preuve des déclarations d’intention et d’autres états d’esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d’intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l’a fait. En même temps, il n’est pas permis de se servir de la preuve par oui-dire pour effectuer certaines déductions concernant les intentions de l’auteur d’une déclaration extrajudiciaire. À ce propos, le juge en chef Lamer a cité, en l’approuvant (à la p. 927), un extrait de la décision du juge Doherty dans *P. (R.)*, précité, aux pp. 343 et 344, où la jurisprudence est résumée ainsi:

The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that per-

[TRADUCTION] Toutefois, la preuve n’est pas admissible pour montrer l’état d’esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n’aient été au

sons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred.

As noted by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 6.236, in *Smith* the Court adopted "the proposition that the admissibility of statements of intention were to be limited to the declarant's state of mind and could not be used to prove the act or intention of any other person". It is important to emphasize that even in "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person", the hearsay is not generally admissible to show the intentions of a third party. I draw this conclusion for two reasons.

First, I can find no support in Canadian jurisprudence for the proposition that statements of intention are admissible against someone other than the declarant, apart from the one comment by Doherty J. noted above. Any other interpretation focusses on the exception and ignores the rule. In support of the proposition quoted above, Doherty J. cited three U.S. cases. All three had held that statements about joint acts were only admissible to prove the state of mind of the declarant: see *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), at pp. 745-46; *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). See also *Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933), at pp. 105-6; D. Kiesel, "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, at pp. 738-39; and J. M. Maguire, "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, at p. 721.

courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n'est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

Comme l'ont souligné J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au § 6.236, notre Cour a adopté, dans l'arrêt *Smith*, [TRADUCTION] «la proposition selon laquelle seules les déclarations d'intention portant sur l'état d'esprit de leur auteur seraient admissibles et ces déclarations ne pourraient pas être utilisées pour prouver l'acte ou l'intention de toute autre personne». Il importe de souligner que, même dans «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble», le oui-dire n'est généralement pas admissible pour démontrer les intentions d'un tiers. Deux raisons m'amènent à tirer cette conclusion.

Premièrement, je ne trouve rien dans la jurisprudence canadienne qui étaye la proposition selon laquelle les déclarations d'intention sont admissibles contre une personne autre que leur auteur, à l'exception du commentaire susmentionné du juge Doherty. Toute autre interprétation est axée sur l'exception et ne tient pas compte de la règle. À l'appui de la proposition susmentionnée, le juge Doherty a cité trois décisions américaines. Dans les trois cas, la cour a conclu que les déclarations relatives à des actes accomplis conjointement n'étaient admissibles que pour prouver l'état d'esprit du déclarant: voir *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), aux pp. 745 et 746; *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). Voir également *Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933), aux pp. 105 et 106; D. Kiesel, «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, aux pp. 738 et 739; et J. M. Maguire, «The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After» (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, à la p. 721.

170

171

172

Second, there are very good reasons behind the rule against allowing statements of present intention to be used to prove the state of mind of someone other than the declarant. As noted above, the central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible.

173

The other two scenarios also clearly require exclusion. If the statement about joint acts is based on a conversation with a fourth party, then the statement is triple hearsay, or worse. If, on the other hand, it is based on pure speculation, then it clearly is unreliable and does not fit within the rationale underlying the present intentions exception.

174

In conclusion then, a statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hearsay exception can be established for each level of hearsay. One way to establish this would obviously be the co-conspirator exception: see *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 303-7. This is no doubt what Doherty J. was referring to in *P. (R.)*, *supra*, when he spoke of "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person" (p. 344). Barring the

Deuxièmement, d'excellentes raisons sous-tendent la règle interdisant l'utilisation des déclarations d'intention existante pour prouver l'état d'esprit d'une personne autre que le déclarant. Comme nous l'avons vu, le principal problème que pose le oui-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements: premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double oui-dire. Étant donné que chaque niveau du double oui-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de oui-dire doit également être admissible.

Les deux autres scénarios commandent aussi manifestement l'exclusion. Si la déclaration au sujet des actes accomplis conjointement est fondée sur une conversation avec une quatrième personne, la déclaration constitue alors du triple oui-dire ou pis encore. Si, par contre, elle est fondée sur de simples hypothèses, elle n'est manifestement pas fiable et n'est pas conforme au raisonnement qui sous-tend l'exception des intentions existantes.

En conclusion, une déclaration d'intention ne saurait donc être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du oui-dire s'applique à chaque niveau de oui-dire, ce qui pourrait évidemment être fait notamment au moyen de l'exception des coauteurs d'un complot: voir *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux pp. 303 à 307. Il n'y a pas de doute que c'est ce à quoi le juge Doherty faisait allusion dans la déci-

applicability of this or some other exception to each level of hearsay involved, statements of joint intention are only admissible to prove the declarant's intentions.

(ii) Application to this Appeal

As noted above, the trial judge below admitted Cook's statement to Jodie Giesbrecht as admissible hearsay evidence of Cook's "state of mind to go with the accused", and as evidence from which the jury could infer that Cook acted in accordance with his stated intentions. He also admitted it as evidence from which the jury could conclude that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Therefore the evidence was admitted not only to prove the intentions of the declarant Cook, but also of a third party — the appellant-accused.

All three judges in the Court of Appeal below accepted as a preliminary proposition that Cook's statement to Giesbrecht fell within the traditional "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Although Twaddle J.A., dissenting, considered it inappropriate to admit Cook's statement, especially to show the intentions and subsequent course of conduct of the appellant, he would have excluded the statement through an application of the principled approach to hearsay admissibility, or alternatively pursuant to the court's residual discretion to exclude evidence where its prejudicial effect outweighs its probative force. Ordinarily, given our limited jurisdiction on appeals as of right, our scope of review would be limited to those issues raised by Twaddle J.A.'s dissent. However, by ordering a re-hearing we expanded the scope of our review to include the question, answered unanimously in the affirmative

sion *P. (R.)*, précitée, lorsqu'il a mentionné [TRADUCTION] «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble» (p. 344). À moins qu'il ne soit possible d'appliquer cette exception ou quelque autre exception à chaque niveau de ouï-dire en cause, les déclarations d'intention commune ne sont admissibles que pour établir les intentions du déclarant.

(ii) Application au présent pourvoi

Comme nous l'avons vu, le juge du procès a décidé que la déclaration de Cook à Jodie Giesbrecht était admissible à titre de preuve par ouï-dire de [TRADUCTION] «l'intention [de Cook] d'accompagner l'accusé», et à titre de preuve permettant au jury de déduire que Cook avait donné suite à ses intentions explicites. Il l'a également admise à titre de preuve permettant au jury de conclure que l'appellant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». La preuve a donc été admise pour prouver non seulement les intentions du déclarant Cook, mais également celles d'un tiers — l'appellant-accusé.

Les trois juges de la Cour d'appel ont tous tenu pour acquis, au départ, que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception traditionnelle des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire. Même s'il estimait qu'il ne convenait pas d'admettre la déclaration de Cook, particulièrement pour démontrer les intentions et la ligne de conduite ultérieure de l'appellant, le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, ou, subsidiairement, en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel de la cour d'écarter une preuve lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Vu la compétence limitée que nous possédons en matière de pourvois de plein droit, notre examen serait normalement limité aux questions soulevées par la dissidence du juge Twaddle. Toutefois, lorsque nous avons ordonné la tenue d'une nouvelle audition, nous avons étendu la portée de notre examen de manière à inclure la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht

175

176

below, of whether Cook's statement to Giesbrecht falls within the present intentions exception.

177

With great respect to the Court of Appeal, I conclude that the trial judge erred in admitting Cook's statement to Giesbrecht under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury, for three reasons. First, the statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion; second, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of Cook, not the appellant; and third, even if it had been properly limited, the evidence was more prejudicial than probative.

178

Turning first to the circumstances of suspicion, I agree with Twaddle J.A. that the statement lacked circumstantial guarantees of trustworthiness. As Twaddle J.A. noted, Cook and Giesbrecht had been romantically involved for almost two years. Cook had lived with Giesbrecht and her mother for a time, and had spent the night before his murder with Giesbrecht, after getting out of jail. Then, in the early morning hours of August 21, 1994, Giesbrecht observed Cook in the car of another woman, Darlene Weselowski. Giesbrecht testified that she thought Cook might try to "take off on her" if he saw Giesbrecht approaching the car, and she endeavoured not to be seen by Cook until she was close enough to talk to him. After an initial confrontation, Giesbrecht walked away into an alley behind the gas station, where Cook followed her. Their conversation ended in an argument because Cook was with Weselowski. She was angry at Cook for being with another woman, and asked him expressly why Cook would not come home with her rather than remain with Weselowski. It was at this point, and in this heated context, that Cook said he was going to engage in an Autopac scam with the appellant, who was sitting in a car

relève de l'exception des intentions existantes, à laquelle la Cour d'appel a unanimement donné une réponse affirmative.

En toute déférence pour la Cour d'appel, trois raisons m'amènent à conclure que le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de Cook à Giesbrecht en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. Premièrement, la déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses; deuxièmement, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette déclaration était admissible pour établir les intentions de Cook seulement et non celles de l'appelant; troisièmement, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante.

En ce qui concerne d'abord les circonstances douteuses, je partage l'avis du juge Twaddle que la déclaration n'offrait aucune garantie circonstancielle de fiabilité. Comme le juge Twaddle l'a souligné, Cook et Giesbrecht avaient une liaison amoureuse depuis presque deux ans. Cook avait vécu avec Giesbrecht et sa mère pendant un certain temps, et il avait passé la nuit précédant le meurtre avec Giesbrecht, après être sorti de prison. Ensuite, aux petites heures du matin du 21 août 1994, Giesbrecht a aperçu Cook dans l'automobile d'une autre femme, Darlene Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle pensait que Cook pourrait essayer de «la fuir» s'il la voyait s'approcher de l'automobile, et qu'elle s'était efforcée d'échapper au regard de Cook jusqu'à ce qu'elle se trouve assez près pour lui parler. Après un premier affrontement, Giesbrecht s'est dirigée vers une ruelle derrière la station-service, où Cook l'a suivie. Leur conversation s'est terminée par une dispute parce que Cook était en compagnie de Weselowski. Elle était en colère contre Cook parce qu'il était avec une autre femme et elle lui a demandé expressément pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle au lieu de rester avec Weselowski. C'est à ce moment et dans ce contexte animé que Cook a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appelant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas

nearby. Giesbrecht testified that it was unusual for Cook to discuss such business matters with her.

Twaddle J.A. found that the circumstances surrounding the making of the statement cast serious doubt upon the reliability of the statement. The possibility that Cook was untruthful could not be said to have been substantially negated. Twaddle J.A. relied, in particular, upon the fact that Cook may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with Weselowski, and upon the ease with which Cook could point to the appellant, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do a scam. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that these circumstances bring the reliability of Cook's statement into doubt. The statement was made under "circumstances of suspicion", and therefore does not fall within the present intentions exception. The statement should have been excluded.

The statement was also inadmissible for the purpose tendered because it was a statement of joint intention. Even assuming, contrary to the foregoing, that the Court of Appeal was correct in concluding that Cook's statement was admissible with respect to his own intentions under the present intentions exception, we must remember that Cook's statement was at least double hearsay, if not worse. The Crown did not establish how Cook became qualified to comment on the appellant's intentions. The only hearsay exception that could conceivably apply is the co-conspirator exception. However, this exception was never raised at trial, and therefore the trial judge did not even attempt to comply with the strict requirements for this exception set out in *Carter, supra*.

I should emphasize that statements of intention are not automatically inadmissible simply because they refer to joint acts. As Twaddle J.A. noted at

coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

Le juge Twaddle a conclu que les circonstances ayant entouré la déclaration soulevaient de sérieux doutes sur la fiabilité de cette dernière. On ne pouvait pas dire que la possibilité que Cook ait menti était vraiment écartée. Le juge Twaddle s'est notamment fondé sur le fait que Cook pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec Weselowski, et sur la facilité avec laquelle Cook avait pu indiquer que l'appellant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il commettrait une fraude. J'estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que ces circonstances faisaient douter de la fiabilité de la déclaration de Cook. La déclaration a été faite dans des «circonstances douteuses» et ne relève donc pas de l'exception des intentions existantes. Elle aurait dû être écartée.

La déclaration était également inadmissible aux fins pour lesquelles elle a été présentée parce qu'il s'agissait d'une déclaration d'intention commune. Même si, contrairement à ce qui précède, on tient pour acquis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que la déclaration de Cook était admissible pour établir ses propres intentions en vertu de l'exception des intentions existantes, nous devons nous rappeler que cette déclaration constituait au moins du double oui-dire ou pis encore. Le ministre public n'a pas établi ce qui avait rendu Cook apte à parler des intentions de l'appellant. La seule exception à la règle du oui-dire qui pouvait s'appliquer en théorie est celle des coauteurs d'un complot. Cette exception n'a toutefois jamais été invoquée au procès, de sorte que le juge du procès n'a même pas tenté de se conformer aux exigences strictes qu'elle comporte selon l'arrêt *Carter*, précité.

Je dois souligner que les déclarations d'intention ne sont pas automatiquement inadmissibles du seul fait qu'elles renvoient à des actes accomplis con-

179

180

181

p. 167 of his dissent, “[t]he controversy is not so much over whether such a statement can be admitted in evidence, but rather over the use to which it can be put”. Therefore statements of intention, which refer to intentions of persons other than the declarant, may be admissible if the trial judge clearly restricts their use to proving the declarant’s intentions, and if it is more probative than prejudicial.

182 McLachlin C.J. disagrees with the foregoing, particularly with the statement of L’Heureux-Dubé J. at para. 67 (with which I agree) that “[i]t is common cause that the ‘present intentions’ exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention”. McLachlin C.J., at para. 13, argues that she would “not state the matter so categorically” as “in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did”. In fact, no such blanket rule is being laid down in this case. Doherty J.’s statement on this point in *P. (R.)*, *supra*, at p. 344 (as mentioned by L’Heureux-Dubé J. at para. 67 of her reasons) correctly states the law:

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased’s stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred.

jointement. Comme le juge Twaddle l’a fait remarquer à la p. 167 de sa dissidence, [TRADUCTION] «[l]a controverse ne porte pas tant sur la question de savoir si une telle déclaration peut être admise en preuve, que sur l’utilisation qui peut en être faite». Par conséquent, les déclarations d’intention, qui renvoient aux intentions de personnes autres que le déclarant, peuvent être admissibles si le juge du procès en restreint clairement l’utilisation à la preuve des intentions du déclarant et si elles sont plus probantes que préjudiciables.

Le juge en chef McLachlin est en désaccord avec ce qui précède, en particulier avec l’affirmation (à laquelle je souscris) que le juge L’Heureux-Dubé fait au par. 67 de ses motifs, selon laquelle «[i]l est généralement reconnu que l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite de l’auteur de la déclaration». Le juge en chef McLachlin dit, au par. 13, qu’elle ne serait «pas aussi catégorique à ce propos» étant donné que «dans certaines circonstances, la déclaration d’intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d’autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait». En réalité, aucune règle générale de cette nature n’est établie en l’espèce. L’affirmation que le juge Doherty fait à ce sujet dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 344 (que le juge L’Heureux-Dubé mentionne au par. 67 de ses motifs), décrit bien la règle applicable:

[TRADUCTION] Les règles de preuve établies jusqu’à ce jour n’excluent pas la preuve des déclarations d’une personne décédée qui révèlent son état d’esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n’est pas admissible pour montrer l’état d’esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n’aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d’un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n’est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

This statement of the present intention exception was adopted by this Court in *Smith*, *supra*, at p. 927.

Where we disagree, however, is over the application of these principles in this case. McLachlin C.J., at para. 13, concludes that “Cook’s statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night”. In my opinion, this is an impermissible use of Cook’s statement for the reasons given above. The jury should have been explicitly warned that they could not rely on Cook’s statement to infer the appellant’s intentions.

McLachlin C.J. further concludes that the trial judge’s direction to the jury in this case provided a sufficient warning as to how Cook’s statement about the Autopac scam could legitimately be used, despite the fact that an express instruction on this point was not given. With respect, I also disagree. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. See *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695; *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), at pp. 398-400, *per* McLachlin J.A. (as she then was), dissenting; *McCormick on Evidence*, *supra*, vol. 1, at § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (looseleaf)), vol. 1, at p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at p. 110; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), at § 13; United States Federal Rule of Evidence 105. Aside from her cogent dissent in *D. (L.E.)*, *supra*, which was upheld on appeal, authority in support of my position comes

Notre Cour a adopté cet énoncé de l’exception des intentions existantes dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 927.

Notre désaccord concerne toutefois l’application de ces principes en l’espèce. Le juge en chef McLachlin conclut, au par. 13, que «la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s’est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là». À mon avis, cette utilisation de la déclaration de Cook est inacceptable pour les raisons exposées plus haut. Le jury aurait dû être prévenu expressément qu’il ne pourrait pas se servir de la déclaration de Cook pour déduire les intentions de l’appelant.

Le juge en chef McLachlin conclut, en outre, que la directive que le juge du procès a donnée au jury en l’espèce constituait une mise en garde suffisante quant à l’utilisation légitime qui pourrait être faite de la déclaration de Cook concernant la fraude de l’Autopac, même si aucune directive explicite sur ce point n’avait été donnée. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis non plus. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d’un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. Voir *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, à la p. 128; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), aux pp. 398 à 400, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dissidente; *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, vol. 1, au § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15^e éd. 2000), à la p. 110; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), à la p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), au § 13; règle 105 des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis. Outre sa dissidence convaincante dans l’arrêt *D. (L.E.)*, précité, qui a été confirmée en appel, les motifs que le juge McLachlin a rédigés

183

184

from the reasons of McLachlin J. in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38:

It has long been accepted that trial judges charging juries on out-of-court statements must instruct them on how they may use the statements — whether as evidence of the truth of their contents or for some other purpose, such as credit. In this case the trial judge did not do this. It may be that it was apparent to everyone in the courtroom that the subsequent statements were tendered on the issue of consistency, as the majority of the Court of Appeal suggests. Nevertheless, the usual rule requires this to be stated expressly. [Emphasis added.]

185

I can see no reason why hearsay statements about joint acts should be immune from this most sensible rule. Cook's statement, assuming its admissibility, may be used to show the intentions of the declarant only, not the intentions of the appellant. The jury should have been instructed as such. As McLachlin J. pointed out in *Rockey*, juries cannot be trusted to determine what are proper and improper uses of evidence; indeed, the entire law of evidence is premised on the notion that relevant, probative evidence should on occasion be kept from juries because of their potential inability to assess its weight properly.

186

In this appeal, the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of Cook's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the appellant's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal.

187

Finally, I would exclude Cook's statement as more prejudicial than probative. The trial judge did not make a finding on the issue of reliability. His focus was upon the impermissible inferences that the jury might draw from otherwise admissible hearsay, and he regarded the primary prejudice to

dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38, étaient mon point de vue:

Il est accepté depuis longtemps que le juge du procès qui donne aux jurés des directives relativement à des déclarations extrajudiciaires doit leur indiquer à quelles fins ils peuvent utiliser ces déclarations — soit comme preuve de la véracité de leur contenu soit à quelque autre fin, par exemple l'appréciation de la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. Il est possible qu'il ait été évident à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que les déclarations ultérieures étaient présentées relativement à la question de la cohérence, comme le suggère la Cour d'appel à la majorité. Néanmoins, suivant la règle habituelle, cette directive doit être donnée expressément. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi cette règle fort judiciaire ne devrait pas s'appliquer aux déclarations relatées portant sur des actes accomplis conjointement. En supposant qu'elle est admissible, la déclaration de Cook peut servir à établir les intentions du déclarant seulement et non celles de l'appelant. Le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Rockey*, on ne peut pas s'en remettre au jury pour ce qui est de déterminer quelles sont les bonnes et les mauvaises utilisations de la preuve; en fait, le droit de la preuve au complet repose sur l'idée qu'il y a parfois lieu de ne pas soumettre un élément de preuve pertinent et probant à l'appréciation des jurés en raison de leur incapacité potentielle d'en apprécier correctement le poids.

En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de Cook; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'appelant. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision.

Enfin, je suis d'avis d'écarter la déclaration de Cook pour le motif qu'elle est plus préjudiciable que probante. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion sur la question de la fiabilité. Il s'est concentré sur les déductions inacceptables que le jury pourrait faire à partir d'une preuve par

the appellant to be that the jury might infer that he was the type of person likely to commit insurance fraud. However, as noted above, this was not the primary source of prejudice.

The trial judge erred by not considering whether “the prejudicial effect of the *prohibited* use of the evidence [i.e., the appellant’s intentions] overbears its probative value on the *permitted* use [i.e., Cook’s intentions]”: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), at p. 281 (emphasis in original). The impermissible inferences that the jury might well have drawn from Cook’s statement are that the appellant was in the car that followed Cook, that the appellant was alone in the car (since Cook referred only to the appellant), and that the appellant went with Cook as part of a plan to lure Cook to a secluded area and kill him. These were the specific impermissible inferences that the jury might have drawn in this regard — indeed, they are inferences that the Crown specifically invited the jury to draw — quite apart from the inferences that they might have drawn regarding his general criminality. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that the prejudicial effect of the admission of Cook’s statement accordingly outweighed the statement’s probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-11, *per* McLachlin J.

I have concluded that Cook’s statement does not fall within the present intentions exception to the hearsay rule. Earlier, I recognized the conflict regarding the precise scope of this exception, and noted that the principled approach requires adopting Wigmore’s requirement that the statement not be made under circumstances of suspicion. I turn now to this question of the relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions.

ouï-dire par ailleurs admissible, et il a considéré que le principal préjudice que pourrait subir l’appelant était la possibilité que le jury déduise qu’il était le genre de personne susceptible de commettre une fraude en matière d’assurance. Toutefois, comme nous l’avons vu, ce n’était pas là la principale source de préjudice.

Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si [TRADUCTION] «l’effet préjudiciable de l’utilisation *interdite* de la preuve [c’est-à-dire les intentions de l’appelant] l’emporte sur sa valeur probante relative à l’utilisation *permise* [c’est-à-dire les intentions de Cook]»: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), à la p. 281 (en italique dans l’original). Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de Cook sont que l’appelant était dans l’automobile qui a suivi Cook, qu’il était seul dans cette automobile (puisque Cook n’a mentionné que l’appelant) et qu’il avait accompagné Cook dans le cadre d’un plan visant à attirer Cook dans un endroit retiré pour le tuer. Ce sont ces déductions inacceptables que le jury aurait pu faire à cet égard — en fait, ce sont les déductions que le ministère public a invité expressément le jury à faire — outre celles qu’il aurait pu faire au sujet de la délinquance générale de l’appelant. J’estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que l’effet préjudiciable de l’admission de la déclaration de Cook l’emportait donc sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 609 à 611, le juge McLachlin.

J’en suis arrivé à la conclusion que la déclaration de Cook ne relève pas de l’exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire. J’ai reconnu plus tôt l’existence d’un conflit au sujet de la portée précise de cette exception et j’ai souligné que la méthode fondée sur des principes commande l’adoption de l’exigence de Wigmore que la déclaration n’ait pas été faite dans des circonstances douteuses. Je vais maintenant aborder la question de la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

(c) *Admissibility of Cook's Statement to Giesbrecht Under the Principled Approach*(i) Why the Principled Approach Should Prevail*Previous Hearsay Jurisprudence*

190

Before turning to the question of whether Cook's statement to Giesbrecht might be admissible under the principled approach, I would like to offer some general observations on the relationship between the principled approach and the hearsay exceptions. Speaking for this Court in *Smith*, *supra*, at pp. 932-33, Lamer C.J. emphasized that the rules regarding hearsay admissibility in Canada were changed by the Court's decision in *Khan*, *supra*:

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. . . .

This Court's decision in *Khan*, therefore, signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.

Similarly, at p. 930, Lamer C.J. stated:

The decision of this Court in *Khan* . . . should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories.

191

In *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the Court suggested the need to reconsider the traditional hearsay exceptions in light of the principled approach established by *Khan* and *Smith*. Speaking

(c) *Admissibilité de la déclaration de Cook à Giesbrecht selon la méthode fondée sur des principes*(i) Les raisons pour lesquelles la méthode fondée sur des principes devrait l'emporter*La jurisprudence en matière de ouï-dire*

Avant d'aborder la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht pourrait être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, j'aimerais faire quelques observations générales sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du ouï-dire. S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 932 et 933, le juge en chef Lamer a souligné que les règles en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire au Canada avaient été modifiées par l'arrêt *Khan*, précité, de notre Cour:

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. . . .

L'arrêt *Khan* de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.

De même, à la p. 930, le juge en chef Lamer a affirmé:

L'arrêt *Khan* de notre Cour doit [. . .] être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux.

Dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, notre Cour a indiqué la nécessité de réexaminer les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire à la lumière de la méthode fondée sur des principes

for the majority of the Court, Lamer C.J. pointed to the illogical nature of some of the exceptions, and to the need for principled reform (at para. 20):

Briefly stated, *Khan* and *Smith* announced this Court's commitment to ensure that the rule against the admission of hearsay as evidence would be sufficiently flexible to adapt to new situations. The hearsay rule and its rigidly formulated exceptions had become a sometimes illogical and frequently confusing series of pigeon-hole categories. *Khan* and *Smith* examined the principles underlying the hearsay rule to ensure that new developments in the evidentiary treatment of hearsay would reflect those tenets. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 66, the majority of the Court emphasized:

In *Khan* and *Smith*, this Court signalled the beginning of a modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule. The Court rejected the traditional approach of the common law premised on rigid, categorical exceptions to the hearsay rule in favour of a more flexible approach which seeks to give effect to the underlying purposes of the rule. [Emphasis added.]

Up to the present, this Court's application of the principled approach to hearsay admissibility in practice has involved only expanding the scope of hearsay admissibility beyond the traditional exceptions. The focus of the Court's analysis and commentary has been upon the need to increase the flexibility of the existing exceptions, and not specifically upon the need to re-examine the exceptions themselves. However, this case requires that we examine an exception to the hearsay rule and determine its co-existence with the principled approach. As I will discuss further, to the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail.

établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Lamer a souligné l'illogisme de certaines exceptions et le besoin de réforme fondée sur des principes (au par. 20):

En bref, les arrêts *Khan* et *Smith* ont annoncé l'engagement de notre Cour de garantir que la règle interdisant l'admission du oui-dire comme preuve soit suffisamment souple pour s'adapter aux nouvelles situations. La règle du oui-dire et ses exceptions rigidelement formulées étaient devenues une série de catégories compartimentées, parfois illogique, qui créait souvent de la confusion. Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire ont été examinés pour veiller à ce que la nouvelle tendance dans le traitement réservé au oui-dire par le droit de la preuve reflète ces principes. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, au par. 66, notre Cour à la majorité a souligné:

Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, notre Cour a signalé le début d'une analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du oui-dire. Notre Cour a rejeté la méthode traditionnelle de la common law fondée sur des catégories d'exceptions rigides à la règle du oui-dire en faveur d'une méthode plus souple qui cherche à donner effet aux objets qui sous-tendent la règle. [Je souligne.]

Jusqu'à maintenant, l'application par notre Cour de la méthode fondée sur des principes en matière d'admissibilité de la preuve par oui-dire s'est limitée, en pratique, à élargir la portée de l'admissibilité de la preuve par oui-dire au-delà des exceptions traditionnelles. L'analyse et les observations de la Cour ont été axées sur la nécessité d'accroître la souplesse des exceptions existantes, et non pas particulièrement sur la nécessité de réexaminer les exceptions elles-mêmes. Toutefois, la présente affaire exige que nous examinions une exception à la règle du oui-dire et que nous nous prononçons sur sa coexistence avec la méthode fondée sur des principes. Comme je vais l'analyser davantage plus loin, dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter.

193

The applicability of the principled approach to the exclusion as well as inclusion of evidence is implicitly confirmed by *Khan* itself. At p. 543 of her reasons for a unanimous panel, McLachlin J. addressed recent developments in the law with respect to the testimony of child victims of sexual assault:

These developments underline the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse. In so far as they are tied to the exception to the hearsay rule of spontaneous declarations, however, they suffer from certain defects. There is no requirement that resort to the hearsay evidence be necessary. Even where the evidence of the child might easily be obtained without undue trauma, the Crown would be able to use hearsay evidence. Nor is there any requirement that the reliability of the evidence in the particular case be established; hence inherently unreliable evidence might be admitted. [Emphasis added.]

Thus the Court in *Khan* declined simply to enlarge the traditional exceptions because doing so might have allowed into evidence unnecessary or unreliable evidence, thereby falling afoul of the principled approach. It therefore makes little sense to say that the current exceptions need not meet the same standard.

194

In this light, it is noteworthy that several provincial courts of appeal have already begun a reconsideration of the appropriateness of relying upon the traditional hearsay exceptions. Several Courts of Appeal have suggested that “the traditional rules governing the admissibility of hearsay evidence are no longer controlling. Reliability and necessity are now the determining factors”: see, e.g., *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 39; and *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (Sask. C.A.), at p. 428, *per* Vancise J.A. (dissenting, but not on this point). However, even a relatively cursory review of lower court decisions reveals a wide range of approaches to the principled approach and its effect on existing exceptions. See *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (Que. C.A.), at pp. 242-43; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d)

L’applicabilité de la façon fondée sur des principes d’aborder l’exclusion ainsi que l’inclusion de la preuve est implicitement confirmée par l’arrêt *Khan* lui-même. À la page 543 des motifs qu’elle a rédigés au nom d’une formation unanime de la Cour, le juge McLachlin a abordé l’évolution récente du droit en ce qui concerne le témoignage des enfants victimes d’agression sexuelle:

Cette évolution fait ressortir la nécessité d’une plus grande souplesse dans l’interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l’admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d’autres personnes au sujet d’abus sexuels. Cependant, dans la mesure où elle est liée à l’exception de la règle du oui-dire en matière de déclarations spontanées, elle comporte certaines lacunes. Rien n’indique qu’il faille recourir à la preuve par oui-dire. Même lorsqu’il pourrait être facile d’obtenir le témoignage de l’enfant sans le traumatiser indûment, le ministère public pourrait utiliser la preuve par oui-dire. Rien n’exige non plus que la fiabilité du témoignage rendu dans l’affaire en question soit établie; d’où la possibilité qu’un témoignage qui en soi n’est pas digne de foi soit admis. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Khan*, notre Cour a donc simplement refusé d’élargir les exceptions traditionnelles parce que cela aurait pu permettre l’admission d’une preuve qui n’était ni nécessaire ni fiable, ce qui aurait contrevenu à la méthode fondée sur des principes. Il est donc peu logique d’affirmer que les exceptions actuelles n’ont pas à respecter la même norme.

À cet égard, il vaut la peine de souligner que plusieurs cours d’appel provinciales ont déjà entrepris un réexamen de l’opportunité d’invoquer les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Plusieurs cours d’appel ont affirmé que «les règles traditionnelles régissant l’admissibilité de la preuve par oui-dire ne sont plus déterminantes. La fiabilité et la nécessité sont maintenant les facteurs déterminants»: voir, par exemple, *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), à la p. 39, et *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Sask.), à la p. 428, le juge Vancise (dissident, mais non sur ce point). Toutefois, même un examen relativement superficiel des décisions des tribunaux d’instance inférieure révèle une grande variété de manières d’aborder la méthode fondée sur des principes et ses effets sur les exceptions existantes.

154 (Que. C.A.), at p. 177; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.); *Wepruk (Guardian ad litem of) v. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (B.C.C.A.); *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (B.C.C.A.); and *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (Ont. C.A.), at p. 551.

Commentators

Questions as to whether and how the traditional hearsay exceptions should be modified in light of the principled approach have also been discussed in the academic literature. Some commentators favour reforming the exceptions to make them an inherent aspect of a logical and coherent approach to hearsay admissibility based on reliability and necessity: see, e.g., M. Rosenberg, “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*” (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, “*Necessity and Reliability: What is the Impact of Khan on the Admissibility of Hearsay in Canada?*” (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, “*Dying Declarations Following Khan and Smith: Are They Necessarily Reliable?*”, in *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at pp. 166-70.

In “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*”, an article published before his appointment to the bench, Marc Rosenberg states that this Court’s decisions in *Khan*, *Smith*, and *B. (K.G.)* signify that “it must . . . be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability” (p. 71). Rosenberg explains, at pp. 80-81:

[T]he reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasona-

voir *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (C.A. Qué.), aux pp. 242 et 243; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), à la p. 298; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.); *Wepruk (Guardian ad litem of) c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (C.A.C.-B.); *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (C.A.C.-B.); et *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Ont.), à la p. 551.

La doctrine

La doctrine traite également des questions de savoir si et comment les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire doivent être modifiées à la lumière de la méthode fondée sur des principes. Certains commentateurs préconisent une réforme des exceptions pour les intégrer dans une façon logique et cohérente d’aborder l’admissibilité de la preuve par oui-dire en fonction des principes de fiabilité et de nécessité: voir, par exemple, M. Rosenberg, «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*» (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, «*Necessity and Reliability: What is the Impact of Khan on the Admissibility of Hearsay in Canada?*» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, «*Dying Declarations Following Khan and Smith: Are They Necessarily Reliable?*», dans *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), aux pp. 166 à 170.

Dans l’article intitulé «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*» qu’il a publié avant d’être nommé juge, Marc Rosenberg affirme que les arrêts de notre Cour *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)* signifient [TRADUCTION] «[qu’il] doit [. . .] être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception reconnue pour déterminer si elle est toujours justifiable en fonction de la nécessité et de la fiabilité» (p. 71). Rosenberg explique, aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] [L]a raison qui justifie l’existence d’une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l’expérience

195

196

ble in the 19th century may appear questionable in the late 20th century. As early as 1913 Hamilton L.J. in considering the exception for statements against pecuniary interest where the circumstantial guarantee of trustworthiness is said to lie in the fact that persons will not lie to their pecuniary disadvantage observed that as a reason for admitting hearsay this one was "sordid and unconvincing" noting that "Men lie for so many reasons and some for no reason at all; and some tell the truth without thinking about their pockets".

acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle. Dès 1913, en examinant l'exception applicable aux déclarations préjudiciables aux intérêts financiers de leur auteur, au sujet desquelles on prétend que la garantie circonstancielle de fiabilité réside dans le fait que les gens ne mentent pas au détriment de leurs intérêts financiers, le lord juge Hamilton a fait remarquer que, pour justifier l'admission du oui-dire, cette exception était «sordide et non convaincante», soulignant que «Des hommes mentent pour un certain nombre de raisons, et d'autres le font sans raison; de plus, certains disent la vérité sans penser à leurs poches».

197 Other writers have been less convinced of the benefits of altering the traditional hearsay exceptions. Their concerns have generally been focussed upon the harm that they suggest would result from the complete abolition of the exceptions, rather than upon the effects of a piecemeal reform of the exceptions to comply with the principled approach. See, e.g., P. B. Carter, "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

D'autres auteurs sont moins convaincus des avantages de modifier les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Leurs préoccupations sont généralement axées sur le tort qui, selon eux, résulterait de l'abolition complète de ces exceptions, plutôt que sur les effets d'une réforme à la pièce des exceptions qui vise à respecter la méthode fondée sur des principes. Voir, par exemple, P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

198 The concerns expressed in the academic commentary warrant careful consideration, and are of assistance in determining how best to rationalize the traditional exceptions in light of the underlying principles of the rule. In my view, there are two paramount reasons to reconsider the hearsay exceptions, namely: first, trial fairness and the integrity of the justice system; and second, the intellectual coherence of the law of hearsay.

Les préoccupations exprimées dans la doctrine méritent d'être examinées attentivement et sont utiles pour déterminer la meilleure manière de rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction des principes qui sous-tendent la règle. Selon moi, il y a deux raisons majeures de réexaminer les exceptions à la règle du oui-dire, à savoir, premièrement, l'équité du procès et l'intégrité du système de justice, et, deuxièmement, la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par oui-dire.

Why the Exceptions Must be Rationalized

Les raisons pour lesquelles les exceptions doivent être rationalisées

199 As I have already discussed, a fundamental concern with reliability lies at the heart of the hearsay rule. By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

Comme nous l'avons vu, une préoccupation fondamentale de fiabilité est au cœur de la règle du oui-dire. En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du oui-dire est une pierre angulaire d'un système de justice équitable.

In *Khan, Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. However, this concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the “fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted”: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, quoted in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception.

In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. It would seem anomalous to label an approach “principled” that applies only to the admission of evidence, not its exclusion. Rationalizing the hearsay exceptions into the principled approach shows that the former are simply specific manifestations of general principles, rather than the isolated “pigeon-holes” referred to in *U. (F.J.)*, *supra*, at para. 20.

The Continuing Importance of the Existing Exceptions

Having recognized the primacy of the principled approach, it is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions. While the exceptions may need to be reexamined in light of the principled approach, their complete abolition is not the answer. Rather, the exceptions continue to play an important role under the principled approach.

200 Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d’autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l’admission d’éléments de preuve par ouï-dire qui ne relevaient pas d’une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du ouï-dire. Cependant, cette préoccupation de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu’on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d’une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que «la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*»: *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, cité dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l’accusé, peu importe qu’elle se trouve ou non à relever d’une exception existante, cela compromettrait l’équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées.

201 En plus d’améliorer l’équité du procès, le fait d’adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Il semblait anormal de qualifier de «fondée sur des principes» la méthode qui ne s’applique qu’à l’admission de la preuve et non pas à son exclusion. La rationalisation des exceptions à la règle du ouï-dire en fonction de la méthode fondée sur des principes démontre que ces exceptions sont simplement des manifestations particulières de principes généraux, plutôt que les «catégories compartimentées» mentionnées dans l’arrêt *U. (F.J.)*, précité, au par. 20.

L’importance constante des exceptions existantes

202 Après avoir reconnu la primauté de la méthode fondée sur des principes, il est toutefois important qu’un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles. Bien qu’il puisse être nécessaire de réexaminer ces exceptions en fonction de la méthode fondée sur des principes, leur abolition totale n’est pas la solution. Au contraire, les exceptions continuent de

Our task therefore is to reconcile the traditional exceptions with the principled approach.

203

One important function that the hearsay exceptions have served has been to add predictability and certainty to the law of hearsay. In light of the exceptions, and regardless of how illogical or arbitrary they may be, litigants can be more or less certain when going into court of the types of issues that will be relevant in debating admissibility in a particular context, and of the likelihood that the evidence will indeed be admitted. This certainty has fostered greater efficiency in the use of court time both at trial and on appeal, and has facilitated the task of the too frequently overburdened trial judge who is called upon to rule on hearsay admissibility with speed and considerable regularity. As suggested by Rosenberg, *supra*, at p. 75, a complete abolition of the exceptions and their replacement by the principled approach standing alone would complicate the judicial task:

[I]t is unfair to simply leave the decision as to the admission of hearsay completely open-ended, leaving the trial judges without any analytical tool for determining what is reasonably necessary. To simply define the test in terms of reliability and necessity is just too vague to be of any practical use. With all its rigidity and anomalies a hearsay rule consisting of a broad rule of exclusion with certain well-defined exceptions was *relatively* easy to apply. Taking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability, while perhaps not inviting chaos, does make the role of the trial judge that much more difficult. [Emphasis in original.]

204

Second, in addition to serving the utilitarian goals of providing greater certainty and fostering judicial efficiency, the exceptions have served an explanatory or educative function, instructing litigants and judges about the relevant factors to consider in determining whether to admit a particular type of hearsay evidence, or whether to admit

jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il nous incombe donc de concilier les exceptions traditionnelles avec la méthode fondée sur des principes.

Les exceptions à la règle du oui-dire jouent un rôle important en conférant un élément de prévisibilité et de certitude au droit de la preuve par oui-dire. À la lumière de ces exceptions, quelque illogiques et arbitraires qu'elles puissent être, les parties peuvent être plus ou moins certaines, lorsqu'elles vont en cour, du genre de questions qui seront pertinentes pour débattre la question de l'admissibilité dans un contexte particulier et des chances que la preuve soit effectivement admise. Cette certitude a favorisé une plus grande efficacité dans l'utilisation du temps de la cour, tant au procès qu'en appel, et a facilité la tâche du juge du procès qui est trop souvent surchargé de travail et qui doit fréquemment prendre des décisions rapides en matière d'admissibilité de la preuve par oui-dire. Comme l'a indiqué Rosenberg, *loc. cit.*, à la p. 75, l'abolition totale des exceptions et leur remplacement par la seule méthode fondée sur des principes compliqueraient la tâche des tribunaux:

[TRADUCTION] [I] est injuste que l'on se contente de laisser entièrement libre la décision qui peut être prise en matière d'admission de la preuve par oui-dire et de priver ainsi le juge du procès de tout instrument d'analyse pour déterminer ce qui est raisonnablement nécessaire. Définir simplement le critère en termes de fiabilité et de nécessité est vraiment trop vague pour être de quelque utilité que ce soit sur le plan pratique. Malgré toute sa rigidité et ses anomalies, une règle du oui-dire consistant en une règle générale d'exclusion comportant certaines exceptions bien définies était *relativement* facile à appliquer. Même si cela n'ouvre peut-être pas la porte au chaos, le fait d'éliminer toutes les règles et de les remplacer par la nécessité et la fiabilité rend la tâche du juge du procès d'autant plus ardue. [En italique dans l'original.]

Deuxièmement, en plus de servir les objectifs utilitaires d'assurer une plus grande certitude et de favoriser l'efficacité des tribunaux, les exceptions remplissent une fonction explicative ou éducative, en informant les parties et les juges des facteurs qui doivent être examinés pour déterminer s'il y a lieu d'admettre un type particulier de preuve par

hearsay in a particular factual context. Different hearsay scenarios by their nature raise different reliability concerns, and different issues of necessity. The specific requirements of the individual exceptions have had the useful effect of focussing attention upon the peculiar factors that make it desirable, or undesirable, to admit a particular form of out-of-court statement. This should be no surprise given Lamer C.J.'s statement in *Smith, supra*, that the principled approach is "governed by the principles which underlie the [hearsay] rule and its exceptions alike" (p. 932). Since the principled approach is implicit in most of the exceptions, they are likely to be strong evidence of necessity and reliability.

It is true that there is guidance inherent in the principled approach itself, which directs a court to gauge whether a particular hearsay statement is reliable and whether its admission is necessary in the circumstances. However, the exceptions are more fact-specific and contextually sensitive. Properly modified to conform to the principled approach, the exceptions are practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form. Indeed, it is precisely to illustrate the form of analysis under the principled approach that must occur in a particular factual context that this Court in its recent cases has outlined carefully the type of inquiry that must occur when dealing with a particular type of hearsay, whether it be the testimony of a child witness (*Khan, supra*), a prior inconsistent statement (*B. (K.G.), supra*, and *U. (F.J.), supra*), or prior testimony (*Hawkins, supra*). Some commentators have suggested that the Court's recent hearsay jurisprudence may accordingly be seen as creating new hearsay exceptions to supplement the traditional exceptions: see, e.g., Carter, *supra*, at p. 579. Perhaps a more accurate characterization is to say that all of the hearsay "exceptions" should be seen simply as concrete examples of the practical

ouï-dire ou s'il y a lieu d'admettre un ouï-dire dans un contexte factuel particulier. De par leur nature, différents scénarios de ouï-dire soulèvent différentes préoccupations de fiabilité et différentes questions de nécessité. Les exigences précises de chaque exception ont eu pour effet utile d'attirer l'attention sur les facteurs particuliers qui font en sorte qu'il est ou n'est pas souhaitable d'admettre une forme particulière de déclaration extrajudiciaire. Il ne devrait pas être étonnant, compte tenu de la déclaration du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, que la méthode fondée sur des principes soit «régie par les principes qui sous-tendent la règle [du ouï-dire] ainsi que ses exceptions» (p. 932). Comme la méthode fondée sur des principes est implicite dans la plupart des exceptions, ces dernières sont susceptibles de constituer une preuve solide de nécessité et de fiabilité.

Il est vrai que la méthode fondée sur des principes elle-même contient des indications qui aident le tribunal à évaluer si une déclaration relatée particulière est fiable et si son admission est nécessaire dans les circonstances. Toutefois, les exceptions dépendent plus des faits et tiennent davantage compte du contexte. Si elles sont modifiées correctement de manière à être conformes à la méthode fondée sur des principes, les exceptions seront des manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes. En effet, c'est justement pour illustrer la forme d'analyse que la méthode fondée sur des principes commande dans un contexte factuel particulier que, dans ses récents arrêts, notre Cour a exposé soigneusement le genre d'examen qui doit être effectué lorsqu'il est question d'un type particulier de ouï-dire, qu'il s'agisse du témoignage d'un enfant (*Khan*, précité), d'une déclaration antérieure incompatible (*B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, précités), ou d'un témoignage antérieur (*Hawkins*, précité). Certains commentateurs ont indiqué que la jurisprudence récente de notre Cour en matière de ouï-dire peut donc être perçue comme créant de nouvelles exceptions à la règle du ouï-dire afin de compléter les exceptions traditionnelles: voir, par exemple, Carter, *loc. cit.*, à la p. 579. Une qualification plus juste pourrait consister à dire que toutes les «exceptions» à la règle du ouï-dire devraient être

application of the purpose and principles of the hearsay rule in a particular context.

206

A third important function played by the traditional hearsay exceptions is that they teach us about the historical and contemporary rationale for admitting certain forms of hearsay. It has quite properly been noted that some hearsay exceptions allow for the admission of evidence that is unreliable, unnecessary, or both. In the interest of fairness for the litigant against whom it is used, unreliable hearsay evidence should never be admitted. Apart from that, a review of the traditional exceptions reveals that there are reasons beyond “pure” necessity why a court might wish to admit reliable hearsay evidence. This point was addressed by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, at pp. 796-97, where he explained that the need to permit the admission of certain forms of hearsay can stem not only from the unavailability of the out-of-court declarant, but also from the quality of the evidence itself. Lamer C.J. cited Professor Wigmore’s explanation (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), at p. 253) that some hearsay evidence “may be such that we cannot expect, again, or at this time, to get *evidence of the same value* from the same or other sources” (emphasis in original). Such hearsay may be admitted, where appropriate, less on the basis of necessity and more on the basis of “expediency or convenience”. The traditional exceptions are useful, therefore, because they are instructive as to the types of situations that may produce hearsay that is the best evidence in the circumstances.

207

There are other important functions served by the traditional hearsay exceptions, but the issues I have referred to are sufficient to illustrate that it is neither desirable nor necessary to abolish these exceptions outright. The more appropriate approach is to seek to derive the benefits of certainty, efficiency, and guidance that the exceptions

simplement perçues comme des exemples concrets de l’application pratique de l’objet et des principes de la règle du oui-dire dans un contexte particulier.

La troisième fonction importante des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire consiste à nous enseigner la raison d’être historique et contemporaine de l’admission de certaines formes de preuve par oui-dire. On a eu parfaitement raison de souligner que certaines exceptions à la règle du oui-dire permettent l’admission d’une preuve qui n’est ni fiable ni nécessaire. Pour des raisons d’équité pour la partie contre qui elle est utilisée, une preuve par oui-dire qui n’est pas fiable ne devrait jamais être admise. À part cela, l’examen des exceptions traditionnelles révèle que des raisons autres que la «pure» nécessité sont susceptibles d’inciter un tribunal à admettre une preuve par oui-dire fiable. Le juge en chef Lamer a abordé cette question dans l’arrêt *B. (K.G.)*, aux pp. 796 et 797, où il a expliqué que la nécessité de permettre l’admission de certaines formes de preuve par oui-dire peut découler non seulement de la non-disponibilité de l’auteur de la déclaration extrajudiciaire, mais aussi de la qualité de la preuve elle-même. Le juge en chef Lamer a cité l’explication du professeur Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), à la p. 253), selon laquelle une preuve par oui-dire [TRADUCTION] «peut être telle qu’on ne peut pas s’attendre, de nouveau ou à ce moment-ci, à obtenir des mêmes sources ou d’autres sources *une preuve de même valeur*» (en italique dans l’original). Une telle preuve par oui-dire peut être admise, lorsqu’il convient de le faire, moins pour des raisons de nécessité que pour des raisons de «commodité». Les exceptions traditionnelles sont donc utiles, car elles renseignent sur les genres de situation qui peuvent faire en sorte qu’une preuve par oui-dire constitue la meilleure preuve dans les circonstances.

Les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire remplissent d’autres fonctions importantes, mais les questions que j’ai mentionnées sont suffisantes pour montrer qu’il n’est ni souhaitable ni nécessaire de les abolir totalement. La meilleure méthode consiste à tenter de tirer profit de la certitude, de l’efficacité et des indications offertes par

offer, while adding the benefits of fairness and logic that the principled approach provides. The task is to rid the exceptions of their arbitrary aspects, in order to avoid admitting hearsay evidence that should be excluded.

(ii) Is Cook's Statement to Giesbrecht Admissible Under the Principled Approach?

For much the same reasons why the statement did not meet the requirements for admissibility under the present intentions exception, I conclude that the statement is not admissible under the principled approach either. This should not be particularly surprising — as I have discussed above, the traditional exceptions are based on the concepts of reliability and necessity. While occasionally, as in *Khan, supra*, a statement not falling within an existing exception will be admissible under the principled approach, this will likely be the exception, not the rule.

The first requirement for admissibility under the principled approach is reliability. Given my conclusion above that Cook's statement was made under "circumstances of suspicion", it follows that the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. I conclude that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible under the principled approach. Since it does not fall under an existing exception either, for all the reasons given above, the courts below erred in admitting this evidence. There being no serious argument that the error was one that could be saved by the curative proviso, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appeal must be allowed.

les exceptions, tout en y ajoutant les avantages de l'équité et de la logique que fournit la méthode fondée sur des principes. Il s'agit de débarrasser les exceptions de leurs aspects arbitraires afin d'éviter l'admission d'une preuve par ouï-dire qui devrait être écartée.

(ii) La déclaration de Cook à Giesbrecht est-elle admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes?

Pour à peu près les mêmes raisons que celles pour lesquelles la déclaration ne remplit pas les conditions d'admissibilité de l'exception des intentions existantes, je conclus que la déclaration n'est pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cela ne devrait pas être particulièrement étonnant car, comme nous l'avons vu, les exceptions traditionnelles sont fondées sur les notions de fiabilité et de nécessité. Même s'il peut arriver, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Khan*, précité, qu'une déclaration qui ne relève pas d'une exception existante soit admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, ce sera vraisemblablement l'exception et non pas la règle.

La première condition d'admissibilité que comporte la méthode fondée sur des principes est la fiabilité. Étant donné que j'ai conclu plus haut que la déclaration de Cook a été faite dans des «circonstances douteuses», il s'ensuit que la déclaration n'était pas fiable. Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstancielles de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Je conclus que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, pour toutes les raisons exposées plus haut, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. En l'absence d'argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice qu'est le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le pourvoi doit être accueilli.

208

209

(d) *Revisiting the Hearsay Exceptions in Future Cases*

d) *Le réexamen des exceptions à la règle du oui-dire dans des affaires futures*

210 While the foregoing is perhaps sufficient to dispose of this appeal, the majority of the arguments both in the court below and before this Court focussed on the relationship between the principled approach and the traditional exceptions. Given this, and the substantial controversy among both lower courts and commentators regarding the appropriate relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions, I would like to offer some general remarks on this issue. I have no doubt that the lower courts will develop guidelines over time as circumstances warrant.

Même si ce qui précède peut-être suffisant pour trancher le présent pourvoi, la plupart des arguments avancés en Cour d'appel et devant notre Cour étaient axés sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles. Compte tenu de cela et de la controverse importante dans laquelle les cours d'instance inférieure et les auteurs sont engagés au sujet de la relation qui devrait exister entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, j'aimerais faire quelques observations générales à ce propos. Je n'ai aucun doute que les cours d'instance inférieure établiront des lignes directrices au fur et à mesure que les circonstances le justifieront.

211 I hope from the foregoing that it is clear that the existing exceptions are a long-standing and important aspect of our law of evidence. I am cognizant of their important role, and the need for caution in reforming them. Given their continuing importance, I would expect that in the clear majority of cases, the presence or absence of a traditional exception will be determinative of admissibility.

J'espère qu'il ressort nettement de ce qui précède que les exceptions existantes constituent depuis longtemps un aspect important de notre droit en matière de preuve. Je suis conscient de leur rôle important et de la nécessité de faire montre de prudence en les réformant. Compte tenu de leur importance constante, je m'attendrais à ce que, dans la plupart des cas, la présence ou l'absence d'une exception traditionnelle soit déterminante en matière d'admissibilité.

212 While *Khan, supra*, and its progeny have set out the approach for evidence falling outside a traditional exception, I would note that evidence falling within a traditional exception is presumptively admissible. These exceptions traditionally incorporate an inherent reliability component. For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in *Sopinka, Lederman and Bryant, supra*, at pp. 278-79:

Je souligne que, même si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont établi la façon d'aborder la preuve qui ne relève pas d'une exception traditionnelle, la preuve qui relève d'une telle exception est présumée admissible. Ces exceptions comportent traditionnellement un élément de fiabilité inhérent. Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par oui-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans *Sopinka, Lederman et Bryant, op. cit.*, aux pp. 278 et 279:

... a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial

[TRADUCTION] ... une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur parce que les dangers

because the dangers underlying hearsay evidence are absent. [Emphasis added.]

Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest.

All this being said, it is also clear that the logic of the principled approach demands that it must prevail in situations where it is in conflict with an existing exception. For example, had there been any doubt in this appeal whether the present intentions exception required that the statement not be made under circumstances of suspicion, the principled approach would require holding that it does now. Hearsay evidence may only be admitted if it is necessary and reliable, and the traditional exceptions should be interpreted in a manner consistent with this requirement.

In some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, I wish to emphasize that these cases will no doubt be unusual, and that the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins, supra*, at p. 1084.

que comporte la preuve par ouï-dire ne se posent pas. [Je souligne.]

D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par ouï-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstanciées de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur.

Ceci étant dit, il est également clair que la logique de la méthode fondée sur des principes exige que cette méthode l'emporte dans les cas où elle entre en conflit avec une exception existante. Par exemple, s'il y avait eu un doute dans le présent pourvoi quant à savoir si l'exception des intentions existantes exigeait que la déclaration n'ait pas été faite dans des circonstances douteuses, la méthode fondée sur des principes obligerait à conclure qu'elle l'exige maintenant. La preuve par ouï-dire ne peut être admise que si elle est nécessaire et fiable, et les exceptions traditionnelles doivent être interprétées d'une manière conforme à cette exigence.

Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Je tiens toutefois à souligner que ces cas seront certes inhabituels et que la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par voir-dire ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'ad-

213

214

215

Again, it is not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide circumstantial guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan, supra*; *Smith, supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins, supra*; *U. (F.J.), supra*; *B. (K.G.), supra*).

216

And indeed, lower courts have recognized that the absence of a motive to lie is a relevant factor in admitting evidence under the principled approach: see *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.); *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (B.C.C.A.); *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; see also B. P. Archibald, "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, at p. 34. Conversely, the presence of a motive to lie may be grounds for exclusion of evidence under the principled approach. Put another way, it is the role of the trial judge to determine threshold reliability by satisfying him- or herself that notwithstanding the absence of the declarant for cross-examination purposes, the statement possesses sufficient elements of reliability that it should be passed on to be considered by the trier of fact.

217

At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In

missibilité: voir *Hawkins*, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influencer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties circonstancielles de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins*, *U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

En réalité, les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que l'absence de raison de mentir était un facteur pertinent pour admettre un élément de preuve en vertu de la méthode fondée sur des principes: voir *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.); *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (C.A.C.-B.); *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; voir également B. P. Archibald, «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, à la p. 34. À l'inverse, la présence d'une raison de mentir peut être un motif d'exclusion en vertu de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, il appartient au juge du procès de fixer le seuil de fiabilité en s'assurant que, malgré l'absence du déclarant pour fins de contre-interrogatoire, la déclaration comporte suffisamment d'éléments de fiabilité pour être soumise à l'appréciation du juge des faits.

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12

summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability.

(4) Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

The analysis of Cheryl Ball's identification evidence proceeds in much the same way as the foregoing analysis of Cook's statement to Giesbrecht. I conclude that the statement is hearsay, and that it does not fall within an existing exception. Since I also conclude that the evidence was inadmissible under the principled approach, it follows that the trial judge erred in admitting the evidence.

Again I will assume for the purposes of analysis the veracity of the testimony of Constables Madden and MacLeod at trial. They testified that Cheryl Ball identified the appellant as being a man she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station on the night of the murders, and, according to Madden, as the man who was also "probably driving the other car". It is clear that these statements are hearsay and so are inadmissible unless reliable and necessary, because the Crown sought to use the statements to show that the appellant was present at the Mohawk station, thus creating an inference that he had followed them from the station and was driving the smaller car Cheryl Ball saw when she left Cook and Weselowski in St. Norbert. The issue before the trial judge was whether the evidence was admissible pursuant to the "prior identification" exception to the hearsay rule. The trial judge found that the exception did apply.

O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par ouï-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint.

(4) Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

L'analyse de la preuve d'identification fournie par Cheryl Ball s'effectue à peu près de la même manière que l'analyse précédente de la déclaration de Cook à Giesbrecht. Je conclus que la déclaration est du ouï-dire et qu'elle ne relève pas d'une exception existante. Étant donné que je conclus également que cet élément de preuve était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en l'admettant.

Là encore, je vais tenir pour avéré, aux fins de l'analyse, le témoignage des agents Madden et MacLeod au procès. Ils ont témoigné que Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk la nuit des meurtres et, selon Madden, comme étant aussi l'homme qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». Ces déclarations constituent manifestement du ouï-dire et sont donc inadmissibles, à moins qu'elles ne soient fiables et nécessaires, parce que le ministère public a cherché à les utiliser pour démontrer que l'appelant se trouvait à la station-service Mohawk, d'où la déduction qu'il les avait suivis à partir de cet endroit et qu'il conduisait la petite automobile que Cheryl Ball avait aperçue lorsqu'elle avait quitté Cook et Weselowski à St. Norbert. La question dont le juge du procès était saisi était de savoir si cette preuve était admissible en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» à la règle du ouï-dire. Le juge du procès a conclu que l'exception s'appliquait effectivement.

218

219

220

It is not necessary in this case to review the entirety of the “prior identification” exception to the hearsay rule. The narrow issue before this Court is whether hearsay evidence of an out-of-court identification by a trial witness is admissible where the witness does not testify at trial that she made the identification. On the particular facts of this appeal, Cheryl Ball testified at trial that she told police that one of the men in the photographs she was shown on August 23, 1994 “look[ed] kind of familiar”, but she did not testify that she had seen the person at the Mohawk gas station or at the wheel of the car that followed Weselowski’s station wagon to St. Norbert.

221

The scope of the “prior identification” exception to the hearsay rule was recently thoroughly canvassed in the lucid reasons of Doherty J.A. in *Tat*, *supra*. As Doherty J.A. sets out, there are two situations in which out-of-court statements of identification may be admitted for the truth of their contents. First, “prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial” (pp. 497-98). Second, such statements are admissible “where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification” (p. 500). In the latter circumstance, Doherty J.A. explained, “the identifying witness may testify to what he or she said or did on those earlier occasions and those who heard the description given by the witness or witnessed the identification made by the witness may give evidence of what the witness said or did” (*ibid.*).

222

In the present case, only the second branch of the “prior identification” exception could possibly be applicable to permit the admission of the police testimony under the exception, because Ball did not identify the appellant in court. However, in my opinion, the requirements of this second branch are

En l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner au complet l’exception de l’«identification antérieure» à la règle du oui-dire. La question précise dont notre Cour est saisie est de savoir si la preuve par oui-dire d’une identification extrajudiciaire par un témoin au procès est admissible lorsque ce dernier n’affirme pas au procès qu’il a fait cette identification. D’après les faits du présent pourvoi, Cheryl Ball a témoigné au procès qu’elle avait déclaré à la police que l’un des hommes figurant sur les photographies qui lui avaient été montrées le 23 août 1994 lui [TRADUCTION] «di[sait] quelque chose», mais elle n’a pas affirmé avoir aperçu cette personne à la station-service Mohawk ou au volant de l’automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu’à St. Norbert.

La portée de l’exception de l’«identification antérieure» à la règle du oui-dire a récemment été examinée en profondeur dans les motifs clairs du juge Doherty dans l’arrêt *Tat*, précité. Comme le juge Doherty l’explique, il existe deux situations où les déclarations d’identification extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu. En premier lieu, [TRADUCTION] «les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l’accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l’identification identifie l’accusé au procès» (pp. 497 et 498). En deuxième lieu, ces déclarations sont admissibles [TRADUCTION] «lorsque le témoin auteur de l’identification est incapable d’identifier l’accusé au procès, mais peut affirmer qu’il a déjà fourni une description ou une identification exacte» (p. 500). Dans ce dernier cas, comme le juge Doherty l’a expliqué, [TRADUCTION] «le témoin auteur de l’identification peut déposer au sujet de ce qu’il a dit ou fait à ces occasions, et ceux qui ont entendu la description fournie par ce témoin ou qui ont été témoins de l’identification qu’il a faite peuvent déposer au sujet de ce que ce témoin a dit ou fait» (*ibid.*).

Dans la présente affaire, seul le deuxième volet de l’exception de l’«identification antérieure» aurait pu s’appliquer pour permettre l’admission du témoignage des policiers en vertu de l’exception, car Ball n’a pas identifié l’appelant en cour. J’estime toutefois que, dans les circonstances, il

not satisfied in the circumstances. Ball did not testify that she could not remember whether the appellant was the person whom she identified. She was not asked to compare the appellant with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Even aside from this point, the police evidence went far beyond the scope of the “prior identification” exception. Part of the rationale underlying the second branch of the exception is that the testimony that is being admitted to complement the testimony of the identifying witness does not truly constitute hearsay. If the witness can at least testify that at some point she made an accurate identification, then a police officer’s testimony that he or she observed the identifying witness in the act of identification is original evidence that the identifying witness did indeed select a particular person, and that that person is the accused. However, for this rationale to apply, the identifying witness must confirm that the person he or she identified in the police officer’s presence was the person who committed an act that is relevant in the immediate proceedings. The testimony of the identifying witness may thus have its own hearsay component, but this issue is beyond the scope of this appeal: see H. Stewart, “Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*” (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61. The point is that the officer’s testimony should merely state who the witness identified, once the witness has already testified to the identification itself, and why the identification is relevant to the case.

The evidence provided by Constables Madden and MacLeod went beyond simply asserting that Cheryl Ball identified the accused on August 23, 1994. Their testimony provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. Of particular importance, as already mentioned, Cheryl Ball did not testify that the person she pointed to in the photo line-up as being “familiar” was present at the Mohawk gas station or in the car

n’a pas été satisfait aux exigences de ce deuxième volet. Ball n’a pas témoigné qu’elle était incapable de se rappeler si l’appelant était la personne qu’elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l’appelant à la personne qu’elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l’application du deuxième volet de l’exception traditionnelle n’existait pas. Même en faisant abstraction de ce fait, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l’exception de l’«identification antérieure». Une partie du raisonnement qui sous-tend le deuxième volet de l’exception veut que le témoignage qui est admis pour compléter celui du témoin auteur de l’identification ne constitue pas vraiment du oui-dire. Si le témoin peut au moins affirmer qu’à un moment donné il a fait une identification exacte, le témoignage dans lequel un policier affirme l’avoir vu procéder à l’identification constitue alors une preuve originale que le témoin auteur de l’identification a vraiment désigné une personne en particulier et que cette personne est l’accusé. Cependant, pour que ce raisonnement s’applique, le témoin auteur de l’identification doit confirmer que la personne qu’il a identifiée en présence du policier est la personne qui a commis un acte pertinent dans le cadre de l’instance en cause. La déposition du témoin auteur de l’identification peut donc avoir sa propre composante de oui-dire, mais cette question excède la portée du présent pourvoi: voir H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61. Il reste qu’une fois que le témoin a déposé quant à l’identification elle-même, le témoignage du policier devrait simplement indiquer la personne identifiée par le témoin et la raison pour laquelle l’identification est pertinente en l’espèce.

Dans leur témoignage, les agents Madden et MacLeod ne se sont pas contentés d’affirmer que Cheryl Ball avait identifié l’accusé le 23 août 1994. Leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l’identification. Fait particulièrement important, comme nous l’avons vu, Cheryl Ball n’a pas témoigné que la personne qu’elle avait décrite, lors de la séance d’identification par photos, comme «lui disant quelque chose» se trouvait

that followed the Weselowski station wagon to St. Norbert. All of the links between the act of identification and the reasons for the identification were provided by Constables Madden and MacLeod. As Doherty J.A. emphasized in *Tat*, the evidence explaining why the identifying witness identified the accused must come from the identifying witness himself or herself. In his words, at p. 505: “Absent some evidence connecting the person identified at the line-up to the crime, I fail to see how identification at the line-up has any relevance to the issue of identity”. Similar comments were made by Twaddle J.A. below, who stated (at p. 175) that “[w]here the identifying witness is unable to recall the prior identification, the situation is the same as if he or she has not testified. In that scenario, the trier of fact is left with the bald assertion of the recipient as to the person identified without the ability to cross-examine the eyewitness on the actual identification”. It follows that the trial judge erred in admitting the police evidence regarding Ball’s out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule.

224 The next question, following *Khan, supra*, and *Smith, supra*, is whether the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod is nonetheless admissible under the principled approach to hearsay admissibility. Parenthetically, I should mention that since the “prior identification” exception is not directly brought into play on these facts, I leave to another day the question of whether the exception requires revisiting in order to conform to the principled approach.

225 In my view, the police testimony was equally inadmissible under the principled approach. First of all, quite simply, the police hearsay was not

à la station-service Mohawk ou dans l’automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu’à St. Norbert. Tous les liens entre l’acte d’identification et les raisons de l’identification ont été fournis par les agents Madden et MacLeod. Comme le juge Doherty l’a souligné dans l’arrêt *Tat*, la preuve qui explique pourquoi le témoin auteur de l’identification a identifié l’accusé doit émaner du témoin auteur de l’identification lui-même. Pour reprendre ses propos, à la p. 505: [TRADUCTION] «En l’absence de preuve reliant au crime la personne identifiée lors de la séance d’identification, je ne vois pas en quoi l’identification lors de la séance d’identification est pertinente à l’égard de la question de l’identité». Le juge Twaddle de la Cour d’appel a fait des observations similaires lorsqu’il a dit, à la p. 175, que [TRADUCTION] «[l]orsque le témoin auteur de l’identification est incapable de se souvenir de l’identification antérieure, la situation est la même que s’il n’avait pas témoigné. Dans ce cas, le juge des faits ne dispose, au sujet de la personne identifiée, que de la simple affirmation de la personne à qui l’identification a été faite, sans qu’il y ait possibilité de contre-interroger le témoin oculaire sur l’identification elle-même». Il s’ensuit que le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du oui-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l’identification extrajudiciaire par Ball.

Selon les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il s’agit ensuite de savoir si la preuve par oui-dire des agents Madden et MacLeod est néanmoins admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d’aborder l’admissibilité de la preuve par oui-dire. J’ouvre une parenthèse pour mentionner qu’étant donné que l’exception de l’«identification antérieure» n’entre pas directement en jeu d’après les faits de la présente affaire, je reporte à une autre occasion le soin de répondre à la question de savoir si l’exception a besoin d’être réexaminée afin d’en assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

Je suis d’avis que le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. D’abord, le oui-dire des

necessary. Cheryl Ball was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on point. That the Crown chose not to do so is a question of tactics, not a basis for admitting hearsay evidence to fill the gap. Moreover, there are strong indications that Cheryl Ball's identification was unreliable, even if one accepts the evidence of Constables Madden and MacLeod that Ball told them she saw a man in a car talking to Cook at the Mohawk gas station. According to Madden's testimony, Ball described the person she saw speaking to Cook as having had short hair in a ponytail, glasses, and no goatee. The black-and-white photocopied photograph that she pointed to as looking "familiar" showed the appellant with long hair and a goatee, with no ponytail and no glasses. Moreover, Madden testified that the appellant had never worn glasses. This inconsistency in the identification clearly does not meet the threshold of reliability. It is quite clear that the Constables' testimony should not have been admitted at trial.

Before this Court as in the court below, the Crown argued that, even if the trial judge erred in admitting hearsay evidence regarding Ball's out-of-court identification, any prejudice that might otherwise have been suffered by the appellant as a result was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. The trial judge's instruction on this point was as follows:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name

policiers n'était tout simplement pas nécessaire. Cheryl Ball a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Le fait que le ministère public ait décidé de ne pas le faire est une question de stratégie et non pas une raison d'admettre une preuve par oui-dire en vue de combler cette lacune. En outre, il y a de solides indices que l'identification faite par Cheryl Ball n'était pas fiable, même si on accepte le témoignage des agents Madden et MacLeod voulant que Ball leur ait dit qu'elle avait vu un homme, dans une automobile, parler à Cook à la station-service Mohawk. Selon le témoignage de Madden, Ball a dit que la personne qu'elle avait vu parler à Cook avait les cheveux courts attachés en queue de cheval et portait des lunettes, mais n'avait pas de barbiche. La photographie qu'elle a choisie parce qu'elle lui «disait quelque chose» était une photocopie en noir et blanc qui montrait l'appellant avec les cheveux longs et une barbiche, sans queue de cheval ni lunettes. De plus, Madden a témoigné que l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. Cette contradiction dans l'identification ne satisfait manifestement pas au critère du seuil de fiabilité. Il est très clair que le témoignage des agents n'aurait pas dû être admis au procès.

Devant notre Cour comme devant la Cour d'appel, le ministère public a prétendu que, même si le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve par oui-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Ball, la mise en garde qu'il avait faite au jury avait remédié au préjudice que cette admission aurait par ailleurs causé à l'appellant. La directive du juge du procès à ce propos était la suivante:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la descrip-

and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

227 The majority in the Court of Appeal was of the view that the above instruction effectively negated any harm that the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod might have caused. In particular, the majority found that the evidence was relatively insignificant in the larger context of the case, because, in its words, “[t]his was not a case that turned on the issue of identification” (p. 159).

228 With respect, I disagree with the Court of Appeal’s assessment of the harm that may have been caused by the admission of the out-of-court identification evidence. Constable Madden testified that Cheryl Ball had stated that the appellant “was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car” (emphasis added). It is true that Jodie Giesbrecht’s testimony had also put the appellant at the Mohawk station. However, according to Constable Madden, Cheryl Ball identified the appellant not only as being at the Mohawk station, but also as someone who “was probably driving the other car”. The use of a conjunctive “and” indicates that there were two distinct elements to this testimony — namely, being at the Mohawk station, and “probably” being in the other car. The jury could easily have taken the reference to the “other car” to refer not to the appellant’s presence at the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive.

229 While admittedly the jury could also have taken the “other car” testimony to refer to the appellant’s

tion de l’homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu’il est révélateur qu’elle n’ait pas désigné Starr par son nom en cour, et qu’on ne lui ait pas demandé d’identifier l’accusé Starr au banc des accusés, et qu’elle ne l’ait pas fait non plus, comme étant l’homme qu’elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d’identification de M^{me} Ball est, le moins qu’on puisse dire, extrêmement fragile, et j’exprimerais l’opinion qu’elle ne relie l’accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

La Cour d’appel à la majorité était d’avis que la directive susmentionnée avait effectivement éliminé tout préjudice que pouvait avoir causé la preuve par oui-dire des agents Madden et MacLeod. Les juges majoritaires ont notamment conclu que la preuve était relativement négligeable dans le contexte général de l’affaire, car, d’après eux, [TRADUCTION] «[l]’affaire ne dépendait pas de la question de l’identification» (p. 159).

En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec l’évaluation que la Cour d’appel a faite du préjudice que peut avoir causé l’admission de la preuve d’identification extrajudiciaire. L’agent Madden a témoigné que Cheryl Ball avait dit que l’appellant [TRADUCTION] «était la personne qu’elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu’il conduisait probablement l’autre automobile» (je souligne). Il est vrai que, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht avait également situé l’appellant à la station-service Mohawk. Toutefois, selon l’agent Madden, Cheryl Ball a non seulement dit que l’appellant était à la station-service Mohawk, mais aussi qu’il «conduisait probablement l’autre automobile». L’utilisation de la conjonction «et» indique que ce témoignage comportait deux éléments distincts — à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l’autre automobile. Le jury aurait pu facilement considérer que la mention de l’«autre automobile» visait non pas la présence de l’appellant à la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants.

Même si le jury avait certes pu également considérer que le témoignage concernant l’«autre auto-

presence at the Mohawk station, certainly both interpretations are possible. The former interpretation would have placed the appellant at the last place the deceased were seen alive and provided a crucial gap in the prosecution's case. While Cheryl Ball clearly stated at trial that she did not see who was in the other car she saw at St. Norbert, the entire problem with the Constables' testimony is that they went far beyond what Cheryl Ball herself said at trial. Having offered the evidence, the respondent is now hard pressed to argue the jury would have undoubtedly disregarded it. Thus, even if, as the trial judge cautioned, the identification evidence had little weight, there remained the problem of the serious prejudice that may have been caused to the appellant by its admission. A crucial aspect of the defence theory in this case is that some unknown other person may have been involved in the murders. By potentially putting the appellant with the victims in St. Norbert, the identification evidence could have gone a long way to assuaging the jury's concerns about the non-existence of such other persons. The cautionary instruction was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

B. Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt

(1) The Decisions in *Lifchus* and *Bisson*

In its decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, this Court has recently addressed the appropriate manner of instructing a jury on the nature of the criminal standard of proof. Cory J., writing for the full Court in *Lifchus*, held that it is essential for jurors to be instructed that the term "beyond a reasonable doubt" has a special meaning in a criminal trial. He explained that an appropriate jury instruction on reasonable doubt is a fundamental component of a fair trial, because a jury might otherwise convict the innocent by finding guilt on the basis of

mobile» concernait la présence de l'appelant à la station-service Mohawk, les deux interprétations sont sûrement possibles. La première interprétation aurait situé l'appelant à l'endroit où les victimes ont été aperçues vivantes pour la dernière fois et aurait créé une lacune décisive dans la preuve de la poursuite. Bien que Cheryl Ball ait clairement affirmé au procès qu'elle n'avait pas vu qui était dans l'autre automobile qu'elle avait aperçue à St. Norbert, le problème que pose le témoignage des agents réside exclusivement dans le fait que ces derniers sont allés beaucoup plus loin que ce que Cheryl Ball a dit elle-même au procès. L'intimée, qui a présenté la preuve, peut maintenant difficilement faire valoir que le jury n'en aurait sûrement pas tenu compte. Par conséquent, même si, comme le juge du procès en a fait la mise en garde, la preuve d'identification avait peu de poids, il y avait toujours le problème du préjudice grave que son admission avait pu causer à l'appelant. Un aspect crucial de la thèse de la défense dans la présente affaire est la possibilité qu'une autre personne inconnue ait été impliquée dans les meurtres. Parce qu'elle soulève la possibilité que l'appelant se soit trouvé avec les victimes à St. Norbert, la preuve d'identification aurait pu contribuer grandement à dissiper les préoccupations du jury au sujet de l'absence de telles autres personnes. La mise en garde était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

B. Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable

(1) Les arrêts *Lifchus* et *Bisson*

Dans ses arrêts *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, notre Cour a récemment abordé la façon dont il convient de donner des directives à un jury sur la nature de la norme de preuve en matière criminelle. Le juge Cory a statué au nom de notre Cour au complet, dans *Lifchus*, qu'il est essentiel que les jurés reçoivent la directive que l'expression «hors de tout doute raisonnable» a un sens particulier dans un procès criminel. Il a expliqué qu'une directive appropriée au jury sur le doute raisonnable est un élément fondamental d'un procès équitable parce qu'un jury pourrait

mere probability, rather than on the basis of proof to a near certainty as is required in criminal proceedings. In his words, at para. 14:

No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect the trial must be lacking in fairness. It is true the term has come echoing down the centuries in words of deceptive simplicity. Yet jurors must appreciate their meaning and significance. They must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof based upon a balance of probabilities yet less than proof to an absolute certainty. [Emphasis added.]

231

In *Lifchus*, Cory J. held that there are certain essential elements that should be included in any effective jury charge on reasonable doubt, as well as several instructions that would generally lessen or impair the effectiveness of such a charge. Cory J. summarized the essential elements in the following terms, at para. 36:

It should be explained that:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;
- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and
- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit. [Emphasis in original.]

autrement condamner un innocent en concluant à sa culpabilité sur la base d'une simple probabilité, plutôt qu'à la lumière de la preuve correspondant à une quasi-certitude qui est requise en matière criminelle. Il s'est exprimé ainsi, au par. 14:

Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point, le procès ne peut que manquer d'équité. Il est vrai que l'expression s'est transmise au cours des siècles dans des mots d'une simplicité trompeuse. Il n'en demeure pas moins que les jurés doivent en comprendre le sens et l'importance. Ils doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils, qui est fondée sur la prépondérance des probabilités, elle n'exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue. [Je souligne.]

Dans *Lifchus*, le juge Cory a conclu que, pour être efficace, tout exposé au jury sur le doute raisonnable devait comporter certains éléments essentiels, et que plusieurs directives sont généralement de nature à amoindrir ou à annuler l'efficacité d'un tel exposé. Le juge Cory a résumé les éléments essentiels de la façon suivante, au par. 36:

Les explications suivantes devraient être données:

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;
- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;
- la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;
- il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Cory J. also summarized, at para. 37, certain references to the required standard of proof that should be avoided:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;
- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
- equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
- qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
- instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”.

Cory J. stressed that the precise wording of any given jury charge on reasonable doubt will not necessarily be determinative of its effectiveness at transmitting the meaning of the term, and so at securing the fairness of the accused’s trial. A charge must be examined in its entirety to determine whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained. The question in every case in which a trial judge’s instructions on reasonable doubt are impugned is whether there is a reasonable likelihood that the jury was under a misapprehension as to the correct standard of proof to apply. If the charge, when read as a whole, could not have placed the jury under a misapprehension as to the correct standard of proof, then the jury verdict should not be disturbed: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758. However, in Cory J.’s words in *Lifchus*, at para. 41: “if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed”.

Le juge Cory a également résumé, au par. 37, certaines mentions qui doivent être évitées au sujet de la norme de preuve requise:

- le fait de décrire l’expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n’a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d’inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu’ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d’assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
- le fait de qualifier le mot «doute» par d’autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable».

Le juge Cory a souligné que l’efficacité d’un exposé au jury sur le doute raisonnable, pour ce qui est de communiquer le sens de cette expression et d’assurer ainsi l’équité du procès de l’accusé, ne dépendra pas nécessairement de la formulation précise de cet exposé. L’exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués. La question qui se pose dans chaque affaire où les directives du juge du procès sur le doute raisonnable sont contestées est de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si, considéré dans son ensemble, l’exposé n’est pas susceptible d’avoir induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable, il n’y a alors pas lieu de modifier le verdict du jury: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758. Toutefois, comme l’a expliqué le juge Cory dans l’arrêt *Lifchus*, au par. 41: «si l’exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné».

234

In both *Lifchus, supra*, and *Bisson, supra*, this Court held that the reasonable doubt instruction provided to the jury in the particular cases created a reasonable likelihood of a misapprehension of the standard of proof. In *Lifchus*, the trial judge instructed the jury on reasonable doubt by referring to the ordinary everyday meaning of the phrase.

235

In finding that the trial judge's instruction constituted an error in law justifying a new trial, Cory J. explained that the instruction contained two central flaws. First, it did not provide a definition of "reasonable doubt". Second, it described the words "reasonable doubt" as "ordinary, every day words" with no specific meaning in the context of a criminal trial. Cory J. found that these errors were not cured when the jury charge was viewed as a whole, even though the charge was, in all other respects, "a model of clarity and conciseness" (para. 44).

236

The trial judge in *Bisson, supra*, explained to the jury that proof to an absolute certainty was not required, and that a reasonable doubt was something more than simply a frivolous, capricious, or imaginary doubt. He then drew an analogy between the standard of proof beyond a reasonable doubt and the standard of proof used in everyday activities such as checking the oil in one's car, emphasizing at some length that there was no distinction between the two standards. Writing for the Court, Cory J. explained that a trial judge should avoid providing examples from daily life of what may constitute a reasonable doubt, for two key reasons. First, everyday examples are problematic because, almost invariably, they involve the application of a standard of probability rather than one of proof beyond a reasonable doubt. Second, examples tend to be applied subjectively, depending upon the degree of care taken by different jurors prior to making everyday decisions, whereas

Tant dans l'arrêt *Lifchus*, précité, que dans l'arrêt *Bisson*, précité, notre Cour a conclu que la directive sur le doute raisonnable qui avait été donnée au jury créait une probabilité raisonnable de méprise quant à la norme de preuve applicable. Dans *Lifchus*, le juge du procès avait donné une directive au jury sur le doute raisonnable en mentionnant le sens ordinaire de tous les jours de cette expression.

En concluant que la directive du juge du procès constituait une erreur de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès, le juge Cory a expliqué que cette directive comportait deux lacunes majeures. Premièrement, elle ne donnait aucune définition du «doute raisonnable». Deuxièmement, les mots «doute raisonnable» y étaient décrits comme étant «des mots ordinaires, de tous les jours» qui n'ont aucun sens particulier dans le contexte d'un procès criminel. Le juge Cory a conclu que, considéré dans son ensemble, l'exposé au jury ne remédiait pas à ces erreurs même s'il était, à tout autre égard, «un modèle de clarté et de concision» (par. 44).

Dans l'arrêt *Bisson*, précité, le juge du procès a expliqué au jury qu'une preuve correspondant à la certitude absolue n'était pas requise et qu'un doute raisonnable était plus qu'un simple doute frivole, arbitraire ou imaginaire. Il a ensuite fait une analogie entre la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et la norme de preuve qui est utilisée dans les activités de tous les jours, comme la vérification du niveau d'huile d'une automobile, en soulignant à un certain nombre de reprises qu'il n'y avait aucune différence entre les deux normes. Le juge Cory a expliqué, au nom de notre Cour, que le juge du procès devrait éviter de s'inspirer de la vie quotidienne pour illustrer ce qui peut constituer un doute raisonnable, et ce, pour deux raisons fondamentales. Premièrement, les exemples tirés de la vie de tous les jours posent un problème parce qu'ils comportent presque toujours l'application d'une norme de probabilité plutôt que celle d'une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, ces exemples tendent à être appliqués de façon subjective, selon la diligence dont font preuve les différents jurés avant de pren-

the reasonable doubt standard is a single, objective, and exacting standard of proof.

Before turning to examine the charge to the jury in the present appeal, I would like to emphasize that in *Lifchus* and *Bisson*, we set out to improve the existing standard for instructions on reasonable doubt. This was not intended to suggest that a new trial is warranted for all previous convictions obtained following jury charges that were not in strict compliance with every aspect of *Lifchus* and *Bisson*. To the contrary, as Cory J. made clear in *Lifchus*, *supra*, at para. 40, there is no “magic incantation”. A court reviewing a pre-*Lifchus* jury charge must examine it to make sure that it was in substantial compliance with the principles set out in that case.

(2) Inadequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

It should be pointed out that the trial judge in the present appeal, like the trial judge in *Bisson*, *supra*, gave his charge to the jury without the benefit of the decision of this Court in *Lifchus*. However, I agree with Twaddle J.A. that the reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. For ease of reference, I will set out again the relevant portion of the charge in this case:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning

dre des décisions dans leur vie de tous les jours, tandis que la norme du doute raisonnable est une seule norme de preuve objective et stricte.

Avant d’aborder l’examen de l’exposé qui a été fait au jury en l’espèce, j’aimerais souligner que, dans les arrêts *Lifchus* et *Bisson*, nous avons cherché à améliorer la norme existante en matière de directives sur le doute raisonnable. Nous ne voulions pas laisser entendre que la tenue d’un nouveau procès serait justifiée pour toutes les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à la suite d’exposés au jury qui n’étaient pas en tous points conformes aux arrêts *Lifchus* et *Bisson*. Au contraire, comme le juge Cory l’a dit clairement dans l’arrêt *Lifchus*, précité, au par. 40, il n’y a pas de «formule magique». La cour qui examine un exposé au jury antérieur à l’arrêt *Lifchus* doit le faire dans le but de s’assurer qu’il était conforme, pour l’essentiel, aux principes établis dans cet arrêt.

(2) Le caractère insuffisant de l’exposé sur le doute raisonnable en l’espèce

Il y a lieu de souligner que, dans la présente affaire comme dans l’affaire *Bisson*, précitée, le juge du procès a fait son exposé au jury sans bénéficier de l’arrêt *Lifchus* de notre Cour. Je suis cependant d’accord avec le juge Twaddle pour dire que la directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l’espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l’arrêt *Lifchus* et qu’elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la partie pertinente de l’exposé qui a été fait en l’espèce:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d’établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n’a qu’à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L’expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu’expression juridique ayant une connotation particu-

237

238

that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words “reasonable doubt” are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

239

The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the appellant’s guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words “reasonable doubt” have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no “special connotation” and “no magic meaning that is peculiar to the law”. By asserting that absolute certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof.

240

The trial judge did comply with some of the requirements discussed in *Lifchus, supra*. He explained that a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt resting on speculation or guess, and that a reasonable doubt is a real doubt based on reason and common sense upon a review of the evidence. He also explained, as mentioned, that the standard of proof beyond a reasonable

lière. Cette expression n’a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C’est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d’audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s’est acquitté de l’obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s’est pas acquitté de l’obligation qui lui incombait et l’accusé a le droit de profiter de votre doute.

Le problème fondamental que pose cette directive est qu’on n’a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu’établir la culpabilité de l’appelant selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu’il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d’une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu’à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots «doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n’avaient aucune [TRADUCTION] «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l’expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable.

Le juge du procès a respecté certaines exigences analysées dans l’arrêt *Lifchus*, précité. Il a expliqué qu’un doute raisonnable n’est pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions, et qu’un doute raisonnable est un doute réel fondé sur la raison et sur le bon sens, que suscite l’examen de la preuve. Il a également expliqué, comme nous l’avons vu, que la norme de

doubt does not involve proof to an absolute certainty. However, the trial judge's adherence to these requirements would have benefited primarily the Crown, not the appellant.

In the present case, the trial judge did refer to the Crown's onus and to the presumption of innocence, and he stated that the appellant should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. Indeed, it is this very requirement to go beyond probability that meshes the standard of proof in criminal cases with the presumption of innocence and the Crown's onus. However, as Cory J. explained in these earlier decisions, it is generally inappropriate to define the meaning of the term "reasonable doubt" through examples from daily life, through the use of synonyms, or through analogy to moral choices. The criminal standard of proof has a special significance unique to the legal process. It is an exacting standard of proof rarely encountered in everyday life, and there is no universally intelligible illustration of the concept, such as the scales of justice with respect to the balance of probabilities standard. Unlike absolute certainty or the balance of probabilities, reasonable doubt is not an easily quantifiable standard. It cannot be measured or described by analogy. It must be explained. However, precisely because it is not quantifiable, it is difficult to explain.

In my view, an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required,

preuve hors de tout doute raisonnable n'implique pas une preuve correspondant à la certitude absolue. Toutefois, le respect de ces exigences par le juge du procès aurait surtout profité au ministère public, et non pas à l'appellant.

Dans la présente affaire, le juge du procès a mentionné l'obligation du ministère public et la présomption d'innocence, et il a dit que l'appellant devait bénéficier de tout doute raisonnable. L'erreur de l'exposé provient du fait que le jury n'a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l'a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En fait, c'est précisément cette exigence d'aller au-delà de la probabilité qui fait concorder la norme de preuve en matière criminelle avec la présomption d'innocence et l'obligation du ministère public. Cependant, comme le juge Cory l'a expliqué dans ces arrêts antérieurs, il est généralement inopportun de définir l'expression «doute raisonnable» au moyen d'exemples tirés de la vie quotidienne, de l'utilisation de synonymes ou d'une analogie avec des choix moraux. La norme de preuve en matière criminelle a un sens particulier qui est propre au processus judiciaire. C'est une norme de preuve stricte qui se voit rarement dans la vie de tous les jours, et il n'y a aucun exemple de cette notion qui soit intelligible à tous, comme la balance de la justice relativement à la norme de la prépondérance des probabilités. Contrairement à la certitude absolue ou à la prépondérance des probabilités, le doute raisonnable n'est pas une norme facile à quantifier. Il ne peut être ni mesuré ni décrit par analogie. Il doit être expliqué. Toutefois, il est difficile à expliquer justement parce qu'il n'est pas quantifiable.

J'estime qu'une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il

and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible. It will be of great assistance for a jury if the trial judge situates the reasonable doubt standard appropriately between these two standards. The additional instructions to the jury set out in *Lifchus* as to the meaning and appropriate manner of determining the existence of a reasonable doubt serve to define the space between absolute certainty and proof beyond a reasonable doubt. In this regard, I am in agreement with Twaddle J.A. in the court below, when he said, at p. 177:

If standards of proof were marked on a measure, proof “beyond reasonable doubt” would lie much closer to “absolute certainty” than to “a balance of probabilities”. Just as a judge has a duty to instruct the jury that absolute certainty is not required, he or she has a duty, in my view, to instruct the jury that the criminal standard is more than a probability. The words he or she uses to convey this idea are of no significance, but the idea itself must be conveyed. . . .

243

In the appellant’s case, with respect, the trial judge did not give instructions that could be construed as having located the reasonable doubt standard above the probability standard. Not only was the jury not told that something more than probability was required in order to convict, but nearly all of the instructions they were given (i.e., less than absolute certainty required, ordinary everyday words, no special meaning, more than a frivolous doubt required) weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. In this regard, the reasonable doubt instruction in the appellant’s case cannot be meaningfully distinguished from the impugned instructions in *Lifchus* and *Bisson*. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the appellant’s convictions constitute a miscarriage of justice. While obviously a mistake in the charge will not always be fatal, at no point did the instructions in this case cure the mistake. The fact that the trial judge repeatedly stated that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt is no cure

faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement. Il sera très utile au jury que le juge du procès situe la norme du doute raisonnable de la bonne façon entre ces deux normes. Les directives supplémentaires au jury qui ont été énoncées dans *Lifchus*, quant au sens du doute raisonnable et à la façon d’en déterminer l’existence, servent à définir ce qui sépare la certitude absolue de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel lorsqu’il dit, à la p. 177:

[TRADUCTION] Si les normes de preuve étaient inscrites sur un étalon de mesure, la preuve «hors de tout doute raisonnable» se situerait beaucoup plus près de la «certitude absolue» que de la «prépondérance des probabilités». De la même manière que le juge est tenu de dire au jury que la certitude absolue n’est pas requise, il lui incombe, à mon avis, de lui dire que la norme en matière criminelle est plus qu’une probabilité. Les mots qu’il utilise pour transmettre cette idée n’ont pas d’importance, mais l’idée elle-même doit être transmise. . .

En toute déférence, le juge du procès n’a pas, dans le cas de l’appelant, donné de directives susceptibles d’être interprétées comme ayant situé la norme du doute raisonnable au-dessus de la norme de la probabilité. Non seulement n’a-t-il pas dit au jury qu’il fallait plus qu’une probabilité pour que celui-ci puisse prononcer une déclaration de culpabilité, mais encore presque toutes les directives qui ont été données (c’est-à-dire, moins que la certitude absolue, les mots ordinaires de tous les jours, aucun sens particulier, plus qu’un doute frivole requis) ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d’indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. À cet égard, on ne peut pas établir de distinction utile entre la directive portant sur le doute raisonnable dans le cas de l’appelant et les directives contestées dans les affaires *Lifchus* et *Bisson*. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l’appelant constituent une erreur judiciaire. Même s’il est évident qu’une erreur dans l’exposé n’est pas toujours fatale, les directives données en l’espèce

given his failure to ever define reasonable doubt correctly. To hold otherwise would eviscerate the holdings of *Lifchus* and *Bisson*. I reach this finding notwithstanding the fact that, like the jury charge in *Lifchus* when read as a whole, the jury charge in the present case was largely a model of fairness to the accused. The fact that other elements of the charge were fair to the accused cannot eliminate the prejudice caused by the improper instructions. Thus I conclude that there was not substantial compliance with the *Lifchus* principles. I would therefore allow the appeal on this ground as well.

I note that, appropriately, the respondent has not seriously attempted to apply the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VI. Disposition

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and a new trial is directed.

Appeal allowed and new trial ordered, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

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

n'ont, à aucun moment, remédié à l'erreur commise. Le fait que le juge du procès a affirmé à maintes reprises que la poursuite doit établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable ne remédie à rien en raison de son omission de définir correctement le doute raisonnable. Conclure le contraire dépouillerait de tout leur sens les décisions rendues dans *Lifchus* et *Bisson*. Je tire cette conclusion en dépit du fait que, à l'instar de l'ensemble de l'exposé au jury dans *Lifchus*, l'exposé au jury en l'espèce était dans une large mesure un modèle d'équité pour l'accusé. Le fait que d'autres éléments de l'exposé aient été équitables pour l'accusé ne saurait éliminer le préjudice causé par les directives inappropriées. Je conclus donc que, pour l'essentiel, les principes établis dans l'arrêt *Lifchus* n'ont pas été respectés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif également.

Je souligne que l'intimée a eu raison de ne pas tenter sérieusement d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

244

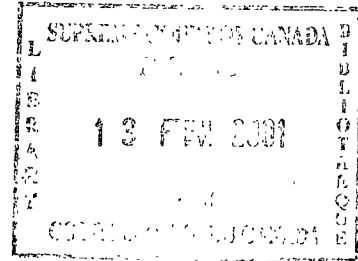
245

*Solicitor for the intervener the Attorney General
of British Columbia: The Ministry of the Attorney
General, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général
de la Colombie-Britannique: Le ministère du Pro-
cureur général, Vancouver.*

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2000 Vol. 2

2^e cahier, 2000 Vol. 2

Cited as [2000] 2 S.C.R. 271-442

Renvoi [2000] 2 R.C.S. 271-442

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)..... 307

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Human Rights Commission — Commission implementing specific governmental program and exercising statutory authority — Commission independent from government and acting judicially — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to Commission's actions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's constitutional rights to liberty and security of person engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Administrative law — Abuse of process — Delay — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's ability to have fair hearing compromised — Whether lengthy delay amounted to denial of natural justice or abuse of process.

Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)..... 409

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Reasonable autonomy — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether school boards have constitutionally guaranteed rights to reasonable autonomy — Constitution Act, 1867, s. 93 — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1.

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Discrimination — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether allowing only separate school boards to opt out of scheme constituted discrimination within meaning of s. 17(2) of Alberta Act — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Mirror equality — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether s. 17(1) of Alberta Act importing principle of mirror equality — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

Continued on next page

SOMMAIRE

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)..... 307

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Commission des droits de la personne — Commission mettant en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerçant un pouvoir conféré par la loi — Commission indépendante du gouvernement et agissant de manière judiciaire — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle aux actes de la Commission? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — Les droits constitutionnels de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent-ils? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit administratif — Abus de procédure — Délai — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — La capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable a-t-elle été compromise? — Le long délai écoulé constituait-il un déni de justice naturelle ou un abus de procédure?

Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)..... 409

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Autonomie raisonnable — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — Les conseils scolaires possèdent-ils des droits constitutionnels à une autonomie raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1.

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Discrimination — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — Le fait d'autoriser uniquement les conseils des écoles séparées à se retirer du régime est-il discriminatoire au sens de l'art. 17(2) de la Loi sur l'Alberta? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Égalité intégrale — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Caouette 271

Criminal law — Evidence — Statements — Admissibility.

R. v. D.D. 275

Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — General approach to necessity requirement — Young child complaining about alleged sexual assaults 30 months after incidents — Defence counsel indicating that lengthy delay in reporting incidents suggested that complainant had fabricated story — Child psychologist testifying that length of time before disclosure was not indicative of truth of allegation because many factors and circumstances may affect timing of complaint — Whether trial judge erred in admitting expert evidence — Whether necessity requirement met — Whether principle concerning timing of complaint should be set out in trial judge's instructions to jury instead of in expert evidence.

R. v. Hamelin..... 273

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Sexual offences — Whether trial judge erred in failing to take expert testimony into account.

SOMMAIRE (Fin)

régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — L'article 17(1) de la Loi sur l'Alberta importe-t-il un principe d'égalité intégrale? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

R. c. Caouette 271

Droit criminel — Preuve — Déclarations — Admissibilité.

R. c. D.D. 275

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Analyse générale de l'exigence de nécessité — Une jeune enfant allègue avoir été agressée sexuellement, 30 mois après la survenance des incidents — Selon l'avocat de la défense, le fait que la plaignante ait attendu si longtemps avant de rapporter les incidents laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire — Le psychologue pour enfants a témoigné que le délai avant que l'enfant révèle l'incident n'était pas une indication de la véracité de l'allégation, vu que de nombreux facteurs et circonstances peuvent avoir une incidence sur le choix du moment pour faire une plainte — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'admissibilité de la preuve d'expert? — L'exigence de nécessité a-t-elle été respectée? — Le principe relatif au choix du moment pour faire une plainte devrait-il être énoncé, au lieu de la présentation d'une preuve d'expert, dans le cadre des directives que donne le juge du procès au jury?

R. c. Hamelin..... 273

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Infractions d'ordre sexuel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du témoignage de l'expert?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marie Suzanne Caouette *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CAOUETTE

Neutral citation: 2000 SCC 41.

File No.: 27050.

2000: October 4.

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

Criminal law — Evidence — Statements — Admissibility.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 3498 (QL), J.E. 98-2396, allowing the accused's appeal from her convictions on charges of first degree murder and conspiracy to murder, and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jacques Casgrain, for the appellant.*Nathalie Caron*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LEBEL J. — The Court is unanimously of the opinion that the Quebec Court of Appeal erred in law in refusing to admit the statement of the respondent, Marie Suzanne Caouette, taken down on March 10, 1994 in the police van that was transporting her to the courthouse. Without any serious, specific and determining error being shown, the Court of Appeal reassessed the weighing of the evidence as a whole by the Superior Court judge during a *voir dire* held to establish whether the statement was free and voluntary.

This statement had been received into evidence by the trial judge, who had refused to admit a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marie Suzanne Caouette *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CAOUETTE

Référence neutre: 2000 CSC 41.

N° du greffe: 27050.

2000: 4 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 criminel — Preuve — Déclarations — Admissibilité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. n° 3498 (QL), J.E. 98-2396, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et de complot pour meurtre, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jacques Casgrain, pour l'appelante.*Nathalie Caron*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LEBEL — La Cour, à l'unanimité, est d'avis que la Cour d'appel du Québec a commis une erreur de droit en rejetant la déclaration de l'intimée, Marie Suzanne Caouette, notée le 10 mars 1994 dans la voiture cellulaire qui la conduisait au Palais de justice. Sans démonstration d'une erreur grave, précise et déterminante, la Cour d'appel a réévalué l'appréciation de l'ensemble de la preuve par le juge de la Cour supérieure au cours d'un voir-dire sur le caractère libre et volontaire de cette déclaration.

Cette déclaration avait été admise par le premier juge, qui par ailleurs avait écarté une déclaration

statement by the respondent, made on March 9, 1994, during questioning at the police station. Without expressing an opinion on the validity of the decision made with respect to the statement of March 9, the Court not thereby intending to endorse the reasons given by the Superior Court judge in this regard, the error made by the Court of Appeal with respect to the statement of March 10, 1994 in itself justifies setting aside the appeal decision.

3

Consequently, the Court allows the appellant's appeal, sets aside the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial and restores the guilty verdict handed down on December 3, 1995 by an assizes jury presided over by the Honourable Gaston Desjardins of the Superior Court convicting the respondent, Marie Suzanne Caouette, of first degree murder and conspiracy to murder.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the respondent: Nathalie Caron, Beauport.

de l'intimée, faite le 9 mars 1994, au cours d'un interrogatoire au poste de police. Sans exprimer d'opinion sur le bien-fondé de la décision rendue quant à la déclaration du 9 mars, la Cour n'entendant pas pour autant endosser les motifs alors exprimés par le juge de la Cour supérieure à son sujet, l'erreur commise par la Cour d'appel à l'égard de la déclaration du 10 mars 1994 justifie à elle seule la cassation de l'arrêt d'appel.

En conséquence, la Cour accueille le pourvoi de l'appelante, casse l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès et rétablit le verdict de culpabilité prononcé le 3 décembre 1995 par un jury d'assises présidé par l'honorable Gaston Desjardins de la Cour supérieure qui déclarait l'intimée, Marie Suzanne Caouette, coupable de meurtre au premier degré et de complot pour meurtre.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intimée: Nathalie Caron, Beauport.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jean-Pierre Hamelin *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. HAMELIN

Neutral citation: 2000 SCC 42.

File No.: 27250.

2000: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Sexual offences — Whether trial judge erred in failing to take expert testimony into account.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1999), 135 C.C.C. (3d) 228, [1999] Q.J. No. 374 (QL) (*sub nom. R. v. J.H.*), J.E. 99-599, allowing the accused's appeal from his convictions on charges of sexual touching and ordering a new trial. Appeal allowed, Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting.

Jacques Blais and Carole Lebeuf, for the appellant.

Pierre Poupart and François Dadour, for the respondent.

M. David Lepofsky and Christopher Webb, for the intervener.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jean-Pierre Hamelin *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAMELIN

Référence neutre: 2000 CSC 42.

N° du greffe: 27250.

2000: 4 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Infractions d'ordre sexuel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du témoignage de l'expert?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1999), 135 C.C.C. (3d) 228, [1999] A.Q. n° 374 (QL) (*sub nom. R. c. J.H.*), J.E. 99-599, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'attouchements à des fins sexuelles et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents.

Jacques Blais et Carole Lebeuf, pour l'appelante.

Pierre Poupart et François Dadour, pour l'intimé.

M. David Lepofsky et Christopher Webb, pour l'intervenant.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — A majority of us would allow the appeal. Unlike the Court of Appeal, we are of the view that the trial judge neither was mistaken about the purpose of the expert evidence nor abused his discretion in dealing with the expert's testimony.

2 The appeal is accordingly allowed by a majority decision.

3 Iacobucci, Major and Arbour JJ. would have dismissed the appeal and adopted the reasons of LeBel J.A.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's prosecutor, Trois-Rivières, Quebec.

Solicitors for the respondent: Poupart & Marquis, Montréal.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — À la majorité, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel. Contrairement à la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le juge du procès ne s'est ni mépris sur l'objectif de l'expertise ni n'a abusé de sa discrétion en disposant du témoignage de l'expert.

En conséquence, l'appel est accueilli à la majorité.

Les juges Iacobucci, Major et Arbour auraient rejeté l'appel et adopté les motifs du juge LeBel de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le substitut du procureur général, Trois-Rivières (Québec).

Procureurs de l'intimé: Poupart & Marquis, Montréal.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.D. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. D.D.

Neutral citation: 2000 SCC 43.

File No.: 27013.

2000: March 14; 2000: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — General approach to necessity requirement — Young child complaining about alleged sexual assaults 30 months after incidents — Defence counsel indicating that lengthy delay in reporting incidents suggested that complainant had fabricated story — Child psychologist testifying that length of time before disclosure was not indicative of truth of allegation because many factors and circumstances may affect timing of complaint — Whether trial judge erred in admitting expert evidence — Whether necessity requirement met — Whether principle concerning timing of complaint should be set out in trial judge's instructions to jury instead of in expert evidence.

The complainant alleged that the accused had sexually assaulted her when she was 5 to 6 years old. The complainant told no one about these events for two and a half years. At trial, defence counsel cross-examined the complainant, who was 10 years old at the time, on the lengthy delay in reporting the incidents and suggested that she had fabricated the story. The Crown called a child psychologist to testify that a child's delay in alleging sexual abuse does not support an inference of falsehood. During a *voir dire*, the psychologist gave a general explanation applicable to all children that delayed disclosure could occur for a variety of reasons and does not indicate the truth of an allegation. The trial

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.D. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. D.D.

Référence neutre: 2000 CSC 43.

N° du greffe: 27013.

2000: 14 mars; 2000: 5 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Analyse générale de l'exigence de nécessité — Une jeune enfant allègue avoir été agressée sexuellement, 30 mois après la survenance des incidents — Selon l'avocat de la défense, le fait que la plaignante ait attendu si longtemps avant de rapporter les incidents laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire — Le psychologue pour enfants a témoigné que le délai avant que l'enfant révèle l'incident n'était pas une indication de la véracité de l'allégation, vu que de nombreux facteurs et circonstances peuvent avoir une incidence sur le choix du moment pour faire une plainte — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'admissibilité de la preuve d'expert? — L'exigence de nécessité a-t-elle été respectée? — Le principe relatif au choix du moment pour faire une plainte devrait-il être énoncé, au lieu de la présentation d'une preuve d'expert, dans le cadre des directives que donne le juge du procès au jury?

La plaignante allègue que l'accusé l'a agressée sexuellement alors qu'elle était âgée de 5 à 6 ans. Elle n'a raconté ces événements à personne pendant deux ans et demi. Au procès, l'avocat de la défense contre-interroge la plaignante, alors âgée de 10 ans, sur les raisons pour lesquelles elle a attendu si longtemps avant de rapporter les incidents et laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire. Le ministère public fait témoigner un psychologue pour enfants qui soutient que le retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle ne permet pas de déduire qu'il ne dit pas la vérité. Au cours d'un *voir-dire*, le psychologue explique de façon générale que le retard des enfants pour rapporter les faits peut être dû

judge admitted the expert evidence and the jury found the accused guilty of sexual assault and invitation to sexual touching. The Court of Appeal held that the expert evidence should not have been admitted because it was neither relevant nor necessary, set aside the verdict for this and other reasons, and ordered a new trial. The Crown appealed from the finding that the expert evidence was inadmissible but agrees that the order for a new trial was warranted based on the Court of Appeal's other reasons for setting aside the verdict. On the only issue raised in this appeal, the Court of Appeal held that the expert evidence should not have been admitted.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J. dissenting on the merits): The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour J.J.: The psychologist's evidence was not necessary and should not have been admitted at trial. The necessity requirement of the *Mohan* analysis exists to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated. While some degree of deference is owed to the trial judge's discretionary determination of whether the *Mohan* requirements have been met on the facts of a particular case, that discretion cannot be used to dilute the requirement for necessity. Mere helpfulness or a finding that the evidence might reasonably assist the jury is not enough to admit an expert's opinion. The need for expert evidence must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. Expert opinion is admissible if exceptional issues require special knowledge outside the experience of the trier of fact. The admissibility requirements governing expert evidence do not eliminate the dangers associated with opinion evidence. In particular, the province of the jury might be usurped by that of the expert witness and jurors might atorn to the opinion of an expert. Furthermore, expert opinions usually are derived from unsworn material not available for cross-examination. Finally, expert evidence is time-consuming and expensive.

Here, one statement of principle emerges from the expert evidence: the timing of disclosure signifies nothing; not all children immediately disclose sexual abuse; and the timing of disclosure depends upon the circum-

à diverses raisons et qu'il ne donne aucune indication quant à la véracité de l'allégation. Le juge du procès a admis la preuve d'expert et le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels. La Cour d'appel a statué que la preuve d'expert n'aurait pas dû être admise, puisqu'elle n'était ni pertinente ni nécessaire, a annulé le verdict pour ce motif et pour d'autres motifs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public a interjeté appel de la conclusion que la preuve d'expert était inadmissible, mais a convenu que l'ordonnance de nouveau procès était justifiée au regard des autres motifs pour lesquels la Cour d'appel a annulé le verdict. Quant à la seule question qui a été soulevée dans ce pourvoi, la Cour d'appel a conclu que la preuve d'expert n'aurait pas dû être admise.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents quant au fond): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour: Le témoignage du psychologue n'était pas nécessaire et n'aurait pas dû être admis au procès. L'exigence de nécessité énoncée dans l'analyse de l'arrêt *Mohan* vise à ce que les dangers liés à la preuve d'expert ne soient pas traités à la légère. Bien qu'il faille traiter avec une certaine retenue l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès lorsqu'il détermine si, d'après les faits d'une affaire donnée, les exigences de l'arrêt *Mohan* ont été respectées, ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé pour diluer l'exigence de nécessité. La simple utilité ou la conclusion que la preuve peut raisonnablement aider le jury ne suffit pas à l'admission de la preuve d'expert. La nécessité de la preuve d'expert doit être évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. La preuve d'expert est admissible lorsque certaines questions exceptionnelles requièrent des connaissances particulières dépassant l'expérience du juge des faits. Les exigences d'admissibilité de la preuve d'expert n'éliminent pas les dangers qui y sont liés. Plus particulièrement, les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin expert et les jurés risquent de s'en remettre à l'opinion de l'expert. De plus, les opinions d'expert découlent généralement d'informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Enfin, la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse.

En l'espèce, il ressort de la preuve d'expert un énoncé de principe: le moment de la révélation n'indique rien; les enfants ne révèlent pas tous l'agression sexuelle immédiatement; et le moment de la révélation dépend de

stances of the particular victim. The content of this evidence had no technical quality sufficient to require an expert's testimony. It was neither unique nor scientifically puzzling but was rather the proper subject for a simple jury instruction. The doctrine of recent complaint in sexual assault cases as a principle of law no longer exists in Canada and a failure to make a timely complaint must not be the subject of an adverse inference based upon rejected stereotypical assumptions of how persons react to sexual abuse. A trial judge should instruct a jury that there is no inviolable rule on how people who are the victims of trauma like a sexual assault will behave. In assessing the credibility of a complainant, the timing of the complaint is simply one circumstance to consider in the factual mosaic of a particular case. A delay in disclosure, standing alone, will never give rise to an adverse inference against the credibility of the complainant. A proper jury charge in this case would have dispelled the possibility of stereotypical reasoning, saved time and expense, and eliminated superfluous or prejudicial content.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J. (dissenting on the merits): The psychologist's evidence was admissible because it met the test for admitting expert evidence set out in *Mohan* that requires relevance, necessity, the lack of any other exclusionary rule and a properly qualified expert. Its probative value also outweighed its prejudicial effects. These criteria are case-specific and factual. An appellate court cannot lay down broad rules that categories of expert evidence are always admissible or inadmissible and there is no general rule on the admissibility of expert opinion evidence on delays by children in reporting sexual assault.

The trial judge was correct in finding that the psychologist's evidence was relevant to a fact in issue at the trial. The trial turned on the credibility of the complainant and the issue of delay was subsidiary to the complainant's credibility. The "fact in issue" was whether a child's delay in reporting sexual abuse suggests that the alleged abuse did not occur. This fact was put in issue by the defence indicating that it would ask the jury to infer that the alleged events were fabrications based on the complainant's delayed reporting of the incident. Whether the complainant was not credible because she delayed disclosure was a fact in issue and the psycholo-

la situation de la victime en cause. Le contenu de la preuve n'a pas un caractère technique qui nécessiterait l'opinion d'un expert. Cette preuve n'est pas exceptionnelle ni incertaine sur le plan scientifique et peut simplement faire l'objet d'une directive au jury. La doctrine de la plainte immédiate en matière d'agression sexuelle en tant que principe de droit n'existe plus au Canada et l'omission de faire une plainte en temps opportun ne doit pas faire l'objet de quelque conclusion défavorable fondée sur des hypothèses stéréotypées, qui ont été rejetées, quant à la façon dont les personnes réagissent aux actes d'agression sexuelle. Le juge du procès doit dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque factuelle d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant. La présentation d'une directive appropriée au jury en l'espèce aurait écarté la possibilité que le jury suive un raisonnement stéréotypé, permis de gagner du temps et d'économiser de l'argent et éliminé tout contenu superflu ou préjudiciable.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents quant au fond): Le témoignage du psychologue doit être admis car il satisfait aux critères d'admissibilité de la preuve d'expert établis dans *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification de l'expert. La valeur probante de la preuve d'expert l'emporte également sur ses effets préjudiciables. Ces critères s'appliquent selon l'affaire en cause et dépendent du contexte factuel. Une cour d'appel ne peut établir par des règles générales que certaines catégories de preuve d'expert sont toujours admissibles ou inadmissibles et il n'existe pas de règle générale sur l'admissibilité de la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle.

Le juge du procès a raison de conclure que le témoignage du psychologue est pertinent quant à un fait en litige au procès. Le procès est axé sur la crédibilité de la plaignante et la question du caractère tardif est accessoire à la crédibilité de la plaignante. Le «fait en litige» est la question de savoir si le fait qu'un enfant tarde à rapporter une agression sexuelle indique que l'agression reprochée ne s'est pas produite. La défense a soulevé ce fait en faisant savoir qu'elle demanderait au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements allégués ne sont que pure invention. La question de savoir si la plaignante n'est pas crédible parce

gist's discussion of reasons other than fabrication for a child delaying reporting sexual abuse was relevant to that issue. Further, it is not a persuasive argument that it is common sense inference rather than a fact that a child's delay in reporting suggests that the event did not occur. Issues of fact include both facts and logical inferences that may be drawn from facts. Moreover, the evidence did not violate the rule against oath-helping because the psychologist did not interview the complainant and did not testify on whether she had told the truth. The evidence did implicate the complainant's credibility but this was permissible and almost inevitable in a case that turns on credibility.

With respect to the necessity requirement, the psychologist's evidence provided information likely to be outside the ordinary experience and knowledge of the jury and more than merely helpful. There is still a need to explain children's reactions to abuse and it was open to the trial judge to conclude that the psychologist's evidence would assist the jurors by giving them an understanding of the issue of delay in reporting that their ordinary knowledge and experience might not provide. There is no need to depart from the flexibility of the *Mohan* approach by adumbrating the necessity requirement with sub-rules relating to the type of science at issue or with a rule that expert evidence is only needed to explain abnormal behaviour. Furthermore, the fact that the complainant testified did not preclude the psychologist's evidence. The defence put the reasons for delay in question and it was open to the trial judge to permit the Crown to respond with evidence of other possible explanations for the delay. Lastly, while the need for expert evidence may be diminished if the same objective can be met with a warning to the jury, a warning in this case would not have been a complete substitute for the psychologist's evidence. Expert evidence may serve purposes that instruction does not.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B.

qu'elle a tardé à rapporter l'agression est un fait en litige et le témoignage du psychologue sur les motifs, autres que l'invention, qui peuvent expliquer pourquoi un enfant tarde à rapporter l'agression sexuelle est pertinent quant à cette question. De plus, l'argument selon lequel le fait en litige, soit le retard d'un enfant pour rapporter les événements indique que ceux-ci ne se sont pas produits, n'est pas un fait, mais une déduction fondée sur le bon sens n'est pas convaincant. Les questions de fait comprennent tant les faits que les déductions logiques qui peuvent en être tirées. En outre, la preuve n'a pas porté atteinte au principe interdisant les témoignages justificatifs parce que le psychologue n'a pas interrogé la plaignante et n'a pas témoigné sur la question de savoir si elle disait la vérité. Le témoignage du psychologue compromet en effet la crédibilité de la plaignante, mais cela est permis et est presque inévitable dans une affaire reposant sur la crédibilité.

En ce qui concerne l'exigence de nécessité, le témoignage du psychologue a mis en lumière des renseignements qui dépassent vraisemblablement les connaissances et l'expérience ordinaires du jury et qui ne sont pas simplement utiles. Il y a encore un besoin d'expliquer les réactions des enfants face aux agressions et le juge du procès pouvait conclure que le témoignage du psychologue aiderait les jurés en leur permettant de comprendre la question de la déclaration tardive, ce que leurs connaissances et leur expérience ordinaires ne leur permettaient pas de faire. Il n'y a pas lieu de s'écarter de la méthode souple adoptée dans *Mohan* en assortissant le critère de la nécessité de règles secondaires selon le type de science en cause ou d'une règle selon laquelle une preuve d'expert ne pourrait être présentée qu'en présence d'un comportement anormal. De plus, le fait que la plaignante témoigne n'empêche pas que le témoignage du psychologue soit admis. La défense ayant fait de la raison du retard une question en litige, il est loisible au juge du procès de permettre à la poursuite de réagir en présentant la preuve de l'existence d'autres possibilités. Enfin, bien que la preuve d'expert puisse se révéler moins utile si une mise en garde au jury permettait de parvenir au même résultat, une mise en garde en l'espèce n'aurait pas pu remplacer parfaitement la preuve d'expert. La preuve d'expert peut servir à autre chose que les directives.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué: *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés:** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. c. Lillyman*,

167; *Kribs v. The Queen*, [1960] S.C.R. 400; *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273.

By McLachlin C.J. (dissenting on the merits)

R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL); *R. v. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563; *R. v. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466; *R. v. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 275 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 11].

Authors Cited

Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

Learned Hand. "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony" (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.

Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), January 31, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

[1896] 2 Q.B. 167; *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400; *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente quant au fond)

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL); *R. c. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563; *R. c. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466; *R. c. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 275 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 11].

Doctrine citée

Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.

Learned Hand. «Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony» (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.

Paciocco, David. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), January 31, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 113 O.A.C. 179, 129 C.C.C. (3d) 506, 21 C.R. (5th) 124, [1998] O.J. No. 4053 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and invitation to sexual touching and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting on the merits.

M. David Lepofsky and Christopher Webb, for the appellant.

P. Andras Schreck, for the respondent.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE (dissenting on the merits) — This case raises the issue of when expert evidence may be admitted regarding a child's delay in making an allegation of sexual abuse. The accused in this case says that such evidence is irrelevant, unnecessary and calculated to distort the trial process. The prosecution, on the other hand, maintains that the evidence is relevant and necessary. The trial judge admitted the expert evidence and the jury convicted the accused. The Court of Appeal set aside the verdict on other grounds and ordered a new trial. It also held that the trial judge erred in admitting the expert evidence and that it should not be admitted at the new trial.

² The Crown did not appeal the order for a new trial. The only issue before us is whether the Court of Appeal erred in holding that expert evidence on delay in reporting child abuse should not have been admitted in this case. The issue is important. Quite often children do not complain about an alleged sexual assault until some time after the incident. This raises the question of whether expert evidence is admissible on the issue of what

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 113 O.A.C. 179, 129 C.C.C. (3d) 506, 21 C.R. (5th) 124, [1998] O.J. No. 4053 (QL), qui a accueilli un appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et pour incitation à des contacts sexuels et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents quant au fond.

M. David Lepofsky et Christopher Webb, pour l'appelante.

P. Andras Schreck, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente quant au fond) — La présente affaire soulève la question de savoir dans quels cas une preuve d'expert peut être admise relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle. En l'espèce, l'accusé dit que cette preuve n'est pas pertinente ni nécessaire et qu'elle vise à fausser le déroulement du procès. Pour sa part, la poursuite soutient que la preuve est pertinente et nécessaire. Le juge du procès a admis la preuve d'expert et le jury a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a annulé le verdict pour d'autres motifs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a également conclu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve d'expert et que cette dernière ne devait pas être admise lors du nouveau procès.

Le ministère public n'a pas interjeté appel contre l'ordonnance de nouveau procès. La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter l'agression sexuelle n'aurait pas dû être admise en l'espèce. La question est importante. Bien souvent, les enfants ne se plaignent d'une agression sexuelle qu'un certain temps après l'incident. Cela soulève la question de savoir si la preuve d'expert est admissible quant aux

inferences may be drawn from a child's delay in reporting.

I. Facts

The prosecution's case is that the accused, who was living with the complainant's mother, sexually assaulted the complainant by making her touch his penis on numerous occasions in 1991 and 1992 when she was 5 to 6 years old. The complainant told no one about these events for two and a half years. In January 1995, the complainant had a conversation with a school friend about "gross" things, some of which were true and some of which were false. During the conversation, the complainant told her friend about the assaults. The friend reported the complainant's disclosure to a teacher, and the matter was referred to the Children's Aid Society. A Society worker interviewed the complainant in the presence of a police officer. The complainant first said that she could not remember any sexual touching, but later revealed incidents involving the accused. The accused categorically denies the allegations.

Charges were laid and the matter proceeded to trial. At the time of the trial the complainant was 10 years old. Defence counsel cross-examined the complainant on why she had waited so long to report the incidents and suggested that she had fabricated the story to "one up" the stories told by her friend. In response, the Crown sought to call child psychologist Dr. Peter Marshall to rebut defence counsel's submission that the lateness of the complainant's disclosure supported an inference that she was not telling the truth when she said that the accused had sexually assaulted her. The trial judge called a *voir dire* on the admissibility of Dr. Marshall's evidence on this point.

During the *voir dire*, Dr. Marshall discussed delayed disclosure of child sexual abuse, based on his knowledge of the scientific literature in the area. He testified that there are many factors which can affect the timing of a complaint, including the relationship between the child and the abuser and

conclusions qui peuvent être tirées du caractère tardif de la déclaration d'un enfant.

I. Les faits

La preuve à charge indique que l'accusé, qui vivait avec la mère de la plaignante, a agressé sexuellement cette dernière en lui faisant toucher son pénis à de nombreuses reprises en 1991 et en 1992, alors qu'elle était âgée de 5 et 6 ans. La plaignante n'a raconté ces événements à personne pendant deux ans et demi. En janvier 1995, elle a une conversation avec une camarade de classe au sujet de choses [TRADUCTION] «dégoûtantes», dont certaines sont vraies et d'autres fausses. Au cours de la conversation, elle lui raconte les agressions. La camarade rapporte la déclaration de la plaignante à un professeur, et l'affaire est soumise à la société d'aide à l'enfance. Un travailleur de la société a posé des questions à la plaignante en présence d'un policier. Celle-ci a d'abord dit qu'elle ne pouvait se souvenir d'aucun attouchement sexuel, mais a par la suite révélé des incidents impliquant l'accusé. Celui-ci nie catégoriquement les allégations.

Des accusations sont portées et l'affaire se rend au procès. Au moment du procès, la plaignante est âgée de 10 ans. L'avocat de la défense la contre-interroge sur les raisons pour lesquelles elle a attendu si longtemps avant de rapporter les incidents et laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire pour [TRADUCTION] «avoir une meilleure histoire» que celles racontées par sa camarade. En réponse, le ministère public demande à entendre le Dr Peter Marshall, psychologue pour enfants, pour réfuter la prétention de l'avocat de la défense que le caractère tardif de la déclaration de la plaignante permet de déduire que celle-ci ne dit pas la vérité lorsqu'elle raconte que l'accusé l'a agressée sexuellement. Le juge du procès ordonne la tenue d'un *voir-dire* sur l'admissibilité du témoignage du Dr Marshall sur cette question.

Au cours du *voir-dire*, le Dr Marshall aborde la question du retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle, en se fondant sur sa connaissance de la documentation scientifique dans le domaine. Il témoigne que de nombreux facteurs peuvent avoir une incidence sur le choix du

3

4

5

the nature of the abuse. Some factors might discourage children from reporting abuse, such as embarrassment; fear of getting themselves or others into trouble; bribery or threats by the perpetrator; fear of being punished or sent away; disruption of the family; or fear that they would not be believed. Young children might also not fully comprehend what happened or not see anything wrong with the abuse.

6 Dr. Marshall also discussed the timing of allegations of abuse and its relevance to determining whether the abuse actually occurred. In his opinion, most sexual abuse is never disclosed, so one cannot assume that disclosure normally happens immediately. He testified that children disclose at various lengths of time after the event, so there is a continuum from immediate disclosure to delayed disclosure to no disclosure. When cross-examined by defence counsel as to whether the profile of a victim of abuse could be developed by reference to the timing of the complaint, Dr. Marshall stated “the fact of the delay . . . doesn’t even enter into my thinking as to whether or not it happened . . . [T]he research says that the length of time before a child reveals something is not diagnostic”. The trial judge asked him to clarify what it means when delay is “not diagnostic”, to which Dr. Marshall responded “[i]t proves nothing either way”.

7 After Dr. Marshall testified, the trial judge asked defence counsel whether he took issue with Dr. Marshall’s opinion that a delay in disclosure is not diagnostic. Defence counsel initially agreed that “the delay is provable of nothing”. Crown counsel sought confirmation of that point, because “the whole tenor of [defence counsel’s] cross-examination of the complainant . . . was, If it happened you would have told somebody”. Defence counsel then stated that he intended to indicate to the jury that

moment pour faire une plainte, notamment la relation entre l’enfant et l’agresseur ainsi que la nature de l’agression. Certains facteurs risquent de décourager l’enfant de rapporter l’agression: par exemple, la gêne, la crainte de s’attirer des ennuis ou d’en causer aux autres, les promesses ou menaces de la part de l’agresseur, la crainte d’être puni ou d’être envoyé ailleurs, la rupture des liens familiaux, ou la crainte de ne pas être cru. Les jeunes enfants peuvent également ne pas bien saisir ce qui s’est produit ou ne rien voir de mal à l’agression.

Le Dr Marshall parle également du choix du moment pour faire les allégations d’agression et aborde la question de savoir s’il peut permettre de déterminer si l’agression s’est réellement produite. Selon lui, la plupart des agressions sexuelles ne sont jamais déclarées, de sorte qu’on ne peut pas tenir pour acquis que la déclaration a généralement lieu immédiatement. Il témoigne que les enfants font des déclarations à différents moments après l’événement, de sorte qu’il y a un continuum allant de la déclaration immédiate à la déclaration tardive et à l’absence de déclaration. Lorsque l’avocat de la défense lui demande en contre-interrogatoire si on peut élaborer le profil de la victime d’agression d’après le moment choisi pour la plainte, le Dr Marshall dit: [TRADUCTION] «le caractère tardif [. . .] n’entre même pas en ligne de compte lorsque je me demande si cela s’est produit. [. . .] [L]a recherche indique que le retard d’un enfant pour révéler quelque chose n’est pas diagnostique». Le juge du procès lui demande de préciser ce qu’il entend par «pas diagnostique», ce à quoi le Dr Marshall répond: [TRADUCTION] «[c]ela ne prouve rien dans un sens ou dans l’autre».

Après le témoignage du Dr Marshall, le juge du procès demande à l’avocat de la défense s’il conteste l’opinion de ce dernier selon laquelle une déclaration tardive n’est pas diagnostique. Au départ, l’avocat de la défense convient que [TRADUCTION] «le caractère tardif ne prouve rien». Le ministère public cherche à obtenir une confirmation sur cette question puisque [TRADUCTION] «le fondement même du contre-interrogatoire de la plaignante [par l’avocat de la défense] est: Si cela

“the fact that the victim did not tell anybody is certainly evidence that it didn’t happen to her”.

II. Decisions

At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled Dr. Marshall’s evidence admissible. He considered the four criteria for admission of expert evidence set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9: relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a qualified expert. He held that the evidence was relevant to the delay in disclosure, given the defence’s position that the jury could draw a “common sense” inference from the delay that the complainant had fabricated the sexual assaults. On necessity, the trial judge took the view that he was bound by the statement in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 249 (*per* McLachlin J.), that

[e]xpert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

He also held that Dr. Marshall’s evidence was outside the knowledge and expertise of the jury and that its admission would be necessary for the jury to reach a just verdict. He found the third and fourth *Mohan* criteria clearly met as well. Therefore, he found the expert evidence admissible.

The Court of Appeal ((1998), 113 O.A.C. 179) held that Dr. Marshall’s evidence was neither relevant nor necessary. To be relevant, evidence must be directed to establishing a fact in issue. Here the evidence was relevant to the complainant’s credibility, not to a fact in issue. Nor was the evidence necessary, since it dealt with a matter within the knowledge and experience of the ordinary juror. Moreover, taking relevance and necessity together, the prejudicial effects of the evidence outweighed its probative value. For these reasons, the Court of

s’était produit, tu l’aurais dit à quelqu’un». L’avocat de la défense déclare ensuite qu’il a l’intention de dire au jury que [TRADUCTION] «le fait que la victime n’ait rien dit à qui que ce soit prouve certainement que cela ne lui est pas arrivé».

II. Les décisions

À la fin du *voir-dire*, le juge du procès conclut que le témoignage du Dr Marshall est admissible. Il examine les quatre critères d’admissibilité de la preuve d’expert établis dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9: la pertinence, la nécessité, l’absence de règles d’exclusion et la qualification de l’expert. Il conclut que la preuve est pertinente quant au caractère tardif de la déclaration, compte tenu de l’argument de la défense que le jury, en se basant sur le caractère tardif, peut tirer la conclusion fondée sur le «bon sens» que la plaignante a inventé les agressions sexuelles. Sur la question de la nécessité, le juge du procès s’estime lié par l’énoncé fait dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 249 (le juge McLachlin), selon lequel

[d]es témoignages d’experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d’agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Il conclut également que le témoignage du Dr Marshall porte sur une matière dépassant les connaissances et l’expertise du jury et que son admission est nécessaire pour que le jury en arrive à un juste verdict. Il conclut que les troisième et quatrième critères de l’arrêt *Mohan* sont aussi respectés. Par conséquent, il juge admissible la preuve d’expert.

La Cour d’appel ((1998), 113 O.A.C. 179) conclut que le témoignage du Dr Marshall n’est ni pertinent ni nécessaire. Pour être pertinente, la preuve doit viser à établir un fait en litige. En l’espèce, la preuve est pertinente quant à la crédibilité de la plaignante, et non pas quant à un fait en litige. La preuve n’est pas non plus nécessaire, puisqu’elle porte sur une matière ne dépassant pas les connaissances et l’expérience du juré ordinaire. De plus, si on examine ensemble la pertinence et la nécessité, les effets préjudiciables de la preuve l’emportent

Appeal held that the trial judge had erred in admitting the expert evidence, and directed that it not be admitted at the new trial.

III. Issue

10 The key issue on this appeal is whether the Court of Appeal was correct in concluding that Dr. Marshall's evidence could not meet the criteria of relevance and necessity and hence should not be recalled at the new trial.

IV. Analysis

11 The test for the admissibility of expert evidence was consolidated in *Mohan*, *supra*. Four criteria must be met by a party which seeks to introduce expert evidence: relevance, necessity, the lack of any other exclusionary rule, and a properly qualified expert. Even where these requirements are met, the evidence may be rejected if its prejudicial effect on the conduct of the trial outweighs its probative value.

12 The application of the four *Mohan* criteria is case-specific. Determinations of relevance and necessity, as well as the assessment of whether the prejudicial effect of the evidence outweighs its probative value, must be made within the factual context of the trial. As Sopinka J. said of relevance in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 370, the inquiry "is very much a function of the other evidence and issues in a case". Taking into account the other evidence, the issues and her knowledge of the jury, the trial judge determines what are the live issues in the trial and whether the evidence will be necessary to enable the jury to dispose of them. The point was well put in *R. v. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609 (C.A.), at p. 625:

The trial judge has the advantage of hearing the evidence in issue, observing the jury and being able to appreciate the dynamics of the particular trial . . . [T]he trial judge may also be in a better position to determine

sur sa valeur probante. Pour ces motifs, la Cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve d'expert et ordonne que celle-ci ne soit pas admise lors du nouveau procès.

III. La question en litige

La principale question du pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage du Dr Marshall ne pouvait pas satisfaire aux critères de la pertinence et de la nécessité et qu'il ne devrait pas être reconvoqué lors du nouveau procès.

IV. Analyse

Les critères d'admissibilité de la preuve d'expert ont été regroupés dans l'arrêt *Mohan*, précité. La partie qui cherche à présenter une preuve d'expert doit respecter les quatre critères suivants: la pertinence, la nécessité, l'absence de toute autre règle d'exclusion et la qualification de l'expert. Même lorsque ces exigences sont respectées, la preuve peut être écartée si son effet préjudiciable sur le déroulement du procès l'emporte sur sa valeur probante.

Les quatre critères de l'arrêt *Mohan* s'appliquent selon l'affaire en cause. Il faut tenir compte du contexte factuel du procès pour déterminer si une preuve est pertinente et nécessaire, et si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Comme le juge Sopinka le dit au sujet de la pertinence dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 370, l'examen «dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire». Tenant compte des autres éléments de preuve, des questions en litige et de la connaissance qu'il a du jury, le juge du procès définit les questions réellement en litige et détermine si la preuve sera nécessaire pour permettre au jury de se prononcer. Cela est bien expliqué dans *R. c. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609 (C.A.), à la p. 625:

[TRADUCTION] Le juge du procès a l'avantage d'entendre les témoignages présentés, d'observer le jury et de pouvoir constater la dynamique du procès. [. . .] [I]l est peut-être aussi le mieux placé pour déterminer ce qui

what may come within the normal experience of the average juror in the community in which the case is being tried.

Finally, the trial judge may be in the best position to determine whether the probative value of the evidence is outweighed by its prejudicial effect on the trial. The trial judge knows the issues, the evidence and the jury and is charged with the ultimate responsibility of running a fair trial.

For these reasons appellate courts owe deference to decisions of trial judges to admit or reject expert evidence: *F. (D.S.)*, *supra*; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717. See also *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.); *R. v. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL) (C.A.), and *R. v. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233 (Nfld. C.A.). This does not preclude appellate review. Where the record clearly does not support a finding of admissibility on the basis of the *Mohan* criteria, the Court of Appeal may rule that the evidence should not have been admitted. However, the case-specific nature of the inquiry means that an appellate court cannot lay down in advance broad rules that particular categories of expert evidence are always inadmissible. Such a categorical approach would undermine *Mohan*'s requirement of a case-by-case analysis of the four applicable criteria.

It follows that we cannot say as a general rule that expert evidence on a child's delay in reporting sexual assault is always admissible. Nor can we say it is never admissible. We can only say that it may be admissible if the four *Mohan* criteria are satisfied and if the prejudicial impact of the evidence does not outweigh its probative value. The trial judge erred if he took the comments in *Marquard*, *supra*, as indicating as a matter of *stare decisis* that expert evidence on delayed disclosure always meets the necessity test. By the same token, it would be erroneous to say that such evidence can never be admitted, as the Crown submits the Court of Appeal suggested. Admissibility of expert evidence must be determined on a case-by-case

relève de l'expérience normale du juré moyen dans la collectivité où l'affaire est jugée.

Enfin, le juge du procès est peut-être le mieux placé pour déterminer si l'effet préjudiciable de la preuve l'emporte sur sa valeur probante dans ce procès. Il connaît les questions en litige, la preuve et le jury, et c'est à lui qu'incombe la responsabilité ultime de tenir un procès équitable.

Pour ces motifs, les cours d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions des juges de procès d'admettre ou de rejeter une preuve d'expert: *F. (D.S.)*, précité; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717. Voir également *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.); *R. c. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL) (C.A.), et *R. c. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233 (C.A.T.-N.). Cela n'empêche pas l'examen en appel. Lorsque, d'après les critères de l'arrêt *Mohan*, le dossier ne permet manifestement pas de statuer en faveur de l'admissibilité, la cour d'appel peut conclure que la preuve n'aurait pas dû être admise. Toutefois, vu que l'examen se fait au cas par cas, la cour d'appel ne peut pas établir à l'avance par des règles générales que certaines catégories de preuve d'expert sont toujours inadmissibles. Une telle catégorisation irait à l'encontre de l'exigence de l'arrêt *Mohan*, qui requiert l'analyse des quatre critères pertinents en fonction de chaque affaire.

Nous ne pouvons donc pas établir comme règle générale que la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle est toujours admissible. Nous ne pouvons pas dire non plus qu'elle ne l'est jamais. Nous pouvons seulement dire qu'elle peut être admissible si les quatre critères de l'arrêt *Mohan* sont respectés et si son effet préjudiciable ne l'emporte pas sur sa valeur probante. Le juge du procès a commis une erreur s'il a interprété les observations faites dans l'arrêt *Marquard*, précité, comme indiquant avec l'autorité du précédent que la preuve d'expert relative à la déclaration tardive répond toujours au critère de la nécessité. De la même façon, il serait erroné de dire qu'une telle preuve ne peut jamais être admise, comme la Cour d'appel l'a indiqué selon la poursuite. L'admissibilité de la preuve

13

14

basis in the factual context of the case as it develops.

- 15 Against this background, I turn to the issue of whether the *Mohan* criteria for admissibility were met in this case.

A. *Relevance*

- 16 The trial judge found Dr. Marshall's evidence relevant to a fact in issue — the significance of the child's delay in reporting. The Court of Appeal, by contrast, held that the evidence was not relevant to a fact in issue, but only to the complainant's credibility.

- 17 In my view, the trial judge was correct in finding that Dr. Marshall's evidence was relevant to a fact in issue at the trial. The trial turned on the credibility of the complainant. If her testimony was believed, the offence was proved as charged. If there was a reasonable doubt about her credibility, the case was not made out. The issue of delay was subsidiary to the complainant's credibility. The "fact in issue" was whether a child's delay in reporting sexual abuse suggests that the alleged abuse did not occur. The defence put that fact in issue by indicating that it would ask the jury to infer from the delay in reporting that the alleged events were not real occurrences but fabrications. According to the defence, the complainant "was not credible because she waited too long". That was the fact in issue. Dr. Marshall's evidence was relevant to that issue because he discussed reasons other than fabrication, such as fear of not being believed, that might explain why a child would delay reporting sexual abuse.

- 18 It is argued that the relevance requirement is not met because the "fact in issue" — that a child's delay in reporting suggests the events did not occur — is not a fact but a common sense inference. This argument is not persuasive. How the inference is made does not affect whether there is

d'expert doit être déterminée selon chaque cas dans le contexte factuel de l'affaire au fil de son déroulement.

Sur cette toile de fond, j'aborde la question de savoir si les critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan* ont été respectés en l'espèce.

A. *La pertinence*

Le juge du procès a conclu que le témoignage du Dr Marshall était pertinent quant à un fait en litige — l'importance du retard de l'enfant pour rapporter les événements. Par contre, la Cour d'appel a conclu que le témoignage n'était pas pertinent quant à un fait en litige et qu'il l'était uniquement quant à la crédibilité de la plaignante.

J'estime que le juge du procès a raison de conclure que le témoignage du Dr Marshall est pertinent quant à un fait en litige au procès. Le procès est axé sur la crédibilité de la plaignante. Si l'on croit son témoignage, l'infraction reprochée est démontrée. S'il y a un doute raisonnable quant à sa crédibilité, la preuve n'est pas faite. La question du caractère tardif est accessoire à la crédibilité de la plaignante. Le «fait en litige» est la question de savoir si le fait qu'un enfant tarde à rapporter une agression sexuelle indique que l'agression reprochée ne s'est pas produite. La défense a soulevé ce fait en litige en faisant savoir qu'elle demanderait au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements allégués ne s'étaient pas réellement produits, mais qu'ils n'étaient que pure invention. Selon la défense, la plaignante [TRADUCTION] «n'était pas crédible parce qu'elle avait attendu trop longtemps». C'est le fait en litige. Le témoignage du Dr Marshall est pertinent quant à cette question parce qu'il aborde les motifs autres que l'invention, comme la crainte de ne pas être cru, qui peuvent expliquer pourquoi un enfant tarde à rapporter l'agression sexuelle.

On prétend que l'exigence de pertinence n'est pas respectée parce que le «fait en litige», soit que le retard d'un enfant pour rapporter les événements indique que ceux-ci ne se sont pas produits, n'est pas un fait, mais une déduction fondée sur le bon sens. Cet argument n'est pas convaincant. La façon

an issue of fact at stake. Issues of fact include both facts and the logical inferences which may (or may not) be drawn therefrom. At trial, defence counsel made an issue of the reason for the delayed allegation, cross-examining the child and asking the jury to infer from the delay that the events did not occur. For the purposes of determining relevance, it does not matter whether the inference is made by counsel, drawing on “common sense”, or with the assistance of expert evidence. Either way, what is at issue is a factual proposition put by the defence — namely, that a child’s delay in reporting abuse makes it more likely that the abuse did not occur.

The Court of Appeal reasoned that Dr. Marshall’s evidence should be excluded because it represented “a blatant attempt to bolster the credibility of the only witness the Crown had to the alleged assault” (para. 18). Finlayson J.A. noted the principle, with which I agree, that the actual credibility of a particular witness is not generally the proper subject of opinion evidence: see *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Marquard, supra*; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *Mohan, supra*; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. This is known as the rule against oath-helping. In my view, Dr. Marshall’s evidence did not violate that principle. In *Marquard, supra*, at p. 249, I noted that

there is a growing consensus that while expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact.

(See also D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at pp. 131-32.) As Finlayson J.A. recognized, Dr. Marshall had not interviewed the complainant. He could not and did not testify on the issue of whether she was telling the truth. That remained for the jury to evaluate,

dont la déduction est faite n’a aucune incidence sur la question de savoir s’il y a une question de fait en jeu. Les questions de fait comprennent tant les faits que les déductions logiques qui peuvent (ou ne peuvent pas) en être tirées. Au procès, l’avocat de la défense a fait de la raison de l’allégation tardive une question en litige en contre-interrogeant l’enfant et en demandant au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements ne s’étaient pas produits. Pour la détermination de la pertinence, il importe peu que la déduction soit faite par les avocats, selon le «bon sens» ou à l’aide d’une preuve d’expert. D’une manière ou d’une autre, ce qui en litige est une affirmation de fait de la part de la défense — selon laquelle le retard d’un enfant pour rapporter une agression sexuelle rend plus probable le fait que l’agression ne se soit pas produite.

La Cour d’appel explique que le témoignage du Dr Marshall doit être écarté parce qu’il est [TRANSDUCTION] «une tentative flagrante de rehausser la crédibilité du seul témoin de l’agression alléguée que le ministère public avait» (par. 18). Le juge Finlayson souligne le principe, avec lequel je suis d’accord, que la crédibilité même d’un témoin donné ne doit généralement pas faire l’objet d’un témoignage d’opinion: voir *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Marquard, précité*; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *Mohan, précité*; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. C’est un principe qui interdit les témoignages justificatifs. Selon moi, le témoignage du Dr Marshall n’a pas porté atteinte à ce principe. Dans l’arrêt *Marquard, précité*, à la p. 249, j’ai fait remarquer

[qu’il est de plus en plus largement reconnu que, si le témoignage d’expert sur la crédibilité d’un témoin n’est pas admissible, le témoignage d’expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu’il aille au-delà de l’expérience ordinaire du juge des faits.

(Voir également D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2^e éd. 1999), aux pp. 131 et 132.) Comme le reconnaît le juge Finlayson, le Dr Marshall n’a pas interrogé la plaignante. Il ne pouvait pas témoigner sur la question de savoir si elle disait la vérité, et il ne l’a pas fait. Il apparte-

taking into account the testimony given by the child, her mother and Dr. Marshall, along with defence counsel's argument that the jury should infer fabrication.

20 As with much evidence in a trial, Dr. Marshall's testimony could be said to implicate the credibility of the complainant. Such consequences are permissible and indeed almost inevitable in a case that turns on credibility. Expert evidence would not be relevant if it did not make one version of events more probable than another, so it almost always affects the believability of one or more witnesses. It follows that an issue of fact can almost always be reformulated in terms of credibility. This does not necessarily preclude admitting the expert evidence. Provided the evidence does not directly address the issue of credibility *simpliciter*, it may be found relevant, even where the expert's testimony may increase or diminish the credibility of a witness. Here the question at trial was whether the respondent sexually assaulted the complainant. A sub-issue was whether the complainant's delay in reporting suggested that he did not assault her. The expert evidence of Dr. Marshall on the reasons why children may delay reporting sexual abuse was relevant to that sub-issue, without being directed at simply bolstering the complainant's credibility.

B. *Necessity*

21 When it comes to necessity, the question is whether the expert will provide information which is likely to be outside the ordinary experience and knowledge of the trier of fact: *Burns, supra*; *Mohan, supra*; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672. "Necessity" means that the evidence must be more than merely "helpful", but necessity need not be judged "by too strict a standard": *Mohan, supra*, at p. 23. Absolute necessity is not required.

nait au jury d'évaluer cela en tenant compte du témoignage de l'enfant, de celui de sa mère et de celui du Dr Marshall ainsi que de l'argument de l'avocat de la défense selon lequel le jury devait conclure à l'invention.

Comme pour une large part de la preuve à un procès, on pourrait dire que le témoignage du Dr Marshall compromet la crédibilité de la plaignante. De tels effets sont permis et, d'ailleurs, presque inévitables dans une affaire reposant sur la crédibilité. La preuve d'expert ne serait pas pertinente si elle ne rendait pas une version des événements plus probable qu'une autre, de sorte qu'elle touche presque toujours la crédibilité d'un ou de plusieurs témoins. Il s'ensuit qu'une question de fait peut presque toujours être tournée en question de crédibilité. Cela n'empêche pas nécessairement l'admission de la preuve d'expert. Pourvu que la preuve ne porte pas directement sur la simple question de la crédibilité, elle peut être jugée pertinente même si le témoignage de l'expert risque de rehausser ou de diminuer la crédibilité d'un témoin. En l'espèce, la question en litige au procès est de savoir si l'intimé a agressé sexuellement la plaignante. Une question accessoire est de savoir si le retard de la plaignante pour rapporter les événements indique qu'il ne l'a pas agressée. Le témoignage d'expert du Dr Marshall au sujet des raisons pour lesquelles les enfants peuvent rapporter tardivement les agressions sexuelles est pertinent quant à cette question accessoire, sans pour autant viser à rehausser simplement la crédibilité de la plaignante.

B. *La nécessité*

En ce qui a trait à la nécessité, la question est de savoir si l'expert fournit des renseignements qui dépassent vraisemblablement l'expérience et les connaissances ordinaires du juge des faits: *Burns*, précité; *Mohan*, précité; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672. La «nécessité» signifie que la preuve ne doit pas simplement être «utile», mais elle ne doit pas être jugée «selon une norme trop stricte»: *Mohan*, précité, à la p. 23. La nécessité absolue n'est pas requise.

The trial judge concluded that the evidence of delayed disclosure was outside the knowledge and expertise of the jury, citing the statement in *Marquard, supra*, that such evidence has been properly received in the past. (As mentioned earlier, if the trial judge was bypassing a thorough examination of necessity on the basis that it could be inferred as a matter of law, he proceeded contrary to the case-by-case method *Mohan* prescribes. However, the question before us is whether his conclusion was justified, not how he arrived at it.) By contrast, the Court of Appeal held that the question of what inferences could be drawn from delay in disclosure was a matter within the knowledge and expertise of the jury, on which they required no expert help.

The issue again may be put in simple terms: was there a sufficient basis for the trial judge to conclude that the issue of the child's delay in disclosure might involve matters beyond the ordinary knowledge and expertise of the jury? Was the evidence necessary to enable the trier of fact to properly dispose of the credibility issue? In answering this question, we must bear in mind that the trial judge is in the best position of determining the level of the jurors' understanding and what may assist them.

In my view, there was an ample foundation for the trial judge's conclusion that Dr. Marshall's evidence went beyond the ordinary knowledge and expertise of the jury. Based on his knowledge of the relevant scientific literature, Dr. Marshall was able to present insights into why a child might not report incidents of sexual abuse promptly. Those insights might not be within the knowledge of the ordinary juror. Appellate courts have upheld numerous decisions in which trial judges have admitted expert evidence on delayed disclosure to assist the trier of fact in child sexual abuse cases: see, e.g., *C. (G.), supra*; *R. v. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563 (Ont. C.A.); *R. v. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466 (Ont. C.A.); *R. v. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522 (B.C.C.A.). These decisions indicate that there is still a significant

22
Le juge du procès a conclu que la preuve de déclaration tardive dépassait les connaissances et l'expertise du jury, citant l'énoncé fait dans l'arrêt *Marquard*, précité, que des éléments de preuve de cette nature avaient été admis à bon droit par le passé. (Comme je l'ai mentionné précédemment, si le juge du procès ne s'est pas livré à un examen exhaustif de la nécessité parce qu'elle pouvait être déduite en droit, il n'a pas procédé au cas par cas, comme le préconise l'arrêt *Mohan*. Toutefois, la question dont nous sommes saisis est de savoir si sa conclusion était justifiée, et non pas comment il y est arrivé.) Par contre, la Cour d'appel a conclu que le jury n'avait pas besoin de l'aide d'un expert pour tirer ses propres conclusions du caractère tardif de la déclaration, car cela ne dépassait pas ses connaissances et son expertise.

23
Encore une fois, on peut résumer simplement la question: le juge du procès avait-il des motifs suffisants pour conclure que la question du caractère tardif de la déclaration de l'enfant peut porter sur des matières dépassant les connaissances et l'expertise ordinaires du jury? La preuve était-elle nécessaire pour permettre au juge des faits de trancher en toute connaissance de cause la question de la crédibilité? Pour répondre à cette question, nous devons nous rappeler que le juge du procès est le mieux placé pour déterminer le niveau de compréhension des jurés et ce qui peut les aider.

24
J'estime qu'il y a beaucoup de motifs justifiant la conclusion du juge du procès que le témoignage du Dr Marshall dépasse les connaissances et l'expertise ordinaires du jury. Grâce à sa connaissance de la documentation scientifique pertinente, le Dr Marshall a pu fournir des explications approfondies sur les motifs pour lesquels un enfant peut ne pas rapporter rapidement des agressions sexuelles. Il se peut que ces explications dépassent les connaissances du juré ordinaire. Les cours d'appel ont confirmé de nombreuses décisions en matière d'agressions sexuelles contre des enfants dans lesquelles le juge du procès avait admis la preuve d'expert sur le caractère tardif de la déclaration afin d'aider le juge des faits: voir, p. ex., *C. (G.), supra*; *R. c. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563 (C.A. Ont.); *R. c. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C.

perceived need for explanation of children's reactions to abuse, as it may be outside the knowledge and experience of ordinary people.

25 Dr. Marshall testified, in essence, that contrary to what the ordinary juror might assume, there is no "normal" child response. Some abused children complain immediately, others wait for a period of time, and some never disclose the abuse. Thus the timing of the complaint, he testified, does not help to diagnose whether it is true or fabricated. He also outlined the factors that may lead to delay in disclosure, such as fear of reprisal, lack of understanding, fear of disrupting the family, the nature of the child's relationship with the abuser, and the nature of the abuse. Some of these explanations might have occurred to ordinary jurors as a matter of experience and common sense, but some might not have been apparent to them without expert assistance. Having heard on the *voir dire* what Dr. Marshall proposed to say, it was open to the trial judge to conclude that his evidence would assist the jurors by giving them an understanding of the issue of delay in reporting that their ordinary knowledge and experience might not provide.

26 The accused raises three arguments against the finding that Dr. Marshall's evidence met the criterion of necessity. First, he argues that in the area of behavioural science, normal human behaviour should not require expert explanation. Only abnormal behaviour should satisfy the necessity requirement. Since the factors that might explain a delay in disclosure — fear, embarrassment, lack of understanding — are all normal human reactions and by implication within the ken of the jury, he submits that the necessity requirement is not met.

27 I am reluctant to depart from the flexibility of the *Mohan* approach by adumbrating the necessity criterion with sub-rules relating to the type of

(3d) 466 (C.A. Ont.); *R. c. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522 (C.A.C.-B.). Ces décisions indiquent qu'il y a encore un besoin apparent important d'expliquer les réactions des enfants face aux agressions, ces réactions pouvant dépasser les connaissances et l'expérience des gens ordinaires.

Le D^r Marshall a témoigné essentiellement que, contrairement à ce que le juré ordinaire pourrait penser, il n'y a aucune réaction «normale» de l'enfant. Certains enfants agressés se plaignent immédiatement, d'autres attendent un certain temps et d'autres encore ne révèlent jamais l'agression. Selon lui, le moment de la plainte n'aide donc pas à découvrir si celle-ci est vraie ou inventée. Il a également énoncé les facteurs qui peuvent retarder la plainte, comme la crainte de représailles, le manque de compréhension, la crainte de rompre les liens familiaux, la nature de la relation de l'enfant avec l'agresseur et la nature de l'agression. Certaines de ces explications auraient pu être présentes à l'esprit de jurés ordinaires en raison de leur expérience et de leur sens commun, mais certaines auraient pu ne pas leur paraître évidentes sans aide. Ayant entendu lors du *voir-dire* ce que le D^r Marshall se proposait de dire, le juge du procès pouvait conclure que son témoignage aiderait les jurés en leur permettant de comprendre la question de la déclaration tardive, ce que leurs connaissances et leur expérience ordinaires ne leur permettaient pas de faire.

L'accusé a soulevé trois arguments contre la conclusion que le témoignage du D^r Marshall satisfaisait au critère de la nécessité. Il prétend en premier lieu qu'en matière de sciences du comportement, le comportement humain normal ne requiert pas d'explications. Seul le comportement anormal doit satisfaire à l'exigence de nécessité. Il prétend qu'étant donné que les facteurs susceptibles d'expliquer une déclaration tardive — la crainte, la gêne, le manque de compréhension — sont tous des réactions humaines normales, donc à la portée du jury, l'exigence de nécessité n'est pas respectée.

Je suis peu disposée à m'écarter de la méthode souple adoptée dans l'arrêt *Mohan* en assortissant le critère de la nécessité de règles secondaires

science at issue. It seems to me that the wisest course is to retain the present approach. The trial judge must determine necessity in each individual case judged simply by whether the expert testifies on matters beyond the ordinary juror's knowledge and experience. Laying down category-based rules for the admissibility of expert evidence would contradict the principled approach of *Mohan*. I see no reason to judge social sciences by a different standard than other sciences. The *Mohan* criteria already require a qualified expert and permit scrutiny of the newness or validity of the science on which the proposed evidence is based.

Moreover, a rule that expert evidence can be called only on abnormal behaviour would raise problems. It might be difficult to accurately distinguish between "normal" and "abnormal" human behaviour: see *Mohan, supra*, at pp. 35-36 (thus raising the spectre of ancillary expert evidence on what is normal and abnormal). Another problem is that the proposed rule rests on a questionable assumption — that ordinary jurors will invariably know all they need to know about "normal" behaviour in order to do justice in all cases. Judges and jurors are human, but their knowledge of a particular aspect of human behaviour may not equal that of an expert. As Wilson J. wrote in *Lavallee, supra*, at pp. 870-71:

The longstanding recognition that psychiatric or psychological testimony also falls within the realm of expert evidence is predicated on the realization that in some circumstances the average person may not have sufficient knowledge of or experience with human behaviour to draw an appropriate inference from the facts before him or her.

In such cases, expert testimony may be necessary to assist the trier of fact in resolving an issue. This does not mean, of course, that expert evidence is required in all cases in which the issue of delayed disclosure arises. It is for the parties to assess, and

selon le type de science en cause. Il me semble que la sagesse commande de conserver la méthode actuelle. Le juge du procès doit évaluer la nécessité dans chaque cas simplement en déterminant si l'expert témoigne sur des questions dépassant les connaissances et l'expérience du juré ordinaire. Établir des règles selon des catégories pour l'admissibilité de la preuve d'expert irait à l'encontre de la méthode fondée sur des principes de l'arrêt *Mohan*. Je ne vois aucune raison de juger les sciences sociales selon une norme différente de celle applicable aux autres sciences. Les critères de l'arrêt *Mohan* exigent déjà la qualification de l'expert et permettent l'examen du caractère nouveau ou de la validité de la science sur laquelle la preuve invoquée est fondée.

De plus, une règle selon laquelle une preuve d'expert ne pourrait être présentée qu'en présence d'un comportement anormal causerait des problèmes. Il pourrait être difficile de faire une distinction précise entre le comportement humain «normal» et celui qui est «anormal»: voir *Mohan, précité*, aux pp. 35 et 36 (ce qui peut faire craindre la présentation d'une preuve d'expert accessoire sur ce qui est normal et ce qui est anormal). Une autre difficulté provient du fait que la règle proposée repose sur une prémisse douteuse — que les jurés ordinaires connaîtront nécessairement tout ce qu'ils ont besoin de connaître sur le comportement «normal» pour rendre justice dans toutes les affaires. Les juges et les jurés sont humains, mais leur connaissance d'une facette particulière du comportement humain peut ne pas valoir celle d'un expert. Comme le juge Wilson l'a écrit dans l'arrêt *Lavallee, précité*, aux pp. 870 et 871:

Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une connaissance ou une expérience suffisante du comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée.

Dans de tels cas, le témoignage d'un expert peut se révéler nécessaire pour aider le juge des faits à trancher une question. Cela ne signifie évidemment pas que la preuve d'expert est requise dans tous les cas où se pose la question du caractère tar-

ultimately the trial judge to decide, whether the facts of a particular case establish a need to put expert evidence before the trier of fact: *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

dif de la déclaration. Il incombe aux parties de déterminer, et au juge du procès de décider, si les faits d'une affaire particulière établissent le besoin de soumettre une preuve d'expert au juge des faits: *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

29

The accused's second argument against necessity is that the expert evidence on reasons for delay was not required because the child herself explained why she had not reported the incident more promptly. The fact that the complainant testifies does not preclude the trial judge from admitting other evidence on the issue. The defence having put the reason for delay in question by suggesting that it showed that the incidents had not occurred, it was open to the trial judge to permit the prosecution to respond with evidence of other possibilities. In so far as the expert provided information and insights that went beyond the complainant's testimony and the ordinary juror's knowledge, it might well have been required to assist the jury in properly assessing her credibility. Dr. Marshall's evidence did not simply repeat the complainant's evidence. He went further, positing that such explanations are common among child abuse victims. Furthermore, the current scientific consensus is that the truth or falsity of such an allegation cannot be determined on the basis of its timing. This was a subject that the child could not and did not attempt to address.

Le deuxième argument de l'accusé contre la nécessité est que la preuve d'expert relative au retard n'était pas nécessaire parce que l'enfant elle-même a expliqué pourquoi elle n'avait pas rapporté l'incident plus tôt. Le fait que la plaignante témoigne n'empêche pas le juge du procès d'admettre d'autres éléments de preuve sur cette question. La défense ayant fait de la raison du retard une question en litige en faisant valoir qu'il démontre que les incidents ne sont pas produits, il est loisible au juge du procès de permettre à la poursuite de réagir en présentant la preuve de l'existence d'autres possibilités. Dans la mesure où la preuve d'expert fournit des renseignements et des explications approfondies allant au-delà du témoignage de la plaignante et des connaissances du juré ordinaire, elle peut fort bien être nécessaire pour aider le jury à évaluer à bon escient sa crédibilité. Le témoignage du Dr Marshall ne fait pas que répéter celui de la plaignante. Il est allé plus loin en énonçant que de telles explications sont habituelles chez les enfants victimes d'agressions sexuelles. En outre, le consensus scientifique actuel est que la véracité ou la fausseté d'une telle allégation ne peut être déterminée selon le moment où elle est faite. C'est un sujet que l'enfant ne pouvait pas aborder, et elle n'a pas tenté de le faire.

30

The accused's third argument on necessity is that to the extent there was something the jury might not know from their own experience, the trial judge could have relayed this instruction to the jury in his charge. I agree that a trial judge considering the need to call expert evidence can ask whether the same thing could be accomplished by a warning to the jury. To the extent it can, the need to call the expert evidence may be diminished. However, before concluding that a jury direction renders expert evidence unnecessary, the trial judge must be satisfied that the jury instruction will achieve the same purpose as the expert

Le troisième argument de l'accusé relativement à la nécessité est que, s'il y avait des choses que les jurés ne pouvaient pas savoir d'après leur expérience, le juge du procès aurait pu donner au jury une directive en ce sens dans son exposé. Je conviens que le juge d'un procès qui examine la nécessité de présenter une preuve d'expert peut se demander si une mise en garde au jury permettrait de parvenir au même résultat. Si c'est le cas, la preuve d'expert peut se révéler moins utile. Cependant, avant de conclure qu'une directive au jury rendrait inutile la présentation d'une preuve d'expert, le juge du procès doit être convaincu qu'elle

evidence. If not, the expert evidence may still remain necessary.

In this case, it is suggested that the trial judge could have told the jury that children who suffer sexual abuse do not always complain at the first opportunity and that the jury should not automatically infer from delay in disclosure that the events did not take place and the complainant fabricated them. It is questionable whether such a warning would have served as a complete substitute for the expert evidence. The expert testified not only that many children do not report abuse immediately, but also went on to discuss the reasons why children may delay, based on the scientific literature. This additional information might reasonably have assisted the jury in deciding what, if anything, to infer from the delay, in a way that the proposed direction by the trial judge would not. If so, the evidence remained necessary.

Moreover, the expert is subject to cross-examination. After the expert's evidence is tested by cross-examination, the jury might be in a better position to evaluate the issue of delay than if it only received a simple judicial warning that delay in reporting does not necessarily mean that the child was fabricating the event. Finally, the trial judge may conclude that the jury needs to receive information on the issue immediately, rather than awaiting the end of the trial. Given the risks inherent in instructing the jury in segments throughout the trial (see *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109), the trial judge may find expert evidence timely. In *T.E.M.*, *supra*, the court held that a trial judge may instruct the jury that people who suffer sexual abuse do not always complain at the first opportunity and that the trier of fact must not make an adverse inference on the complainant's credibility based purely on the stereotype that any delay in disclosure indicates falsehood. The court went on to add that the availability of an instruction does not prevent the parties from also leading expert

permet d'atteindre le même but que la preuve d'expert. Sinon, celle-ci peut demeurer nécessaire.

En l'espèce, on prétend que le juge du procès aurait pu dire au jury que les enfants victimes d'agression sexuelle ne se plaignent pas toujours à la première occasion et qu'il ne doit pas déduire automatiquement du caractère tardif de la déclaration que les événements n'ont pas eu lieu et que la plaignante les a inventés. Rien ne garantit qu'une telle mise en garde aurait parfaitement pu remplacer la preuve d'expert. L'expert a non seulement témoigné que plusieurs enfants ne rapportaient pas l'agression immédiatement, mais il a également abordé les raisons pour lesquelles les enfants pouvaient le faire tardivement, en se fondant sur la documentation scientifique. Ces renseignements supplémentaires peuvent raisonnablement avoir aidé le jury, d'une manière que ne peut le faire la directive proposée du juge du procès, à décider ce qu'il doit déduire du caractère tardif de la déclaration et s'il doit en déduire quelque chose. Si tel est le cas, la preuve demeure nécessaire.

De plus, l'expert peut être contre-interrogé. Suivant la mise à l'épreuve du témoignage de l'expert par le contre-interrogatoire, le jury pourrait être mieux placé pour évaluer la question du caractère tardif de la déclaration que s'il ne recevait qu'une simple mise en garde selon laquelle la déclaration tardive ne signifie pas nécessairement que l'enfant a inventé l'histoire. Enfin, le juge du procès peut conclure que le jury a besoin de recevoir des renseignements sur la question immédiatement, plutôt qu'à la fin du procès. Étant donné les risques inhérents de la fragmentation des directives au cours du procès (voir *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109), le juge du procès peut estimer que la preuve d'expert est présentée à un moment opportun. Dans l'arrêt *T.E.M.*, précité, la cour conclut que le juge du procès peut donner au jury la directive que les victimes d'agression sexuelle ne se plaignent pas toujours à la première occasion et que le juge des faits ne doit pas tirer, relativement à la crédibilité du plaignant, une conclusion défavorable purement fondée sur le stéréotype que toute déclaration tardive indique la fausseté. La cour ajoute que la possibilité de directive n'empêche pas les parties de

31

32

evidence on the issue. I agree: expert evidence may serve purposes that instruction does not.

33 Given the additional assistance that Dr. Marshall's testimony may have provided to the jury, I cannot conclude that the trial judge erred by failing to find that it was unnecessary because he could have given a jury warning. This is particularly so in view of the fact that the defence never raised this argument at trial. That said, the trial judge on the new trial should consider whether the expert's testimony is necessary to that trial in light of all the relevant circumstances, including the arguments of counsel and the possibility of a judicial instruction.

C. *No Other Exclusionary Rule*

34 The third criterion for admitting expert evidence is that it must not be excluded by the operation of any other rule. The only exclusionary rule raised here is the principle that an expert may not testify on the ultimate issue of credibility. As discussed earlier, this rule was not violated because Dr. Marshall testified on an issue that was subsidiary to the complainant's credibility. He did not express an opinion on whether her allegations were true or false. It was left for the jury to determine whether they accepted all, some or none of the evidence of the complainant.

D. *Properly Qualified Expert*

35 The final requirement for admissibility is that the expert be properly qualified. Neither the accused nor the Court of Appeal suggested that Dr. Marshall was not properly qualified to testify on the subject of delayed disclosure.

E. *Probative Value Versus Prejudicial Effects*

36 This leaves for consideration the general requirement that the probative value of expert evidence must outweigh its prejudicial effects. Probative value is determined by considering the rela-

présenter une preuve d'expert sur la question. Je suis d'accord: la preuve d'expert peut servir à autre chose que les directives.

Étant donné que le témoignage du Dr Marshall a peut-être apporté une aide supplémentaire au jury, je ne peux pas affirmer que le juge du procès a commis une erreur en ne concluant pas qu'il n'était pas nécessaire parce qu'il aurait pu faire une mise en garde au jury. Surtout que la défense n'a jamais soulevé cet argument au procès. Cela dit, le juge saisi du nouveau procès doit déterminer si le témoignage est nécessaire dans ce procès, d'après toutes les circonstances pertinentes, notamment les arguments des avocats et la possibilité d'une directive de sa part.

C. *L'absence d'autres règles d'exclusion*

Le troisième critère d'admissibilité de la preuve d'expert est qu'elle ne doit pas être écartée par l'application de quelque autre règle. La seule règle d'exclusion invoquée en l'espèce est le principe voulant qu'un expert ne peut pas témoigner sur la question de la crédibilité elle-même. Comme je l'ai mentionné précédemment, on n'a pas contrevenu à cette règle parce que le Dr Marshall a témoigné au procès sur une question qui ne touchait qu'accessoirement la crédibilité de la plaignante. Il n'a exprimé aucune opinion sur la question de savoir si les allégations de cette dernière étaient vraies ou fausses. Il incombait au jury de déterminer s'il acceptait le témoignage de la plaignante en tout ou en partie ou s'il ne l'acceptait pas du tout.

D. *La qualification de l'expert*

La dernière exigence relative à l'admissibilité est la qualification de l'expert. Ni l'accusé ni la Cour d'appel n'ont prétendu que le Dr Marshall n'avait pas la qualification nécessaire pour témoigner sur la question du caractère tardif.

E. *La valeur probante par rapport aux effets préjudiciables*

Il ne reste qu'à examiner l'exigence générale que la valeur probante de la preuve d'expert l'emporte sur ses effets préjudiciables. La valeur probante est déterminée par l'examen de la fiabilité,

bility, materiality and cogency of the expert testimony: see *K. (A.)*, *supra*, at para. 114 (*per* Charron J.A.). As with the other elements of the *Mohan* test, probative value and prejudicial effects are case-specific. The determinations made by the trial judge deserve appellate deference. In this case, Dr. Marshall's evidence brought relevant facts and opinions to the case that were not within the jury's knowledge and would not otherwise have been available to assist them. Dr. Marshall's qualifications were not questioned. His testimony was understandable and convincing. Taken together, these factors suggest that the expert evidence possessed considerable probative value.

The accused argues that the probative value of the evidence was outweighed by two important prejudicial effects: (1) that Dr. Marshall's evidence would neutralize a legitimate line of argument and interfere with his right of self-defence; and (2) that Dr. Marshall's evidence would distort the trial process through the undue weight the jury may place on expert evidence.

The first alleged prejudicial effect does not withstand scrutiny. As the trial judge noted in his decision on the *voir dire*, admitting Dr. Marshall's evidence would not prohibit defence counsel from making its "common sense" argument that delay casts doubt on whether the alleged assaults occurred. The Crown's expert evidence merely countered that argument by providing evidence that it was contrary to the current consensus in the scientific community. Conflicting evidence and inferences are the natural product of the adversarial nature of the trial process. Each side seeks to bring evidence to support its arguments. Expert witnesses are subject to cross-examination to probe the validity of their evidence and the weight to be assigned to it. At the end of the day, the jury decides what they accept and what they reject. Evidence is neither inadmissible nor unfair simply

de l'importance et du caractère convaincant du témoignage de l'expert: voir *K. (A.)*, précité, au par. 114 (le juge Charron). Comme les autres critères de l'arrêt *Mohan*, la valeur probante et les effets préjudiciables sont spécifiques à l'affaire. Les conclusions tirées par le juge du procès méritent la retenue de la part de la cour d'appel. En l'espèce, le témoignage du Dr Marshall ajoute à la preuve des faits et opinions qui dépassent les connaissances du jury et dont celui-ci n'aurait pas pu bénéficier autrement. Les qualifications du Dr Marshall n'ont pas été mises en doute. Son témoignage était compréhensible et convaincant. Considérés ensemble, ces facteurs indiquent que la preuve d'expert avait une valeur probante considérable.

L'accusé prétend que la valeur probante de la preuve est surpassée par deux importants effets préjudiciables: 1) le témoignage du Dr Marshall contrerait un argument légitime et porterait atteinte à son droit de se défendre; 2) le témoignage du Dr Marshall fausserait le déroulement du procès en raison de l'importance indue que le jury pourrait accorder à la preuve d'expert.

Le premier effet préjudiciable allégué ne résiste pas à l'analyse. Comme le juge du procès l'a souligné dans sa décision sur le *voir-dire*, le fait d'admettre le témoignage du Dr Marshall n'empêcherait pas l'avocat de la défense de présenter son argument fondé sur le «bon sens» que le caractère tardif de la déclaration met en doute la véracité des agressions alléguées. La preuve d'expert du ministère public ne fait que contrer cet argument en fournissant un témoignage selon lequel l'argument va à l'encontre du consensus actuel de la communauté scientifique. La preuve et les déductions contraires découlent naturellement de la nature contradictoire du déroulement du procès. Chaque partie cherche à présenter des éléments de preuve à l'appui de ses arguments. Les témoins experts sont soumis au contre-interrogatoire pour que l'on puisse évaluer la validité de leur témoignage et le poids qui doit y être attribué. Le jury détermine en bout de ligne ce qu'il accepte et ce qu'il rejette. La preuve n'est ni inadmissible ni inéquitable

37

38

because it contradicts an argument put by the other side.

simplement parce qu'elle contredit un argument présenté par la partie adverse.

39 The second prejudicial effect merits closer consideration. Low value expert testimony can distort the fact-finding process by taking a relatively simple issue, dressing it up in scientific language and presenting the trier of fact with a ready-made decision. The jury may be tempted to avoid engaging in serious consideration of the actual facts and instead rely on the apparent expertise of the scientist. In effect, the expert may usurp the domain of the jury. Trial judges must take this possibility into account in determining whether the prejudicial effect of expert evidence outweighs its probative value.

Le deuxième effet préjudiciable mérite un examen plus approfondi. Un témoignage d'expert de peu de valeur peut fausser le processus de recherche des faits en prenant une question relativement simple, en l'exprimant en des termes scientifiques et en la présentant au juge des faits avec une décision toute prête. Le jury peut être tenté d'éviter de se livrer à un examen sérieux des faits véritables et de se fier plutôt à l'expertise apparente du scientifique. Dans les faits, l'expert peut usurper les fonctions du jury. Le juge du procès doit tenir compte de cette possibilité lorsqu'il détermine si l'effet préjudiciable de la preuve d'expert l'emporte sur sa valeur probante.

40 Part of this concern is addressed at the necessity stage: a party seeking to call expert evidence must show that the subject matter of the expert's opinion falls outside the likely range of knowledge and experience of the trier of fact. Nonetheless, that may not suffice. Even if expert evidence may assist the judge or jury, that benefit must be balanced against its costs. Can the expert address the issue in understandable terms? Is the judge or jury likely to take the expert's word as unchallengeable truth, or will the trier of fact be able to examine it critically? At the same time, the judge must not underestimate the ability of jurors to assess evidence; they may be quite capable of discerning whether scientific information is legitimate or not, as long as it is presented in accessible language.

Cette préoccupation est abordée en partie à l'étape de la nécessité: une partie cherchant à présenter une preuve d'expert doit démontrer que l'objet de l'opinion de l'expert dépasse la portée probable des connaissances et de l'expérience du juge des faits. Néanmoins, cela peut ne pas suffire. Même si la preuve d'expert peut aider le juge ou le jury, cette aide doit être soupesée par rapport à ses coûts. L'expert peut-il traiter de la question en termes compréhensibles? Le juge ou le jury risquent-ils de considérer la parole de l'expert comme vérité absolue, ou est-il capable de l'examiner avec un esprit critique? Par ailleurs, le juge ne doit pas sous-estimer la capacité des jurés d'évaluer la preuve; ils peuvent fort bien être capables de voir si les renseignements scientifiques sont légitimes ou non, dans la mesure où ils sont présentés en des termes faciles à comprendre.

41 The concern that the jury may be misled was not made out in this case. Dr. Marshall testified in a clear and straightforward manner. He avoided scientific terms which might obfuscate the issue and confuse the jury. His evidence was easy to understand and well within the ability of the jury to evaluate. Unlike some expert witnesses, Dr. Marshall did not rely on his credentials or "the mystique of science" to bolster his testimony: see *Béland, supra*, at p. 434. Nor did his testimony verge on advocacy. He neither explicitly nor implicitly commented on the complainant's credibility or the ulti-

On n'a pas soulevé en l'espèce la préoccupation que le jury pouvait être induit en erreur. Le Dr Marshall a témoigné de façon claire et directe. Il a évité les termes scientifiques susceptibles d'obscurcir la question et de dérouter les membres du jury. Son témoignage était facile à comprendre et le jury était bien en mesure de l'évaluer. Contrairement à certains témoins experts, le Dr Marshall ne s'est pas fondé sur ses qualifications ni sur la «mystique de la science» pour donner plus de force à son témoignage: voir *Béland*, précité, à la p. 434. Son témoignage ne s'apparentait pas à

mate issue of the guilt or innocence of the accused. Defence counsel engaged Dr. Marshall in cross-examination and did not seem hindered by the scientific nature of the evidence. On the circumstances that prevailed in the trial below, I cannot conclude that the trial judge erred in holding that the probative value of Dr. Marshall's evidence outweighed its prejudicial effects.

V. Conclusion

I conclude that the record amply supports the trial judge's conclusion that Dr. Marshall's evidence was admissible. The Court of Appeal erred in holding that the evidence should not have been admitted and should not be admitted on the new trial. At the new trial, it will be up to the trial judge to consider the facts, the issues and the submissions of counsel and determine whether the evidence of Dr. Marshall (or any other expert the parties seek to call) meets the *Mohan* criteria for determining admissibility.

Given that the expert evidence issue was secondary to the Court of Appeal's main ruling that a new trial is necessary on other grounds, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial on the issue on which error was conceded.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

MAJOR J. — This appeal raises the question of whether expert evidence may be admitted to inform the jury that children who have suffered sexual abuse respond in different ways with respect to disclosing the abuse. The expert here did not interview the child, so his evidence was not specific to this complainant but was a general explanation applicable to all children.

une plaidoirie. Il n'a jamais explicitement ou implicitement exprimé une opinion sur la crédibilité de la plaignante ou sur la question même de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. L'avocat de la défense a mis à l'épreuve le D^r Marshall en contre-interrogatoire, et la nature scientifique de la preuve n'a pas semblé le gêner. Vu les circonstances ayant entouré le procès, je ne peux pas conclure que le juge du procès a commis une erreur en concluant que la valeur probante du témoignage du D^r Marshall l'emportait sur ses effets préjudiciables.

V. Conclusion

Je conclus que le dossier appuie amplement la conclusion du juge du procès que le témoignage du D^r Marshall était admissible. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la preuve n'aurait pas dû être admise et qu'elle ne devait pas l'être lors du nouveau procès. Au nouveau procès, il appartiendra au juge d'examiner les faits, les questions en litige et les arguments des avocats et de déterminer si le témoignage du D^r Marshall (ou de tout autre expert que les parties désirent faire entendre) satisfait aux critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan*.

Étant donné que la question de la preuve d'expert était secondaire par rapport à la décision principale de la Cour d'appel, selon laquelle la tenue d'un nouveau procès était nécessaire pour d'autres motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès relativement à la question sur laquelle l'existence d'une erreur a été admise.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une preuve d'expert peut être admise pour informer le jury que les enfants qui ont subi des agressions sexuelles réagissent différemment en ce qui a trait à la révélation de ces agressions. En l'espèce, l'expert n'a pas interrogé l'enfant, de sorte que son témoignage ne se rapporte pas à la plaignante en particulier mais est une explication générale applicable à tous les enfants.

42

43

44

45 The reasons of the Chief Justice conclude that the evidence of the child psychologist should be admissible as expert evidence. I reach a different conclusion. In my respectful opinion, the expert evidence tendered by the Crown failed to meet the necessity requirement identified in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, to which these reasons are confined.

I. General Approach to the Necessity Requirement

A. *Standard of Necessity*

46 The second requirement of the *Mohan* analysis exists to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated. Mere relevance or “helpfulness” is not enough. The evidence must also be necessary.

47 I agree with the Chief Justice that some degree of deference is owed to the trial judge’s discretionary determination of whether the *Mohan* requirements have been met on the facts of a particular case, but that discretion cannot be used erroneously to dilute the requirement of necessity. *Mohan* expressly states that mere helpfulness is too low a standard to warrant accepting the dangers inherent in the admission of expert evidence. *A fortiori*, a finding that some aspects of the evidence “might reasonably have assisted the jury” is not enough. As stated by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant,

expert evidence must be necessary in order to allow the fact finder: (1) to appreciate the facts due to their technical nature, or; (2) to form a correct judgment on a matter if ordinary persons are unlikely to do so without the assistance of persons with special knowledge.

(*The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 620, citing *Mohan*, *supra*, at p. 23.)

B. *Dangers of Expert Evidence*

48 In *Mohan*, Sopinka J. stated that the need for expert evidence must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. A brief examination of the dangers associated with the

Dans ses motifs, le Juge en chef conclut que le témoignage du psychologue pour enfants devrait être admis en tant que preuve d’expert. J’arrive à une conclusion différente. À mon avis, la preuve d’expert présentée par le ministère public ne satisfait pas à l’exigence de nécessité énoncée dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à laquelle les présents motifs se limitent.

I. Analyse générale de l’exigence de nécessité

A. *La norme de la nécessité*

La deuxième exigence énoncée dans l’analyse de l’arrêt *Mohan* vise à ce que les dangers liés à la preuve d’expert ne soient pas traités à la légère. La simple pertinence ou «utilité» ne suffit pas. La preuve doit aussi être nécessaire.

Je conviens avec le Juge en chef qu’il faut traiter avec une certaine retenue l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès lorsqu’il détermine si, d’après les faits d’une affaire donnée, les exigences de l’arrêt *Mohan* ont été respectées; mais ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé erronément pour diluer l’exigence de nécessité. L’arrêt *Mohan* dit expressément que la simple utilité est un seuil trop bas pour justifier l’acceptation des dangers inhérents à l’admission de la preuve d’expert. À plus forte raison, la conclusion que certaines facettes de la preuve «peuvent raisonnablement avoir aidé le jury» ne suffit pas. Comme l’ont indiqué J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant,

[TRADUCTION] la preuve d’expert doit être nécessaire pour permettre au juge des faits: 1) soit d’évaluer les faits, compte tenu de leur technicité, 2) soit de se former une opinion juste sur une affaire s’il est peu probable que des personnes ordinaires puissent le faire sans l’aide de personnes ayant des connaissances particulières.

(*The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 620, citant l’arrêt *Mohan*, précité, à la p. 23.)

B. *Les dangers de la preuve d’expert*

Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka dit que la nécessité de la preuve d’expert doit être évaluée à la lumière de la possibilité qu’elle fausse le processus de recherche des faits. Il est utile pour

admission of expert evidence is helpful to the analysis of this appeal.

A basic tenet of our law is that the usual witness may not give opinion evidence, but testify only to facts within his knowledge, observation and experience. This is a commendable principle since it is the task of the fact finder, whether a jury or judge alone, to decide what secondary inferences are to be drawn from the facts proved.

However, common law courts have since the 14th century recognized that certain exceptional issues require the application of special knowledge lying outside the experience of the usual trier of fact. Expert opinion evidence became admissible as an exception to the rule against opinion evidence in those cases where it was necessary to provide “a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate” (*R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42).

Despite the emergence of the exception, it has been repeatedly recognized that the admissibility requirements of expert evidence do not eliminate the dangers traditionally associated with it. Nevertheless, they are tolerated in those exceptional cases where the jury would be unable to reach their own conclusions in the absence of assistance from experts with special knowledge.

Historically, there existed two modes of utilizing such expert knowledge as was available: first, to select jurors who by experience were best suited to deal with the facts before them, and second, to call experts as friends of the court rather than as witnesses for one side or the other. (See Learned Hand, “Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony” (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.) In this manner, the neutrality of the experts was assured. This notion has long disappeared and now the “professional expert witness” has emerged. Although not biased in a dishonest sense, these witnesses frequently move from the impartiality generally associated with professionals

l’analyse du présent pourvoi d’examiner brièvement les dangers liés à l’admission de la preuve d’expert.

Selon un principe fondamental de notre droit, le témoin ordinaire ne peut pas rendre un témoignage d’opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience. Il s’agit d’un principe louable puisqu’il appartient au juge des faits, qu’il s’agisse d’un jury ou d’un juge seul, de décider quelles conclusions secondaires doivent être tirées des faits prouvés.

Toutefois, les tribunaux de common law reconnaissent depuis le 14^e siècle que certaines questions exceptionnelles requièrent l’application de connaissances particulières dépassant l’expérience du juge des faits ordinaire. La preuve d’expert est devenue admissible à titre d’exception à la règle contre les témoignages d’opinion dans les cas où il était nécessaire de fournir «une conclusion toute faite que [le juge et le jury], en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler» (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42).

Malgré l’émergence de l’exception, il a été reconnu à maintes reprises que les exigences d’admissibilité de la preuve d’expert n’éliminaient pas les dangers qui y sont traditionnellement liés. Néanmoins, ils sont tolérés dans les cas exceptionnels où le jury serait incapable de tirer ses propres conclusions sans l’aide d’experts ayant des connaissances particulières.

Par le passé, il existait deux façons d’utiliser les connaissances d’expert disponibles: premièrement, en choisissant des jurés qui, en raison de leur expérience, étaient les plus aptes à examiner les faits dont ils étaient saisis; deuxièmement, en faisant entendre les experts à titre d’amis de la cour plutôt qu’à titre de témoins d’une partie ou de l’autre. (Voir Learned Hand, «Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony» (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.) De cette manière, la neutralité des experts était assurée. Cette notion est disparue depuis longtemps et le «témoin expert professionnel» est apparu. Bien qu’ils n’aient aucun parti-pris dicté par la malhonnêteté, ces

49

50

51

52

to advocates in the case. In some notable instances, it has been recognized that this lack of independence and impartiality can contribute to miscarriages of justice. (See, e.g., *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report) (1998), at p. 172.)

53 The primary danger arising from the admission of any opinion evidence is that the province of the jury might be usurped by that of the witness. This danger is especially prevalent in cases of expert opinion evidence. Faced with an expert's impressive credentials and mastery of scientific jargon, jurors are more likely to abdicate their role as fact-finders and simply attorn to the opinion of the expert in their desire to reach a just result. See *Mohan, supra, per Sopinka J.* at p. 21:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. As La Forest J. stated in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 434, with respect to the evidence of the results of a polygraph tendered by the accused, such evidence should not be admitted by reason of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science".

54 The danger of attornment to the opinion of the expert is further increased by the fact that expert evidence is highly resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field. In cases where there is no competing expert evidence, this will have the effect of depriving the jury of an effective framework within which to evaluate the merit of the evidence.

55 Additional dangers are created by the fact that expert opinions are usually derived from academic literature and out-of-court interviews, which material is unsworn and not available for cross-exami-

témoins passent fréquemment de l'impartialité généralement associée aux professionnels à la défense d'une idée. Il a été reconnu dans certains cas notoires que ce manque d'indépendance et d'impartialité pouvait contribuer aux erreurs judiciaires. (Voir, p. ex., *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (le rapport Kaufman) (1998), aux pp. 199 et 200.)

Le principal danger découlant de l'admission d'un témoignage d'opinion est que les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin. Ce danger est particulièrement présent dans les cas de témoignages d'opinion d'experts. Devant les qualifications impressionnantes d'un expert et sa maîtrise du langage scientifique, les jurés sont plus susceptibles d'abandonner leur rôle de juge des faits et de simplement s'en remettre à l'opinion de l'expert dans leur désir d'en venir à un résultat juste. Voir *Mohan*, précité, le juge Sopinka, à la p. 21:

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, relativement au témoignage sur les résultats d'un détecteur de mensonges produits par l'accusé, une telle preuve ne devrait pas être admise en raison de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science».

Le danger de s'en remettre à l'opinion de l'expert est davantage aggravé par le fait que la preuve d'expert est très imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine. Dans les affaires où il n'y a aucune preuve d'expert contradictoire, cela a pour effet de priver le jury d'un cadre efficace dans lequel évaluer le bien-fondé de la preuve.

Des dangers supplémentaires sont créés par le fait que les opinions d'expert découlent généralement de la documentation scientifique et d'entrevues extrajudiciaires, car ces informations ne sont

nation. Though not properly admissible as evidence for the proof of its contents, this material generally finds its way into the proceedings because "if an expert is permitted to give his opinion, he ought to be permitted to give the circumstances upon which that opinion is based" (*R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.), at p. 65). In many cases, this material carries with it prejudicial effects which require special instructions to the jury (*Abbey, supra*, at p. 45).

Finally, expert evidence is time-consuming and expensive. Modern litigation has introduced a proliferation of expert opinions of questionable value. The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into "a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept" (*Mohan, supra*, at p. 24).

C. Summary of General Approach to Necessity

In summary of the general principles expressed above, I adopt the following passage by Professor Paciocco:

As the *Mohan* Court explained, the four-part test serves as recognition of the time and expense that is needed to cope with expert evidence. It exists in appreciation of the distracting and time-consuming thing that expert testimony can become. It reflects the realization that simple humility and a desire to do what is right can tempt triers of fact to defer to what the expert says. It even addresses the fact that with expert testimony, lawyers may be hard-pressed to perform effectively their function of probing and testing and challenging evidence because its subject matter will often pull them beyond their competence, let alone their expertise. This leaves the trier of fact without sufficient information to assess its reliability adequately, increasing the risk that the expert opinion will simply be attributed to. When should we place the legal system and the truth at such risk by allowing expert evidence? Only when lay persons are apt to come to a wrong conclusion without expert assis-

pas attestées sous serment et ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Bien qu'en principe elles ne soient pas admissibles en tant que preuve de leur contenu, ces informations finissent généralement par faire partie des procédures parce que [TRADUCTION] «si l'on permet à un expert de donner son opinion, on devrait lui permettre de divulguer les circonstances sur lesquelles celle-ci se fonde» (*R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), à la p. 65). Souvent, ces informations ont des effets préjudiciables qui requièrent des directives spéciales au jury (*Abbey, précité*, à la p. 45).

Enfin, la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en «un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter» (*Mohan, précité*, à la p. 24).

C. Résumé de l'analyse générale de l'exigence de nécessité

Pour résumer les principes généraux exposés précédemment, j'adopte les propos suivants du professeur Paciocco:

[TRADUCTION] Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Mohan*, le critère en quatre parties permet de prendre conscience du temps et des dépenses qu'exige la preuve d'expert. Ce critère existe pour la raison que le témoignage d'expert peut détourner l'attention et prendre énormément de temps. Il reflète la constatation que la simple humilité et le désir de faire ce qui est juste peut amener le juge des faits à s'en remettre à ce que dit l'expert. Il vise même le fait qu'avec le témoignage d'expert, les avocats peuvent avoir beaucoup de mal à exercer efficacement leurs fonctions d'examiner, d'éprouver et de contester la preuve parce que son objet dépasse leur compétence, et à plus forte raison leur expertise. Il en résulte que le juge des faits manque de renseignements pour évaluer adéquatement la fiabilité de la preuve, ce qui accroît le risque qu'il s'en remette simplement à l'opinion d'expert. Quand devons-nous faire courir un tel risque au système juridique et à la vérité en

tance, or where access to important information will be lost unless we borrow from the learning of experts. As *Mohan* tells us, it is not enough that the expert evidence be helpful before we will be prepared to run these risks. That sets too low a standard. It must be necessary.

(D. Paciocco, *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), at pp. 16-17.)

II. Application of General Principles

A. Introduction

58 In my view, the content of the expert evidence admitted in this case was not unique or scientifically puzzling but was rather the proper subject for a simple jury instruction. This being the case, its admission was not necessary.

59 Distilling the probative elements of Dr. Marshall's testimony from its superfluous and prejudicial elements, one bald statement of principle emerges. In diagnosing cases of child sexual abuse, the timing of the disclosure, standing alone, signifies nothing. Not all victims of child sexual abuse will disclose the abuse immediately. It depends upon the circumstances of the particular victim. I find surprising the suggestion that a Canadian jury or judge alone would be incapable of understanding this simple fact. I cannot identify any technical quality to this evidence that necessitates expert opinion.

B. The Law in Relation to Timing of Disclosure

60 In medieval times, the opinion expressed in Dr. Marshall's evidence was contrary to our law. Authorities from as early as the 13th century reveal that the common law once contained an absolute requirement that victims of sexual abuse raise an immediate "hue and cry" in order for their appeal to be heard. An example is provided by the following archaic passage cited in *Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, at p. 764:

permettant la preuve d'expert? Seulement quand les profanes sont susceptibles d'en venir à une conclusion erronée sans l'aide d'experts ou qu'ils seront privés de renseignements importants s'ils ne peuvent recourir aux connaissances d'experts. Comme l'arrêt *Mohan* nous l'indique, il ne suffit pas que la preuve d'expert soit utile pour que nous soyons prêts à courir ces risques. C'est un critère trop faible. Elle doit être nécessaire.

(D. Paciocco, *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), aux pp. 16 et 17.)

II. L'application des principes généraux

A. Introduction

J'estime que le contenu de la preuve d'expert admise en l'espèce n'est pas exceptionnel ni incertain sur le plan scientifique et qu'il peut simplement faire l'objet d'une directive au jury. Cela étant, l'admission de cette preuve n'était pas nécessaire.

Si on sépare les éléments probants du témoignage du D^r Marshall de ses éléments superflus et préjudiciables, il en ressort un énoncé de principe évident. Lorsqu'on détermine s'il y a eu agression sexuelle sur un enfant, le moment de la révélation, à lui seul, n'indique rien. Les enfants victimes d'agression sexuelle ne révèlent pas tous l'agression immédiatement. Cela dépend de la situation de la victime en cause. Je trouve surprenant que l'on laisse entendre qu'un jury ou juge canadien serait incapable de comprendre ce simple fait. Je ne vois pas dans ce témoignage un caractère technique qui nécessiterait l'opinion d'un expert.

B. Le droit relatif au moment de la révélation

Au Moyen-Âge, l'opinion exprimée dans le témoignage du D^r Marshall était contraire à notre droit. Une jurisprudence remontant au 13^e siècle révèle qu'à une époque, la common law contenait l'exigence absolue que les victimes d'agression sexuelle soulèvent immédiatement une «clameur publique» pour que leur recours puisse être entendu. L'extrait archaïque suivant cité dans *Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, à la p. 764, en fournit un exemple:

When therefore a virgin has been so deflowered and overpowered, against the peace of the lord the king, forthwith and while the act is fresh she ought to repair with hue and cry to the neighboring vills and there display to honest men the injury done to her, the blood and her dress stained with blood, and the tearing of her dress; and so she ought to go to the provost of the hundred and to the serjeant of the lord the king and to the coroners and to the viscount and make her appeal at the first county court.

By the end of the 1700s, this formal requirement had evolved into a factual presumption. See, e.g., *Hawkins' Pleas of the Crown*, where the author states: "It is a strong, but not a conclusive, presumption against a woman that she made no complaint in a reasonable time after the fact" (cited by Hawkins J. in *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167, at pp. 170-71).

Owing to the inflexibility of the common law, the notion of hue and cry persisted throughout most of the 20th century. See *Kribs v. The Queen*, [1960] S.C.R. 400, *per* Fauteux J., at p. 405:

The principle is one of necessity. It is founded on factual presumptions which, in the normal course of events, naturally attach to the subsequent conduct of the prosecutrix shortly after the occurrence of the alleged acts of violence. One of these presumptions is that she is expected to complain upon the first reasonable opportunity, and the other, consequential thereto, is that if she fails to do so, her silence may naturally be taken as a virtual self-contradiction of her story.

This reasoning was followed in *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315.

Today and for some time, the rationale in *Kribs* has been repeatedly subjected to criticism, is not followed, and has been overruled. The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 301, as cited by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 322, states:

The expectations of medieval England as to the reaction of an innocent victim of a sexual attack are no longer relevant. A victim may have a genuine complaint but

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsqu'une vierge a été déflorée par la force, contre la paix de Sa Majesté le Roi, elle doit sur-le-champ, pendant que l'acte est tout récent, demander réparation en soulevant une clameur publique dans les villages voisins et montrer aux hommes honnêtes le tort qui lui a été fait, le sang et sa robe tachée de sang ainsi que la déchirure de sa robe; et elle doit donc s'adresser au prévôt du peuple, au sergent de Sa Majesté le Roi, aux coroners et au vicomte et faire appel à la première cour de comté.

Vers la fin des années 1700, cette exigence formelle s'était transformée en présomption de fait. Voir, p. ex., *Hawkins' Pleas of the Crown*, où l'auteur déclare: [TRADUCTION] «Le fait qu'une femme n'ait fait aucune plainte dans un délai raisonnable après le fait constitue une présomption forte, mais pas concluante, contre elle» (cité par le juge Hawkins dans *R. c. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167, aux pp. 170 et 171).

Compte tenu de la rigidité de la common law, la notion de clameur publique a persisté au cours de la majeure partie du 20^e siècle. Voir *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400, le juge Fauteux, à la p. 405:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un principe de nécessité. Il est fondé sur des présomptions de fait qui, dans le cours normal des événements, sont naturellement liées à la conduite de la plaignante peu après la survenance des actes de violence allégués. L'une de ces présomptions est qu'elle devrait se plaindre à la première occasion raisonnable et l'autre, qui en est une conséquence, est que si elle ne le fait pas, son silence peut naturellement être interprété comme la contradiction implicite de sa version.

Ce raisonnement a été suivi dans l'arrêt *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315.

Aujourd'hui et depuis un certain temps, le fondement de l'arrêt *Kribs* fait l'objet de nombreuses critiques, n'est pas suivi et a été écarté. Le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), à la p. 335, cité par Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 322, déclare:

Les attentes de l'Angleterre médiévale relativement aux réactions de la victime innocente d'une agression sexuelle ne sont plus pertinentes. Une victime peut avoir

delay making it because of such legitimate concerns as the prospect of embarrassment and humiliation, or the destruction of domestic or personal relationships. The delay may also be attributable to the youth or lack of knowledge of the complainant or to threats of reprisal from the accused. In contemporary society, there is no longer a logical connection between the genuineness of a complaint and the promptness with which it is made.

In response to this criticism, Parliament chose to abrogate the authority of *Kribs* and *Timm* by statute (see s. 275 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46).

63

Application of the mistake reflected in the early common law now constitutes reversible error. See *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, *per* McLachlin J. (as she then was) at p. 136:

Finally, the Court of Appeal relied on the fact that neither of the older children was "aware or concerned that anything untoward occurred which is really the best test of the quality of the acts." This reference reveals reliance on the stereotypical but suspect view that the victims of sexual aggression are likely to report the acts, a stereotype which found expression in the now discounted doctrine of recent complaint. In fact, the literature suggests the converse may be true; victims of abuse often in fact do not disclose it, and if they do, it may not be until a substantial length of time has passed.

The significance of the complainant's failure to make a timely complaint must not be the subject of any presumptive adverse inference based upon now rejected stereotypical assumptions of how persons (particularly children) react to acts of sexual abuse: *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at pp. 408-9; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

C. Appropriateness of a Judicial Instruction

64

Given that the statement of principle expressed by Dr. Marshall reflects the current state of Cana-

une plainte réelle à formuler mais la retarder à cause d'inquiétudes aussi légitimes que la perspective d'être embarrassée et humiliée ou la possibilité de la destruction de liens familiaux ou personnels. Le retard peut également être attribué à la jeunesse ou au manque d'expérience de la plaignante ou à des menaces de représailles émanant de l'accusé. Dans la société contemporaine, il n'y a plus de rapport logique entre le bien-fondé d'une plainte et la promptitude avec laquelle elle est formulée.

À la suite de cette critique, le Parlement a choisi d'abolir le précédent établi dans *Kribs* et *Timm* (voir art. 275 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46).

L'application de l'erreur reflétée dans la common law des premiers temps constitue maintenant une erreur justifiant l'annulation. Voir *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), à la p. 136:

Enfin, la Cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'aucune des deux enfants plus âgées n'était [TRADUCTION] «consciente que quelque chose d'inconvenant s'était produit ou ne s'en préoccupait, ce qui, en réalité, est le meilleur critère quant à la nature des actes.» Il faut en conclure qu'elle s'est appuyée sur l'opinion stéréotypée mais douteuse qu'il est probable que les victimes d'agression sexuelle dénonceront ces actes, un stéréotype qui a trouvé expression dans la doctrine aujourd'hui mise de côté de la plainte immédiate. En fait, selon la documentation sur le sujet, c'est plutôt le contraire qui serait vrai; en réalité, il arrive fréquemment que les victimes d'abus ne dénoncent pas celui-ci, et si elles le font, ce n'est peut-être pas avant un long moment.

L'importance de l'omission de la plaignante de faire une plainte en temps opportun ne doit pas faire l'objet de quelque conclusion défavorable présumée fondée sur des hypothèses stéréotypées, maintenant rejetées, quant à la façon dont les personnes (particulièrement les enfants) réagissent aux actes d'agression sexuelle: *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), aux pp. 408 et 409; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

C. L'opportunité d'une directive du juge

Étant donné que l'énoncé de principe exprimé par le Dr Marshall reflète l'état actuel du droit

dian law, it could have and should have been included in the trial judge's instructions to the jury. As this would have effectively dispelled the possibility that the jury might engage in stereotypical reasoning, it was not necessary to inject the dangers of expert evidence into the trial.

A trial judge should recognize and so instruct a jury that there is no inviolable rule on how people who are the victims of trauma like a sexual assault will behave. Some will make an immediate complaint, some will delay in disclosing the abuse, while some will never disclose the abuse. Reasons for delay are many and at least include embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge. In assessing the credibility of a complainant, the timing of the complaint is simply one circumstance to consider in the factual mosaic of a particular case. A delay in disclosure, standing alone, will never give rise to an adverse inference against the credibility of the complainant.

It was submitted that it is preferable to introduce the concept contained in Dr. Marshall's evidence to the jury by way of expert testimony rather than by judicial instruction. In my view, this argument is flawed. There is nothing to be gained from a cross-examination of the simple and irrefutable proposition advanced in this case by the expert. As well, there is no benefit to be derived from the added flexibility of expert evidence since the undeniable nature of the proposition does not lend itself to future advancements in knowledge and understanding.

A jury instruction, in preference to expert opinion, where practicable, has advantages. It saves time and expense. But of greater importance, it is given by an impartial judicial officer, and any risk of superfluous or prejudicial content is eliminated.

In this appeal, the evidence presented by the expert was precisely what the jury would have been instructed by a proper charge. There is no difference of substance between the two.

canadien, il aurait pu et aurait dû faire l'objet d'une directive du juge au jury. Puisque cela aurait écarté efficacement la possibilité que le jury suive un raisonnement stéréotypé, il n'était pas nécessaire d'intégrer au procès les dangers de la preuve d'expert.

Le juge du procès doit reconnaître et dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Certaines personnes font une plainte immédiate, certaines tardent à révéler l'agression tandis que d'autres ne la révéleront jamais. De nombreuses raisons expliquent le retard, dont à tout le moins la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque factuelle d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant.

On a prétendu qu'il était préférable de présenter au jury le concept contenu dans le témoignage de Dr Marshall au moyen du témoignage d'un expert plutôt qu'au moyen d'une directive du juge. J'estime que cet argument est mal fondé. Il n'y a rien à gagner du contre-interrogatoire relatif à la proposition simple et irrefutable avancée en l'espèce par l'expert. De même, il n'y a aucun avantage découlant de la plus grande souplesse de la preuve d'expert, car la nature indéniable de la proposition ne permet pas d'améliorer les connaissances et la compréhension.

Favoriser la directive au jury plutôt que l'opinion d'un expert, lorsque cela est possible, comporte des avantages. Cela fait gagner du temps et économiser de l'argent. Plus important encore, la directive est donnée par un officier de justice impartial et tout risque de contenu superflu ou préjudiciable est éliminé.

Dans le présent pourvoi, le témoignage de l'expert consistait exactement en ce qu'une directive appropriée aurait exposé au jury. Il n'y a aucune différence de fond entre les deux.

65

66

67

68

III. Conclusion

69 The doctrine of recent complaint as a principle of law did not exist in Canada at the time of the trial. The expert evidence supported the wisdom of having abolished that principle. There was no basis for the exercise of the trial judge's discretion to permit expert evidence that supported the correctness of the change in our law.

70 As a result, the expert evidence led in this case, as disclosed by the trial record, was not capable and did not meet the second requirement of necessity in the *Mohan* analysis. If a proper jury instruction had been given, there was no possibility that the jury would have been unable to grasp the concept because of its technical nature, there being none in this case. There was no possibility that the jury would reach an erroneous conclusion if not assisted by the expert.

71 As a consequence, the appeal is dismissed. I agree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal that the expert evidence tendered by the Crown in this case was inadmissible. As there is to be a new trial in any event, I refrain from deciding whether the prejudicial effect of its admission resulted in a miscarriage of justice on the facts of this case.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting on the merits.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

III. Conclusion

La doctrine de la plainte immédiate n'existait pas au Canada en tant que principe de droit au moment du procès. La preuve d'expert confirme la sagesse de l'abolition de ce principe. Rien ne permettait au juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre une preuve d'expert appuyant le bien-fondé de la modification apportée à notre droit.

Par conséquent, la preuve d'expert présentée en l'espèce, selon le dossier du procès, ne pouvait pas respecter et n'a pas respecté la deuxième exigence de l'analyse de l'arrêt *Mohan*, soit celle de la nécessité. Si une directive appropriée avait été donnée au jury, il n'aurait pas été possible que ce dernier soit incapable de comprendre le concept en raison de sa nature technique puisqu'il n'y avait rien de technique dans la présente affaire. Il n'était pas possible que le jury tire une conclusion erronée sans l'aide de l'expert.

Le pourvoi est donc rejeté. Je partage la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario que la preuve d'expert présentée par le ministère public dans la présente affaire est irrecevable. Étant donné qu'il y aura un nouveau procès de toute manière, je ne me prononce pas sur la question de savoir si, à la lumière des faits de l'espèce, l'effet préjudiciable de l'admission de cette preuve a donné lieu à une erreur judiciaire.

Pourvoi rejeté, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents quant au fond.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

The British Columbia Human Rights Commission, the Commissioner of Investigation and Mediation, the British Columbia Human Rights Tribunal and Andrea Willis *Appellants*

v.

Robin Blencoe *Respondent*

and

Irene Schell *Intervener*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Saskatchewan Human Rights Commission, the Ontario Human Rights Commission, the Nova Scotia Human Rights Commission, the Manitoba Human Rights Commission, the Canadian Human Rights Commission, the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, the British Columbia Human Rights Coalition and the Women's Legal Education and Action Fund *Intervenors*

INDEXED AS: BLENCOE v. BRITISH COLUMBIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Neutral citation: 2000 SCC 44.

File No.: 26789.

2000: January 24; 2000: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Human Rights Commission — Commission implementing specific governmental program and exercising statutory authority — Commission independent

La British Columbia Human Rights Commission, le Commissioner of Investigation and Mediation, le British Columbia Human Rights Tribunal et Andrea Willis *Appellants*

c.

Robin Blencoe *Intimé*

et

Irene Schell *Intervenante*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Saskatchewan Human Rights Commission, la Commission ontarienne des droits de la personne, la Nova Scotia Human Rights Commission, la Commission des droits de la personne du Manitoba, la Commission canadienne des droits de la personne, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la British Columbia Human Rights Coalition et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BLENCOE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Référence neutre: 2000 CSC 44.

N° du greffe: 26789.

2000: 24 janvier; 2000: 5 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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Commission des droits de la personne — Commission mettant en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerçant un pouvoir conféré par la loi

from government and acting judicially — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to Commission's actions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's constitutional rights to liberty and security of person engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Administrative law — Abuse of process — Delay — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's ability to have fair hearing compromised — Whether lengthy delay amounted to denial of natural justice or abuse of process.

In March 1995, while serving as a minister in the Government of British Columbia, the respondent was accused by one of his assistants of sexual harassment. A month later, the premier removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the NDP caucus. In July and August of 1995, two complaints of discriminatory conduct in the form of sexual harassment were filed with the British Columbia Council of Human Rights (now the British Columbia Human Rights Commission) against the respondent by two other women, W and S. The complaints centered around various incidents of sexual harassment alleged to have occurred between March 1993 and March 1995. The respondent was informed of the first complaint in July 1995 and of the second in September 1995. After the Commission's investigation, hearings were scheduled before the British Columbia Human Rights Tribunal in March 1998, over 30 months after the initial complaints were filed.

Following the allegations against the respondent, media attention was intense. He suffered from severe depression. He did not stand for re-election in 1996. Considering himself "unemployable" in British Columbia due to the outstanding human rights complaints against him, the respondent commenced judicial review proceedings in November 1997 to have the complaints stayed. He claimed that the Commission had lost jurisdiction due to unreasonable delay in processing the complaints. The respondent alleged that the unreasona-

— Commission indépendante du gouvernement et agissant de manière judiciaire — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle aux actes de la Commission? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — Les droits constitutionnels de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent-ils? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit administratif — Abus de procédure — Délai — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — La capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable a-t-elle été compromise? — Le long délai écoulé constituait-il un déni de justice naturelle ou un abus de procédure?

En mars 1995, alors qu'il était ministre au sein du gouvernement de la Colombie-Britannique, l'intimé a été accusé de harcèlement sexuel par l'une de ses adjointes. Un mois plus tard, le premier ministre l'exclut du Cabinet et du caucus du NDP. En juillet et en août 1995, deux autres femmes, W et S, ont déposé devant le British Columbia Council of Human Rights (maintenant la British Columbia Human Rights Commission) deux plaintes de discrimination sous forme de harcèlement sexuel contre l'intimé. Les plaintes concernaient divers épisodes de harcèlement sexuel qui seraient survenus entre mars 1993 et mars 1995. L'intimé a été informé de la première plainte en juillet 1995 et de la seconde en septembre 1995. À la suite de l'enquête de la Commission, des audiences devant le British Columbia Human Rights Tribunal ont été fixées au mois de mars 1998, soit plus de 30 mois après le dépôt des plaintes initiales.

Les allégations formulées contre l'intimé ont suscité une attention intense de la part des médias. Il a fait une grave dépression. Il n'a pas sollicité un nouveau mandat en 1996. Se disant «inapte au travail» en Colombie-Britannique en raison des plaintes fondées sur les droits de la personne qui pesaient toujours contre lui, l'intimé a présenté, en novembre 1997, une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'arrêt des procédures relatives aux plaintes. Il a fait valoir que la Commission avait perdu compétence en raison d'un délai déraisonna-

ble delay caused serious prejudice to him and his family which amounted to an abuse of process and a denial of natural justice. His petition was dismissed by the Supreme Court of British Columbia. A majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal and directed that the human rights proceedings against him be stayed. The majority found that the respondent had been deprived of his right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to security of the person in a manner which was not in accordance with the principles of fundamental justice.

Held (Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ.: The *Charter* applies to the actions of the British Columbia Human Rights Commission. The Commission is created by statute and all of its actions are taken pursuant to statutory authority. Bodies exercising statutory authority are bound by the *Charter* even though they may be independent of government. The Commission in this case is both implementing a specific government program and exercising powers of statutory compulsion. Further, the Commission cannot escape *Charter* scrutiny merely because it exercises judicial functions. The ultimate source of authority is government. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code* and must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny.

Section 7 of the *Charter* can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is state action which directly engages the justice system and its administration. If a case arises in the human rights context which, on its facts, meets the usual s. 7 threshold requirements, there is no specific bar against such a claim and s. 7 may be engaged.

In order for s. 7 to be triggered, one must first establish that the interest in respect of which the respondent asserted his claim falls within the ambit of s. 7. The liberty interest protected by s. 7 is no longer restricted to mere freedom from physical restraint. "Liberty" is engaged where state compulsions or prohibitions affect

ble dans le traitement des plaintes. L'intimé a allégué que ce délai déraisonnable avait causé à sa famille et à lui-même un préjudice grave équivalant à un abus de procédure et à un déni de justice naturelle. Sa demande a été rejetée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel de l'intimé et a ordonné l'arrêt des procédures en matière de droits de la personne qui avaient été engagées contre lui. Les juges majoritaires ont conclu que l'intimé avait été privé, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, du droit à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt (les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache: La *Charte* s'applique aux actes de la British Columbia Human Rights Commission. La Commission a été créée par une loi et elle accomplit tous ses actes en vertu du pouvoir que lui confère la loi en cause. L'organisme qui exerce un pouvoir conféré par une loi est assujéti à la *Charte* même s'il peut être indépendant du gouvernement. La Commission dont il est question en l'espèce met en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerce des pouvoirs de contrainte émanant de la loi. En outre, la Commission ne peut pas échapper à un examen fondé sur la *Charte* du seul fait qu'elle exerce des fonctions judiciaires. L'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission applique le régime législatif du *Human Rights Code* et doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de «nature gouvernementale». C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. Rien ne s'oppose à ce que cet article s'applique à une affaire en matière de droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application.

Pour que l'art. 7 s'applique, il faut d'abord prouver que le droit visé par l'allégation de l'intimé relève de l'art. 7. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne s'entend plus uniquement de l'absence de toute contrainte physique. La «liberté» est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les

important and fundamental life choices. The s. 7 liberty interest protects an individual's personal autonomy. In our free and democratic society, individuals are entitled to make decisions of fundamental importance free from state interference. Such personal autonomy, however, is not synonymous with unconstrained freedom. Here, the state has not prevented the respondent from making any "fundamental personal choices". Therefore, the interests sought to be protected in this case do not fall within the "liberty" interest protected by s. 7.

The right to security of the person guaranteed by s. 7 protects the psychological integrity of an individual. However, in order for this right to be triggered, the psychological harm must result from the actions of the state and it must be serious. In this case, the direct cause of the harm to the respondent was not the state-caused delay in the human rights process. While the respondent has suffered serious prejudice in connection with the allegations of sexual harassment against him, for s. 7 to be engaged there must be a sufficient causal connection between the state-caused delay and the prejudice suffered. The most prejudicial impact on the respondent was caused not by the actions of the Commission but rather by the events prior to the complaints — the allegations of the respondent's assistant — which caused the respondent to be ousted from Cabinet and caucus as well as the actions by non-governmental actors such as the press. The harm to the respondent resulted from the publicity surrounding the allegations themselves, coupled with the political fallout which ensued. When the respondent began to experience stigma, the human rights proceedings had yet to commence. Further, there is a pending civil suit against the respondent for sexual harassment and W's complaint against the Government on these very same issues. The prolongation of stigma from ongoing publicity was likely regardless of the delay in the human rights proceedings. At best, the respondent was deprived of a speedy opportunity to clear his name. Lastly, the human rights process did not seriously exacerbate the respondent's prejudice. It is difficult to see how procedural delay could have seriously increased damage already done to the respondent's reputation.

Even accepting that the outstanding complaints may have contributed to the respondent's stigma to some degree, thereby causing some of his suffering, and assuming without deciding that there is a sufficient nexus between the state-caused delay and the prejudice to the respondent, the state interference with the respon-

choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège l'autonomie personnelle. Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État. Cette autonomie personnelle n'est toutefois pas synonyme de liberté illimitée. Dans la présente affaire, l'État n'a pas empêché l'intimé de faire des «choix personnels fondamentaux». Par conséquent, les droits que l'on cherche à protéger en l'espèce ne font pas partie du droit «à la liberté» garanti par l'art. 7.

Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 protège l'intégrité psychologique d'une personne. Cependant, pour que ce droit soit en cause, le préjudice psychologique doit résulter d'un acte de l'État et doit être grave. En l'espèce, la cause directe du préjudice subi par l'intimé n'était pas le délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne. Bien que les allégations de harcèlement sexuel dont l'intimé a fait l'objet lui aient causé un préjudice grave, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi pour que l'art. 7 s'applique. L'effet le plus préjudiciable sur l'intimé résulte non pas des actes de la Commission, mais plutôt d'événements antérieurs au dépôt des plaintes — les allégations de l'adjointe de l'intimé — qui ont entraîné son expulsion du Cabinet et du caucus, ainsi que du comportement d'acteurs non gouvernementaux comme les journalistes. Le préjudice subi par l'intimé est imputable à la publicité ayant entouré les allégations elles-mêmes et aux retombées politiques qui ont suivi. Les procédures en matière de droits de la personne n'avaient pas encore commencé lorsque l'intimé a commencé à être victime d'une stigmatisation. En outre, l'intimé fait toujours l'objet de poursuites civiles pour harcèlement sexuel et W a déposé une plainte contre le gouvernement pour les mêmes motifs. Il était probable que la stigmatisation résultant de la publicité incessante se poursuivrait peu importe le délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Au mieux, l'intimé a été privé de la possibilité de se disculper rapidement. Enfin, le processus en matière de droits de la personne n'a pas sérieusement aggravé le préjudice subi par l'intimé. On voit mal comment un délai de procédure pourrait avoir sérieusement accru le préjudice déjà causé à la réputation de l'intimé.

Même si on reconnaît que les plaintes dont l'intimé faisait l'objet peuvent avoir contribué jusqu'à un certain point à sa stigmatisation et avoir ainsi causé certaines de ses souffrances, et même si on présume, sans pour autant le décider, qu'il existe un lien suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi par l'intimé,

dent's psychological integrity did not amount to a violation of his right to security of the person. First, the s. 7 rights of "liberty and security of the person" do not include a generalized right to dignity, or more specifically a right to be free from the stigma associated with a human rights complaint. While respect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the *Charter*, this does not mean that dignity is elevated to a free-standing constitutional right protected by s. 7. The notion of "dignity" is better understood as an underlying value. Like dignity, reputation is not a free-standing right. Neither is freedom from stigma. Second, the state has not interfered with the ability of the respondent and his family to make essential life choices. In order for security of the person to be triggered in this case, the impugned state action must have had a serious and profound effect on the respondent's psychological integrity. It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that state-caused delay in human rights proceedings could trigger the s. 7 security of the person interest. Here, the alleged right to be free from stigma associated with a human rights complaint does not fall within this narrow sphere. The state has not interfered with the respondent's right to make decisions that affect his fundamental being. The prejudice to the respondent is essentially confined to his personal hardship.

There is no constitutional right outside the criminal context to be "tried" within a reasonable time. The majority of the Court of Appeal erred in transplanting s. 11(b) principles set out in the criminal law context to human rights proceedings under s. 7. Not only are there fundamental differences between criminal and human rights proceedings, but, more importantly, s. 11(b) of the *Charter* is restricted to a pending criminal case.

There are remedies available in the administrative law context to deal with state-caused delay in human rights proceedings. However, delay, without more, will not warrant a stay of proceedings as an abuse of process at common law. There must be proof of significant prejudice which results from an unacceptable delay. Here, the respondent's ability to have a fair hearing has

l'atteinte de l'État à l'intégrité psychologique de l'intimé ne constituait pas une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. Premièrement, les droits «à la liberté et à la sécurité de [l]a personne» garantis par l'art. 7 ne comportent pas un droit général à la dignité ou, plus précisément, un droit à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne. Bien que le respect de la dignité inhérente des gens soit nettement une valeur essentielle de notre société libre et démocratique, qui doit guider les tribunaux dans l'interprétation de la *Charte*, cela ne signifie pas pour autant que l'on fait de la dignité un droit constitutionnel distinct garanti par l'art. 7. Il vaut mieux considérer la notion de «dignité» comme une valeur sous-jacente. À l'instar de la dignité, la réputation n'est pas un droit distinct. La protection contre la stigmatisation ne l'est pas non plus. Deuxièmement, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des choix essentiels dans leur vie. Pour que la sécurité de la personne soit en cause en l'espèce, l'acte reproché à l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de l'intimé. Ce n'est que dans les cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. En l'espèce, le droit allégué à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne ne fait pas partie de cette catégorie restreinte. L'État n'a pas porté atteinte au droit de l'intimé de prendre des décisions touchant son être fondamental. Le préjudice subi par l'intimé se limite essentiellement à ses difficultés personnelles.

Le droit constitutionnel d'être «jugé» dans un délai raisonnable ne s'applique qu'en matière criminelle. La Cour d'appel à la majorité a eu tort de transposer dans des procédures en matière de droits de la personne fondées sur l'art. 7 des principes énoncés relativement à l'al. 11b) dans le contexte du droit criminel. Non seulement y a-t-il des différences fondamentales entre des procédures criminelles et des procédures en matière de droits de la personne, mais encore l'al. 11b) de la *Charte* ne s'applique qu'aux affaires criminelles pendantes.

Le droit administratif offre des réparations en ce qui concerne le délai imputable à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne. Cependant, le délai ne justifie pas, à lui seul, un arrêt des procédures comme l'abus de procédure en common law. Il faut prouver qu'un délai inacceptable a causé un préjudice important. Dans la présente affaire, la capacité de l'intimé d'obte-

not been compromised. Proof of prejudice has not been demonstrated to be of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing. Unacceptable delay may also amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. Where there is no prejudice to hearing fairness, the delay must be clearly unacceptable and have directly caused a significant prejudice to amount to an abuse of process. It must be a delay that would, in the circumstances of the case, bring the human rights system into disrepute. A court must be satisfied that the proceedings are contrary to the interests of justice. There may also be abuse of process where conduct is oppressive. A stay is not the only remedy available for abuse of process in administrative law proceedings and a respondent asking for a stay bears a heavy burden. In this case, the respondent did not demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. While the stress and stigma resulting from an inordinate delay may contribute to an abuse of process, the delay in processing the complaints was not inordinate.

The determination of whether a delay is inordinate is not based on the length of the delay alone, but on contextual factors, including the nature of the case and its complexity, the purpose and nature of the proceedings, and whether the respondent contributed to the delay or waived the delay. Here, although the Commission took longer than is desirable to process the complaints, the delay was not so inordinate as to amount to an abuse of process. The case may not have been an extremely complicated one, but the various steps necessary to protect the respondents in the context of the human rights complaints system take time. The trial judge found that only the 24-month period between the filing of the complaints and the end of the investigation process should be considered for the delay, stating that the Human Rights Tribunal could not be criticized for not setting the hearing dates earlier as the respondent did not press for earlier dates. During that 24-month period, there was no extended period without any activity in the processing of the complaints, except for an inexplicable five months of inaction. The respondent challenged the lateness of the complaints and brought forward allegations of bad faith and, as a result, the process was delayed by eight months. The Commission should not be held responsible for contributing to this part of the delay. When all the relevant factors are taken into account, in particular the ongoing communication between the par-

nir une audience équitable n'a pas été compromise. Il n'a pas été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l'équité de l'audience. Un délai inacceptable peut également constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Pour constituer un abus de procédure dans les cas où il n'y a aucune atteinte à l'équité de l'audience, le délai doit être manifestement inacceptable et avoir directement causé un préjudice important. Il doit s'agir d'un délai qui, dans les circonstances de l'affaire, déconsidérerait le régime de protection des droits de la personne. La cour doit être convaincue que les procédures sont contraires à l'intérêt de la justice. Il peut également y avoir abus de procédure lorsque la conduite est oppressive. L'arrêt des procédures n'est pas la seule réparation possible dans le cas d'un abus de procédure en matière de droit administratif, et la personne faisant l'objet d'une plainte qui demande l'arrêt des procédures doit s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve. En l'espèce, l'intimé n'a pas établi que le délai était inacceptable au point d'être oppressif et de vicier les procédures. Même si le stress et la stigmatisation résultant d'un délai excessif peuvent entraîner un abus de procédure, le délai écoulé dans le traitement des plaintes n'était pas excessif.

La question de savoir si un délai est excessif dépend non pas uniquement de la longueur de ce délai, mais de facteurs contextuels, dont la nature de l'affaire et sa complexité, de l'objet et de la nature des procédures ainsi que de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai. Dans la présente affaire, même si la Commission a pris plus de temps que ce qui est souhaitable pour traiter les plaintes, le délai écoulé n'était pas excessif au point de constituer un abus de procédure. Même s'il se peut que l'affaire n'ait pas été extrêmement compliquée, les diverses étapes nécessaires pour assurer la protection de la personne qui fait l'objet d'une plainte fondée sur les droits de la personne allongent d'autant le processus. Le juge de première instance a conclu que seule la période de 24 mois comprise entre le dépôt des plaintes et la fin de l'enquête pouvait être prise en considération pour calculer le délai, disant qu'on ne pouvait reprocher au Tribunal des droits de la personne de ne pas avoir fixé des dates d'audience plus rapprochées, étant donné que l'intimé ne lui avait pas demandé de le faire. Au cours de ces 24 mois, il n'y a pas eu de période prolongée d'inactivité dans le traitement des plaintes, si ce n'est une période inexplicable de cinq mois d'inactivité. L'intimé a présenté une contestation fondée sur le caractère tardif des plaintes et a allégué la mauvaise foi, de sorte que le processus a été retardé de huit mois. La Commis-

ties, the delay in processing the complaints is not one that would offend the community's sense of decency and fairness. Nevertheless, in light of the lack of diligence displayed by the Commission, the Court's discretion under s. 47 of the *Supreme Court Act* should be exercised to award costs against the Commission in favour of the respondent and the complainants.

Per Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): This matter should be resolved on the basis of administrative law principles. It is therefore unnecessary to express a definite opinion on the application of s. 7 of the *Charter*.

Administrative delay that is determined to be unreasonable based on its length, its causes, and its effects is abusive and contrary to administrative law principles. Unreasonable delays must be identified within the specific circumstances of every case because not all delay is the same and not all administrative bodies are the same. In order to differentiate reasonable and unreasonable delay, courts must remain alive not only to the needs of administrative systems under strain, but also to their good faith efforts to provide procedural protections to alleged wrongdoers. In assessing the reasonableness of an administrative delay, three main factors should be balanced: (1) the time taken compared to the inherent time requirements of the matter before the particular administrative body; (2) the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter; and (3) the impact of the delay. A consideration of these factors imposes a contextual analysis.

Here, inefficiency in the Human Rights Commission's handling of this matter has led to abuse of process. First, although serious, the allegations of sexual discrimination against the respondent did not raise complex issues and were not of a nature that could justify a prolonged investigation. There was little to investigate. Even though the inherent time requirements were minimal, in all it took the Commission approximately two years to determine that the complaints should go to a hearing. The time from the initial filing of the complaints to the scheduled hearing was approximately 32 months. While it is true that the Commission's decision to send the matter to a hearing involved a number of steps, nothing in the inherent time requirements of the case came close to requiring the delay that occurred. Second, although the respondent sought to use the

sion ne devrait pas être tenue responsable d'avoir contribué à cette partie du délai. Lorsque tous les facteurs pertinents sont pris en considération, notamment la communication constante entre les parties, le délai écoulé dans le traitement des plaintes n'est pas de ceux qui heurteraient le sens de la justice et de la décence de la société. Néanmoins, vu l'absence de diligence manifestée par la Commission, il y a lieu de lui ordonner de payer les dépens de l'intimé et des plaignantes en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour.

Les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel (dissidents en partie): La présente affaire devrait être réglée en fonction des principes du droit administratif. Il est donc inutile d'exprimer une opinion précise sur l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

Le délai administratif jugé déraisonnable en raison de sa durée, de ses causes et de ses effets est abusif et contraire aux principes du droit administratif. Il faut déterminer si un délai est déraisonnable en fonction des circonstances particulières de chaque cas, car les délais ne sont pas tous les mêmes et les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. Pour distinguer un délai raisonnable d'un délai déraisonnable, les tribunaux doivent être conscients non seulement des besoins des régimes administratifs soumis à des contraintes, mais aussi des efforts qu'ils déploient de bonne foi en vue d'offrir des protections procédurales aux présumés contrevenants. Pour évaluer le caractère raisonnable d'un délai administratif, trois facteurs principaux doivent être appréciés: (1) le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire dont est saisi l'organisme administratif en cause, (2) les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire, et (3) l'incidence du délai. L'examen de ces facteurs commande une analyse contextuelle.

La façon inefficace dont la Commission des droits de la personne a traité la présente affaire a donné lieu à un abus de procédure. Premièrement, quoique graves, les allégations de discrimination sexuelle dont faisait l'objet l'intimé ne soulevaient pas des questions complexes et n'étaient pas de nature à justifier la tenue d'une enquête prolongée. Il y avait peu matière à enquête. Même si le délai inhérent était minimale, il a fallu environ deux ans en tout à la Commission pour décider que les plaintes feraient l'objet d'une audience. Environ 32 mois se sont écoulés entre le dépôt initial des plaintes et la date fixée pour leur audition. Même s'il est vrai que la Commission a dû franchir un certain nombre d'étapes pour décider que l'affaire ferait l'objet d'une audience, le délai inhérent à l'affaire était loin de correspondre à celui qui s'est écoulé. Deuxièmement, même si l'intimé a tenté

defences available to him, he did not become responsible for the sheer inefficiency of the Commission in dealing with these matters. There was serious delay on both complaints despite the respondent's efforts to find a way to end it. The Commission admits that it cannot explain what was going on for five months of the time that it was dealing with the allegations against the respondent. This five-month lapse is the high mark of the Commission's ineptitude. Third, although the administrative delay was not the only cause of the prejudice suffered by the respondent, it contributed significantly to its aggravation and the Commission did nothing to minimize the impact of the delay. The Commission's conduct in dealing with this matter was less than acceptable. Further, the inefficient and delay-filled process at the Commission harmed all parties involved in the process, including the complainants. In the end, the specific and unexplained delay entitles the respondent to a remedy.

The choice of the appropriate remedy requires a careful analysis of the circumstances of the case and imposes a balancing exercise between competing interests. In human rights proceedings, the interest of the respondent, that of the complainants, and the public interest of the community itself must be considered. The courts must also consider the stage of the proceedings which has been affected by the delay. A distinction must be drawn between the process leading to the hearing and the hearing itself. A different balance between conflicting interests may have to be found at different stages of the administrative process. A stay of proceedings should not generally appear as the sole or even the preferred form of redress. It should be limited to those situations that compromise the very fairness of the hearing and to those cases where the delay in the conduct of the process leading to the hearing would amount to a gross or shocking abuse of the process. In those two situations, the interest of the respondent and the protection of the integrity of the legal system become the paramount considerations. More limited and narrowly focused remedies will be appropriate when it appears that the hearing will remain fair, in spite of the delay, and when the delay has not risen to the level of a shocking abuse, notwithstanding its seriousness. The first objective of any intervention by a court should be to make things happen, where the administrative process is not working adequately. An order for an expedited hearing would be the most practical and effective means of judicial action.

d'invoquer les moyens de défense dont il disposait, il n'est pas devenu responsable de l'inefficacité pure et simple dont la Commission a fait preuve en traitant ces questions. Les deux plaintes ont fait l'objet d'un délai important malgré les efforts de l'intimé pour y mettre fin. La Commission reconnaît qu'elle ne peut pas expliquer ce qui s'est passé durant les cinq mois au cours desquels elle a traité les allégations formulées contre l'intimé. Cet intervalle de cinq mois est le paroxysme de l'ineptie dont la Commission a fait preuve. Troisièmement, même si le délai administratif n'a pas été la seule cause du préjudice subi par l'intimé, il a beaucoup contribué à son aggravation et la Commission n'a rien fait pour réduire au minimum l'incidence du délai. La conduite adoptée par la Commission en traitant cette affaire était moins qu'acceptable. En outre, l'inefficacité et les multiples délais qui ont caractérisé le processus devant la Commission ont lésé toutes les parties à ce processus, y compris les plaignantes. En définitive, le délai inexpliqué en cause justifie d'accorder une réparation à l'intimé.

Le choix de la réparation appropriée requiert une analyse minutieuse des circonstances de l'affaire et commande une évaluation d'intérêts opposés. Dans les procédures en matière de droits de la personne, il faut tenir compte de l'intérêt de l'intimé, de celui des plaignantes et de celui de la collectivité même. Les tribunaux judiciaires doivent également prendre en considération l'étape des procédures qui est touchée par le délai. Une distinction doit être établie entre les procédures menant à l'audience et l'audience elle-même. Une évaluation des intérêts opposés peut se révéler nécessaire à chacune des étapes des procédures administratives. L'arrêt des procédures ne devrait pas généralement être considéré comme la seule réparation possible ni même comme la forme de réparation préférée. Il devrait être limité aux cas où l'équité même de l'audience est compromise et où le délai dans les procédures menant à l'audience constituerait un abus de procédure grossier ou scandaleux. Dans les deux cas, l'intérêt de l'intimé et la protection de l'intégrité du système judiciaire deviennent les facteurs prépondérants. Des réparations plus limitées et mieux ciblées sont appropriées lorsqu'il appert que le délai ne portera pas atteinte à l'équité de l'audience et qu'il ne constitue pas un abus scandaleux en dépit de sa gravité. Toute intervention d'un tribunal judiciaire devrait, d'abord et avant tout, viser à faire avancer les choses lorsque les procédures administratives ne se déroulent pas adéquatement. L'intervention judiciaire la plus pratique et efficace serait d'ordonner la tenue d'une

An order for costs is a third kind of remedy. It will not address the delay directly, but some of its consequences.

In this case, a stay of proceedings appears both excessive and unfair. First, in spite of the seriousness of the problems faced by the respondent, the delay does not seem to compromise the fairness of the hearing. The delay rather concerns the process leading to the hearing. This delay arises from a variety of causes that do not evince an intent on the part of the Commission to harm the respondent wilfully, but rather demonstrate grave negligence and significant structural problems in the processing of the complaints. Second, a stay of proceedings in a situation that does not compromise the fairness of the hearing or amount to shocking or gross abuse requires the consideration of the interest of the complainants. The Court of Appeal completely omitted any consideration of this interest. Here, an order for an expedited hearing should have been considered as the remedy of choice. The stay should be lifted and the Commission should be ordered to pay costs on a party-to-party basis to the respondent in this Court and in the British Columbia courts. It is fair and appropriate to use the power conferred by s. 47 of the *Supreme Court Act*, as the respondent has established that the process initiated against him was deeply flawed and that its defects justified his search for a remedy, at least in administrative law.

Cases Cited

By Bastarache J.

Not followed: *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; **considered:** *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *New Brunswick (Minister of Health and*

audience accélérée. L'adjudication de dépens est la troisième réparation possible. Elle touche non pas le délai directement, mais plutôt certaines de ses conséquences.

En l'espèce, l'arrêt des procédures paraît à la fois excessif et inéquitable. Premièrement, malgré la gravité des difficultés éprouvées par l'intimé, le délai ne semble pas compromettre l'équité de l'audience. Il concerne plutôt les procédures menant à l'audience. Ce délai est dû à une gamme de causes qui traduisent non pas l'intention de la Commission de léser délibérément l'intimé, mais plutôt une négligence grave et l'existence de problèmes structurels importants en matière de traitement des plaintes. Deuxièmement, pour ordonner l'arrêt des procédures dans le cas où l'équité de l'audience n'est pas compromise ou dans celui où il n'y a pas d'abus scandaleux ou grossier, il faut tenir compte de l'intérêt du plaignant. La Cour d'appel a complètement omis de tenir compte de cet intérêt. En l'espèce, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée aurait dû être envisagée à titre de réparation appropriée. Il y a lieu d'annuler l'arrêt des procédures et d'ordonner à la Commission de payer à l'intimé des dépens comme entre parties devant notre Cour et les tribunaux de la Colombie-Britannique. Il est juste et opportun d'exercer le pouvoir conféré par l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, étant donné que l'intimé a établi que les procédures engagées contre lui étaient entachées de vices importants qui le justifiaient de demander une réparation au moins fondée sur le droit administratif.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts non suivis: *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Lignes aériennes Canadien International Liée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638; *Saskatchewan Human Rights Commission c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; **arrêts examinés:** *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; **arrêts mentionnés:** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S.

Community Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46, rev'g (1997), 187 N.B.R. (2d) 81; R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761; B. (R.) v. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; R. v. O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411; R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R. 668; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; R. v. L. (W.K.), [1991] 1 S.C.R. 1091; *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Freedman v. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; R. v. Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199; R. v. Jewitt, [1985] 2 S.C.R. 128; R. v. Power, [1994] 1 S.C.R. 601; R. v. Young (1984), 40 C.R. (3d) 289; R. v. Potvin, [1993] 2 S.C.R. 880; R. v. Scott, [1990] 3 S.C.R. 979; R. v. Conway, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543; R. v. Morin, [1992] 1 S.C.R. 771.

By LeBel J. (dissenting in part)

Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588; R. v. Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199; *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143; R. v. *Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823; *The King ex rel. Lee v. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; R. v. *Bradley*, [1941] S.C.R. 270; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Muia v. Canada*

588; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, inf. (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 81; R. c. Beare, [1988] 2 R.C.S. 387; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761; B. (R.) c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411; R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; R. c. L. (W.K.), [1991] 1 R.C.S. 1091; *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Freedman c. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199; R. c. Jewitt, [1985] 2 R.C.S. 128; R. c. Power, [1994] 1 R.C.S. 601; R. c. Young (1984), 40 C.R. (3d) 289; R. c. Potvin, [1993] 2 R.C.S. 880; R. c. Scott, [1990] 3 R.C.S. 979; R. c. Conway, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543; R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588; R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143; R. c. *Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823; *The King ex rel. Lee c. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; R. c. *Bradley*, [1941] R.C.S. 270; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021;

(*Minister of Citizenship and Immigration*) (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410; *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278; *Kiani v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81; *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606; *Re Preston*, [1985] A.C. 835; *R. v. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424; *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(b), 24, 32.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 13(1)(d).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 24, 27.
Magna Carta (1215).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Brookings Task Force on Civil Justice Reform. *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation*. Washington: Brookings Institution, 1989.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
 Bryden, Philip. "Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission): A Case Comment" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153.

Muia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410; *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278; *Kiani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81; *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606; *Re Preston*, [1985] A.C. 835; *R. c. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424; *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *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; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11b), 24, 32.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 13(1)d).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 24, 27.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.
Magna Carta (1215).

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book III, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Brookings Task Force on Civil Justice Reform. *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation*. Washington: Brookings Institution, 1989.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
 Bryden, Philip. «Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission): A Case Comment» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153.

- Evans, J. M., H. N. Janisch and David J. Mullan. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1995.
- Hawkins, Robert E. "Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions" (2000), 25 *Queen's L.J.* 599.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (update 1999, release 1).
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, 7th ed., vol. I. Revised under the general editorship of A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- McMurtrie, Sheena N. "The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures", [1997] *Public Law* 159.
- Ontario. Human Rights Commission. *Annual Report 1997-1998*. Toronto: The Commission, 1998.
- Simpson, J. "Human Rights Commission Mill Grinds Slowly", *The Globe & Mail*, October 1, 1998, p. A18.
- Skiffington, Lawrence S. "Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context" (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.
- Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Evans, J. M., H. N. Janisch and David J. Mullan. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1995.
- Hawkins, Robert E. «Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions» (2000), 25 *Queen's L.J.* 599.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (update 1999, release 1).
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, 7th ed., vol. I. Revised under the general editorship of A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- McMurtrie, Sheena N. «The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures», [1997] *Public Law* 159.
- Ontario. Commission des droits de la personne. *Rapport annuel 1997-1998*. Toronto: La Commission, 1998.
- Simpson, J. «Human Rights Commission Mill Grinds Slowly», *The Globe & Mail*, 1998, p. A18.
- Skiffington, Lawrence S. «Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context» (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.
- Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, 160 D.L.R. (4th) 303, 107 B.C.A.C. 162, 174 W.A.C. 162, 7 Admin. L.R. (3d) 220, 31 C.H.R.R. D/175, 53 C.R.R. (2d) 189, [1998] 9 W.W.R. 457, [1998] B.C.J. No. 1092 (QL), allowing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, 35 C.C.E.L. (2d) 41, 30 C.H.R.R. D/439, [1999] 1 W.W.R. 139, [1998] B.C.J. No. 320 (QL), dismissing the respondent's petition for judicial review and order that proceedings be terminated due to delay. Appeal allowed, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

John J. L. Hunter, Q.C., Thomas F. Beasley, K. Michael Stephens and Stephanie L. McHugh, for the appellants the British Columbia Human Rights

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, 160 D.L.R. (4th) 303, 107 B.C.A.C. 162, 174 W.A.C. 162, 7 Admin. L.R. (3d) 220, 31 C.H.R.R. D/175, 53 C.R.R. (2d) 189, [1998] 9 W.W.R. 457, [1998] B.C.J. No. 1092 (QL), qui a accueilli un appel interjeté contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, 35 C.C.E.L. (2d) 41, 30 C.H.R.R. D/439, [1999] 1 W.W.R. 139, [1998] B.C.J. No. 320 (QL), qui avait rejeté la demande de contrôle judiciaire et d'ordonnance mettant fin aux procédures pour cause de délai, que l'intimé avait présentée. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

John J. L. Hunter, c.r., Thomas F. Beasley, K. Michael Stephens et Stephanie L. McHugh, pour les appelants la British Columbia Human Rights

Commission and the Commissioner of Investigation and Mediation.

Written submissions only by *Susan E. Ross*, for the appellant the British Columbia Human Rights Tribunal.

Robert B. Farvolden, for the appellant *Andrea Willis*.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the respondent.

Mark C. Stacey and *Rosy M. Mondin*, for the intervener *Irene Schell*.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Harvey M. Groberman, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Milton Woodard, Q.C., for the intervener the Saskatchewan Human Rights Commission.

Cathryn Pike and *Jennifer Scott*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Lara J. Morris and *Maureen E. Shebib*, for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission.

Aaron L. Berg and *Denis Guénette*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

Fiona Keith, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Hélène Tessier, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Frances Kelly and *James Pozer*, for the intervener the British Columbia Human Rights Coalition.

Jennifer L. Conkie and *Dianne Pothier*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Commission et le Commissioner of Investigation and Mediation.

Argumentation écrite seulement par *Susan E. Ross*, pour l'appelant le British Columbia Human Rights Tribunal.

Robert B. Farvolden, pour l'appelante *Andrea Willis*.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intimé.

Mark C. Stacey et *Rosy M. Mondin*, pour l'intervenante *Irene Schell*.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Harvey M. Groberman, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Milton Woodard, c.r., pour l'intervenante la Saskatchewan Human Rights Commission.

Cathryn Pike et *Jennifer Scott*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Lara J. Morris et *Maureen E. Shebib*, pour l'intervenante la Nova Scotia Human Rights Commission.

Aaron L. Berg et *Denis Guénette*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

Fiona Keith, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Frances Kelly et *James Pozer*, pour l'intervenante la British Columbia Human Rights Coalition.

Jennifer L. Conkie et *Dianne Pothier*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache J.J. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

1 This case raises the issue of whether the respondent's rights to "liberty and security of the person" under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by state-caused delay in the human rights proceedings against him. In the alternative, should this Court find that s. 7 of the *Charter* was not engaged, it must be determined whether the respondent was entitled to a remedy pursuant to principles of administrative law, notwithstanding that he had not been prejudiced in his ability to respond to the complaints against him.

2 I have concluded that the respondent's rights to liberty and security of the person were not implicated in the circumstances of this case. There is therefore no need to determine whether the alleged violation was in accordance with the principles of fundamental justice. While I accept that, under administrative law principles, a denial of natural justice may occur for reasons other than procedural unfairness to the respondent, I find that there has been no denial of natural justice or abuse of process in the circumstances of this case.

II. Factual Background

3 In 1995, the respondent, Robin Blencoe, had been a member of the British Columbia legislature for 12 years. In March of that year the respondent's assistant, Fran Yanor, went public with allegations that the respondent had sexually harassed her. Following this allegation, the respondent stepped down as Minister, but remained in Cabinet pending the results of an inquiry. On April 4, 1995, Premier Harcourt removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the New Democratic Party caucus. Subsequently, in July and August of 1995, two sexual harassment complaints were filed with the British Columbia Coun-

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le délai imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne engagées contre l'intimé a porté atteinte aux droits de ce dernier «à la liberté et à la sécurité de sa personne», que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, si jamais notre Cour ne conclut pas à l'application de l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, il faudra déterminer si l'intimé a droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif, même s'il n'a pas été porté atteinte à sa capacité de répondre aux plaintes portées contre lui.

J'arrive à la conclusion que les droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne ne sont pas en cause dans la présente affaire. Il est donc inutile de déterminer si l'atteinte alléguée est conforme aux principes de justice fondamentale. Bien que je convienne que, selon les principes du droit administratif, il peut y avoir déni de justice naturelle pour des raisons autres que l'iniquité procédurale, je juge qu'il n'y a eu ni déni de justice naturelle ni abus de procédure dans les circonstances de la présente affaire.

II. Les faits

En 1995, l'intimé, Robin Blencoe, était député à l'assemblée législative de la Colombie-Britannique depuis 12 ans. En mars de la même année, son adjointe, Fran Yanor, l'a accusé publiquement de harcèlement sexuel. L'intimé a alors abandonné son poste de ministre, mais a continué de faire partie du Cabinet jusqu'à ce que les résultats d'une enquête soient connus. Le 4 avril suivant, le premier ministre Harcourt a exclu l'intimé du Cabinet et du caucus du Nouveau Parti Démocratique. En juillet et en août 1995, l'appelante Andrea Willis et l'intervenante Irene Schell ont déposé devant le British Columbia Council of Human Rights (le

cil of Human Rights (“Council” or “Commission”) against the respondent and the provincial Crown under the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 (now the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, since January 1, 1997) (also referred to as the “Act” or the “Code”) by the appellant Andrea Willis and the intervener, Irene Schell (“Complaints” or “Complaint”).

The Complaints centered around various incidents of sexual harassment alleged to have occurred between March 1993 and March 1995. It is not necessary, for the purposes of this appeal, that I comment on the particulars of the Complaints in any detail. In brief, Ms. Willis worked as a senior clerk in the respondent’s ministerial office and alleged that the respondent discriminated against her because of her sex with respect to terms and conditions of her employment, causing her to resign. The alleged incidents occurred in August 1994 and March 1995. Ms. Schell represented a government-funded sports association with which the respondent had contact in his ministerial capacity. She alleged that the respondent had discriminated against her because of her sex with respect to a service or facility customarily available to the public. The alleged incidents occurred in March 1993 and on several occasions in July 1993 and July 1994.

While the events that followed in the human rights proceedings are lengthy, they nevertheless merit recitation in some detail in order to adequately address the alleged delay in the process. The following are what I consider to be the most relevant facts regarding each of the Complaints.

A. *The Schell Complaint*

The Schell Complaint dealt with conduct which allegedly occurred more than six months before the Complaint was filed. For this reason, a threshold issue of timeliness arose pursuant to s. 13(1)(d) of the Act. By letter dated July 20, 1995, the respondent’s counsel was informed that the Commission was considering whether to proceed with the investigation of the Schell Complaint and that timeliness submissions should be made. Letters were sent by the respondent on July 21 and July

«Conseil» ou la «Commission») deux plaintes de harcèlement sexuel contre l’intimé et Sa Majesté du chef de la province en application de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22 (désormais le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, depuis le 1^{er} janvier 1997) (également désigné sous le nom de «Loi» ou de «Code») (les «plaintes» ou la «plainte»).

Les plaintes concernaient divers épisodes de harcèlement sexuel qui seraient survenus entre mars 1993 et mars 1995. Il n’est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, que je m’attarde aux détails des plaintes. En résumé, M^{me} Willis occupait le poste de commis principal au bureau du ministre Blencoe et elle a allégué que ce dernier avait fait preuve de discrimination sexuelle à son égard relativement à ses conditions de travail, ce qui l’aurait amenée à démissionner. Les épisodes en cause se seraient produits en août 1994 et en mars 1995. Pour sa part, M^{me} Schell représentait une association sportive financée par l’État, avec laquelle l’intimé était en rapport en sa qualité de ministre. Elle a prétendu que l’intimé avait fait preuve de discrimination sexuelle à son égard relativement à des services ou à des installations habituellement accessibles au public. Les épisodes en question se seraient produits en mars 1993 et à maintes reprises en juillet 1993 et en juillet 1994.

Malgré la longueur des procédures en matière de droits de la personne qui ont suivi, il y a lieu néanmoins de les relater de façon assez détaillée pour bien examiner l’allégation de délai. Les faits qui suivent sont, à mon avis, les plus pertinents en ce qui concerne chacune des plaintes.

A. *La plainte de M^{me} Schell*

La plainte de M^{me} Schell porte sur une conduite qui aurait été adoptée plus de six mois avant le dépôt de ladite plainte, ce qui soulève la question préliminaire du respect du délai imparti à l’al. 13(1)d de la Loi. Dans une lettre datée du 20 juillet 1995, la Commission a informé l’avocat de l’intimé qu’elle se demandait si elle devait enquêter sur la plainte de M^{me} Schell, et que des observations devraient être formulées concernant la question du respect du délai imparti. Les 21 et 28

4

5

6

28, 1995, requesting particulars of the Complaint. Particulars were provided by the Commission by letter dated August 2, 1995.

7 On August 31, 1995, the respondent's counsel notified the Commission that the respondent would not provide a detailed submission on the timeliness issue until Ms. Schell discharged the onus of proving that her Complaint was filed in good faith. The Commission informed the respondent that it was not necessary for Ms. Schell to adduce further material on this matter. The respondent subsequently provided substantive submissions on the timeliness issue on September 22, 1995.

8 On November 14, 1995, the respondent was informed that the Commission had received Ms. Schell's submissions on October 11, 1995, and that the submissions of both parties were being considered. The respondent had not been forwarded a copy of Ms. Schell's submissions. Following two requests for such by Mr. Blencoe, the Commission provided him with a copy of this document on December 15, 1995, stating that the production of such document was a departure from normal procedures. On February 8, 1996, the respondent provided the Commission with a response to Ms. Schell's timeliness submissions.

9 On February 21, 1996, the respondent was informed that the Council had decided to proceed with the investigation and that he had 30 days to provide a full response to the allegations. In letters dated March 1 and March 27, 1996, the respondent requested the initial correspondence between Ms. Schell and the Commission. The respondent maintained that he would not respond to the particulars of allegation until such correspondence was produced. On April 1, 1996, the respondent was informed that such documents would not be disclosed and that the investigation would continue on the basis of existing materials if no response was received by April 10, 1996. A general denial to the allegations was given by the respondent on April 10, 1996. On June 19, 1996, the respondent received a letter from the Commission in response to his request regarding how long he would be required to wait for a hearing date. He was

juillet 1995, l'intimé a envoyé des lettres dans lesquelles il demandait des précisions sur la plainte. La Commission a accédé à sa demande par lettre datée du 2 août 1995.

Le 31 août 1995, l'avocat de l'intimé a informé la Commission que son client ne présenterait des observations détaillées sur la question du respect du délai que lorsque M^{me} Schell se serait acquittée de son obligation de prouver que la plainte avait été portée de bonne foi. La Commission a avisé l'intimé que M^{me} Schell n'avait pas à produire d'autres documents à ce propos. Par la suite, le 22 septembre 1995, l'intimé a fourni des observations de fond sur la question du respect du délai imparti.

Le 14 novembre 1995, l'intimé a appris que la Commission avait reçu les observations de M^{me} Schell le 11 octobre 1995 et que les observations des deux parties étaient examinées. L'intimé n'avait pas obtenu copie des observations de M^{me} Schell. Le 15 décembre 1995, après deux demandes formulées en ce sens par M. Blencoe, la Commission lui a fait parvenir une copie du document demandé en lui précisant qu'il s'agissait d'une entorse à la procédure habituelle. Le 8 février 1996, l'intimé a fait parvenir à la Commission une réponse aux observations de M^{me} Schell concernant le respect du délai imparti.

Le 21 février 1996, l'intimé a appris que le Conseil avait décidé d'enquêter sur la plainte et qu'il disposait de 30 jours pour fournir une réponse complète aux allégations. Dans des lettres datées du 1^{er} et du 27 mars 1996, l'intimé a réclamé la correspondance initiale entre M^{me} Schell et la Commission. L'intimé a maintenu qu'il ne répondrait aux détails des allégations que lorsque cette correspondance aurait été produite. Le 1^{er} avril 1996, l'intimé a été informé que ces documents ne seraient pas communiqués et que l'enquête se poursuivrait en fonction des documents existants si aucune réponse n'était reçue au plus tard le 10 avril 1996. L'intimé a présenté une dénégation générale des allégations le 10 avril 1996. Le 19 juin de la même année, l'intimé a reçu une lettre dans laquelle la Commission répondait à sa demande concernant le temps qu'il lui faudrait attendre avant qu'une date d'audience soit fixée. Il

informed that a hearing could not be scheduled until the Commission determined that a hearing was required.

On September 6, 1996, the respondent was notified that an investigator had been assigned to the Schell Complaint. By letter dated November 8, 1996, the Commission wrote to the respondent, requesting a response to certain information obtained in the course of investigating the Schell Complaint. Such information was provided by the respondent on December 23, 1996. On March 4, 1997, Mr. Blencoe's counsel was provided with a copy of the investigation report and asked for a written response by April 8, 1997. Such response was given on March 27, 1997. On April 15, 1997, the respondent was provided with the submissions received from Ms. Schell in response to the investigation report. Mr. Blencoe was requested to reply by May 15, 1997. Such response was provided on May 14, 1997.

By letter dated July 3, 1997, the respondent was notified that the Schell Complaint would be referred to the British Columbia Human Rights Tribunal ("Tribunal") for a hearing, without specifying the hearing date. That ended the involvement of the Commission in the Complaint. On September 10, 1997, the respondent was informed that the hearing was set for March 4, 5 and 6, 1998 and a pre-hearing conference in November of 1997. The hearing was thus scheduled to take place approximately 32 months after the initial Complaint was filed.

B. *The Willis Complaint*

The respondent was informed of the Willis Complaint by letter dated September 11, 1995. The respondent challenged the timeliness of the Complaint and asked the Council to make a decision pursuant to s. 13(1)(d) of the Act. The respondent was asked to provide submissions on timeliness within 15 days of the letter dated September 21, 1995. Such submissions were provided by Mr. Blencoe on October 11, 1995 with respect to both Complaints. On December 21, 1995, the respondent was sent a copy of Ms. Willis's submissions on timeliness which were dated October

a appris qu'une telle date ne pourrait être fixée que lorsque la Commission aurait conclu à la nécessité de tenir une audience.

Le 6 septembre 1996, l'intimé a été avisé qu'un enquêteur avait été chargé d'examiner la plainte de M^{me} Schell. Le 8 novembre 1996, la Commission a fait parvenir à l'intimé une lettre dans laquelle elle lui demandait de réagir à certains renseignements obtenus pendant l'enquête relative à la plainte de M^{me} Schell. L'intimé a accédé à cette demande le 23 décembre 1996. Le 4 mars 1997, on a remis à l'avocat de M. Blencoe un exemplaire du rapport d'enquête et on lui a demandé d'y répondre par écrit au plus tard le 8 avril 1997, ce qu'il a fait le 27 mars de la même année. Le 15 avril 1997, l'intimé a obtenu copie des observations que M^{me} Schell avait transmises en réponse au rapport d'enquête. On a demandé à M. Blencoe d'y répondre au plus tard le 15 mai 1997, ce qu'il a fait le 14 mai de la même année.

Dans une lettre datée du 3 juillet 1997, l'intimé a été avisé que la plainte de M^{me} Schell serait renvoyée au British Columbia Human Rights Tribunal (le «Tribunal») pour qu'il tienne une audience, sans que la date de cette audience ne soit toutefois précisée. La Commission était dès lors dessaisie de la plainte. Le 10 septembre 1997, l'intimé a appris que l'audience se déroulerait les 4, 5 et 6 mars 1998 et qu'une conférence préparatoire aurait lieu en novembre 1997. L'audience devait donc débiter environ 32 mois après le dépôt de la plainte initiale.

B. *La plainte de M^{me} Willis*

Dans une lettre datée du 11 septembre 1995, l'intimé a été informé de la plainte de M^{me} Willis. L'intimé a fait valoir que la plainte n'avait pas été déposée dans le délai imparti et a demandé au Conseil de rendre une décision fondée sur l'al. 13(1)d) de la Loi. Dans une lettre datée du 21 septembre 1995, on lui a demandé de présenter dans les 15 jours suivants des observations sur la question du respect du délai imparti. Monsieur Blencoe a présenté des observations sur les deux plaintes le 11 octobre 1995. Le 21 décembre suivant, l'intimé a obtenu copie des observations de M^{me} Willis sur

10

11

12

16, 1995. It was standard practice of the Council not to give respondents the complainant's response submissions.

13 On January 9, 1996, the respondent wrote to the Council, requesting that it refrain from making a decision regarding timeliness until he could reply to Ms. Willis's submissions. The respondent challenged both the timeliness of the Complaints and whether they were made in good faith. He declined to provide his response until such preliminary issues were addressed, contending that the Complaints should not be addressed at all. The Council concluded that the Complaints were timely, that there was no evidence of bad faith, and that the Complaints should be fully investigated. On January 11, 1996, the respondent was notified that the Commission was proceeding with its investigation of the Willis Complaint. The decision to proceed with this Complaint had been reached by the Council more than three weeks earlier, on December 18, 1995. The delay was said to have resulted from Council not returning the decision on timeliness file to the case management secretary and a temporary backlog in the clerical area.

14 On January 29, 1996, the respondent informed the Council that he was prepared to waive the investigation stage of the process and asked that the Council set the matter for hearing. However, this waiver was not feasible since the respondent was not prepared to concede that there was a sufficient evidentiary basis to warrant a hearing.

15 In April 1996, Mr. Blencoe's counsel inquired as to when the hearing was expected to occur. In June 1996, he was informed that this could not be determined until the investigation was completed. The respondent was also informed that no investigator had been assigned to the Willis Complaint at that time and that there was a backlog of investigation files. By letter dated September 6, 1996, Mr. Blencoe was informed that an investigator had been assigned to the Willis Complaint. On November 8, 1996, Mr. Blencoe was asked to respond to

le respect du délai imparti, lesquelles étaient datées du 16 octobre 1995. Le Conseil n'avait pas coutume de communiquer les observations d'un plaignant à la personne qui fait l'objet de la plainte.

Le 9 janvier 1996, l'intimé a écrit au Conseil pour lui demander de s'abstenir de rendre une décision concernant le respect du délai imparti jusqu'à ce qu'il puisse répondre aux observations de M^{me} Willis. Il soutenait que les plaintes n'avaient pas été déposées dans le délai imparti et qu'elles n'avaient pas été portées de bonne foi. Il refusait de produire sa réponse tant que ces questions préliminaires n'auraient pas été tranchées et il prétendait qu'il n'y avait absolument pas lieu d'examiner les plaintes. Le Conseil a conclu que les plaintes avaient été déposées à temps, qu'il n'y avait aucune preuve de mauvaise foi et que les plaintes devraient faire l'objet d'une enquête complète. Le 11 janvier 1996, l'intimé a été avisé que la Commission enquêtait sur la plainte de M^{me} Willis. La décision d'enquêter sur la plainte avait été prise par le Conseil plus de trois semaines auparavant, soit le 18 décembre 1995. On a expliqué le délai écoulé par l'omission du Conseil de retourner le dossier de la décision sur le respect du délai imparti au fonctionnaire responsable de la gestion des dossiers et par un retard temporaire dans l'exécution des fonctions administratives.

Le 29 janvier 1996, l'intimé a informé le Conseil qu'il était disposé à renoncer à l'étape de l'enquête et il lui a demandé d'inscrire l'affaire à son rôle. Cependant, cette renonciation n'était pas possible puisque l'intimé n'était pas prêt à reconnaître qu'il y avait une preuve suffisante pour justifier la tenue d'une audience.

En avril 1996, l'avocat de M. Blencoe s'est informé de la date à laquelle l'audience était censée avoir lieu. En juin de la même année, il a appris que cette date ne pourrait être fixée que lorsque l'enquête serait terminée. Il a également appris qu'aucun enquêteur n'avait encore été chargé d'examiner la plainte de M^{me} Willis et que le traitement des dossiers d'enquête accusait un retard. Dans une lettre datée du 6 septembre 1996, on a informé l'intimé qu'un enquêteur avait été chargé d'examiner la plainte de M^{me} Willis.

certain information obtained during the investigation. Such response was given on December 23, 1996. On March 3, 1997, the respondent was provided with a completed investigation report and asked for written responses which were provided by the respondent on March 27, 1997. In April 1997, the respondent was sent the submissions of Ms. Willis. He replied to them on May 14, 1997.

On July 3, 1997, the respondent was informed that the Willis Complaint would be referred to the Tribunal for hearing. That ended the involvement of the Commission in the Complaint. On September 10, 1997, the respondent was notified that the hearing was set for March 18, 19 and 20, 1998 and a pre-hearing conference in November 1997. The hearing was thus scheduled to take place approximately 32 months after the initial Complaint was filed.

Subsequent to the allegations of sex discrimination, the respondent and his family have been hounded by the media. Mr. Blencoe has suffered from severe depression and both he and his wife have sought psychological counselling. The respondent did not stand for re-election when his province went to the polls in 1996. Mr. Blencoe and his wife decided to move their family to Ontario in August 1996, in order to escape the media attention and seek employment. In May 1997, the family returned to Victoria, allegedly because they could not escape the harassment of the media which followed them to Ontario and because the respondent's wife received an excellent job offer in British Columbia. The respondent continues to be clinically depressed and has been prescribed medication. He was prevented from coaching his youngest son's soccer team on the grounds that the soccer association did not want him working with children. The respondent considers himself "unemployable" in British Columbia, due to the outstanding human rights Complaints against him.

On November 27, 1997, the respondent commenced proceedings for judicial review, claiming that the Commission had lost jurisdiction due to unreasonable delay in processing the human rights

Le 8 novembre 1996, on a demandé à M. Blencoe de réagir à certains renseignements obtenus pendant l'enquête, ce qu'il a fait le 23 décembre suivant. Le 3 mars 1997, on a remis à l'intimé une copie du rapport d'enquête et on lui a demandé d'y répondre par écrit, ce qu'il a fait le 27 mars suivant. En avril 1997, l'intimé a obtenu copie des observations de M^{me} Willis, et il y a répondu le 14 mai suivant.

Le 3 juillet 1997, l'intimé a appris que la plainte de M^{me} Willis serait renvoyée au Tribunal pour qu'il tienne une audience. La Commission était dès lors dessaisie de la plainte. Le 10 septembre 1997, l'intimé a été avisé que l'audience se déroulerait les 18, 19 et 20 mars 1998 et qu'une conférence préparatoire aurait lieu en novembre 1997. L'audience devait donc débiter environ 32 mois après le dépôt de la plainte initiale.

À la suite des allégations de discrimination sexuelle, l'intimé et les membres de sa famille ont été traqués par les médias. Monsieur Blencoe a fait une grave dépression, et son épouse et lui ont tous les deux eu recours aux services d'un psychologue. L'intimé n'a pas sollicité un nouveau mandat lors du scrutin provincial de 1996. En août 1996, M. Blencoe et son épouse ont décidé d'aller s'établir en Ontario afin d'échapper à l'attention des médias et de trouver du travail. En mai 1997, la famille est revenue à Victoria, apparemment parce qu'elle ne pouvait pas échapper au harcèlement des médias qui les avaient suivis jusqu'en Ontario et que l'épouse de l'intimé s'était vu offrir un emploi très intéressant en Colombie-Britannique. L'intimé souffre toujours de dépression clinique et consomme des médicaments sur ordonnance. Il n'a pas pu entraîner l'équipe de soccer de son fils cadet parce que l'association responsable ne voulait pas qu'il côtoie des enfants. L'intimé se dit «inapte au travail» en Colombie-Britannique en raison des plaintes fondées sur les droits de la personne qui pèsent toujours contre lui.

Le 27 novembre 1997, l'intimé a présenté une demande de contrôle judiciaire en faisant valoir que la Commission avait perdu compétence en raison d'un délai déraisonnable dans le traitement des

16

17

18

Complaints. The respondent alleged that the unreasonable delay caused serious prejudice to him and his family which amounted to an abuse of process and a denial of natural justice.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201

19 The respondent's application for judicial review was dismissed by Lowry J. on February 11, 1998. The question before the court was whether, given the time that had elapsed since the Complaints were first made to the Commission, personal hardship attributable to the stigma attached to the allegations justified the supervisory intervention of the court. The respondent also alleged that, because two prospective witnesses had died and the memories of other witnesses had faded, he would be unable to obtain a fair hearing. The respondent did not make an express s. 7 argument before the lower court, but relied instead on principles of natural justice, pursuant to administrative law jurisprudence and common law protections against undue delay. The respondent did however cite s. 7 jurisprudence to support his claim that the prejudice he suffered was analogous to the prejudice that justifies a stay of proceedings in the s. 7 context.

20 Lowry J. recognized that the allegations of sexual harassment had significantly affected the respondent's life and that his political career appeared to be finished. However, he added that it was difficult to determine to what extent such prejudice could be fairly attributed to any delay in the proceedings.

21 Lowry J. rejected the contention that, absent any application of the *Charter*, personal hardship attributable to unacceptable delay in an administrative process could, standing alone, constitute prejudice that entitled a respondent to prerogative relief. He held that delay will only constitute a denial of natural justice if the result of the delay is to directly prejudice the ability of an affected party

plaintes fondées sur les droits de la personne. Il a allégué que ce délai déraisonnable avait causé à sa famille et à lui-même un préjudice grave équivalant à un abus de procédure et à un déni de justice naturelle.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201.

Le 11 février 1998, le juge Lowry a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'intimé. La cour était appelée à décider si, en raison du délai écoulé depuis le dépôt initial des plaintes à la Commission, les difficultés personnelles imputables à la stigmatisation liée aux allégations justifiaient un contrôle judiciaire. L'intimé prétendait également que, du fait que deux témoins éventuels étaient décédés et que la mémoire d'autres témoins avait décliné, il ne pourrait pas obtenir une audience équitable. Il n'a avancé aucun argument explicitement fondé sur l'art. 7 devant le tribunal inférieur, préférant invoquer les principes de justice naturelle, conformément à la jurisprudence en matière de droit administratif et aux protections que la common law offre contre les délais injustifiés. Il a cependant invoqué la jurisprudence relative à l'art. 7 à l'appui de son allégation que le préjudice qu'il subissait s'apparentait à celui qui justifie un arrêt des procédures dans le contexte de l'art. 7.

Le juge Lowry a reconnu que les allégations de harcèlement sexuel avaient sensiblement perturbé l'existence de l'intimé et semblaient avoir mis un terme à sa carrière politique. Il a toutefois ajouté qu'il était difficile de déterminer dans quelle mesure le préjudice subi pouvait être attribué, à juste titre, à un délai dans le déroulement des procédures.

Le juge Lowry a rejeté la prétention que, en l'absence de toute application de la *Charte*, les difficultés personnelles imputables à un délai inacceptable dans le déroulement d'un processus administratif pouvaient, à elles seules, conférer à l'intimé le droit à un bref de prérogative. Il a conclu qu'un délai ne constitue un déni de justice naturelle pour une partie que s'il porte atteinte

to respond. He concluded that Mr. Blencoe's ability to have a fair hearing had not been prejudiced, since he was able to respond to the Complaints in an evidentiary sense.

Apart from an unexplained five-month period in the human rights process, Lowry J. found that there had been no extended period of inactivity in the processing of the Complaints from receipt to referral. Communication had been ongoing between the Commission, solicitors and complainants, and the respondent had not been ignored. Lowry J. thus concluded that there had been no "unacceptable delay" in the human rights process. He also noted that the respondent had not brought any of his personal hardship to the Commission's attention, nor had he requested a prioritization of the Complaints on that basis.

B. British Columbia Court of Appeal (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216

Before the Court of Appeal, Mr. Blencoe expressly argued that his s. 7 rights to liberty and security of the person were violated due to the length of the delay in resolving the Complaints against him. On May 11, 1998, the Court of Appeal (McEachern C.J.B.C. and Prowse J.A. for the majority, in separate concurring reasons) allowed the appeal and directed that the human rights proceedings against the respondent be stayed. Lambert J.A., in dissent, would have upheld the judgment of the British Columbia Supreme Court.

(a) Majority Decision of McEachern C.J.B.C.

McEachern C.J.B.C. concluded that the undue delay and the continued prejudice to privacy and human dignity could not be in accordance with the principles of fundamental justice (para. 104). McEachern C.J.B.C. found that the delay could not be attributed to Mr. Blencoe since he was unable to

directement à sa capacité de se défendre. Il a conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte à la capacité de M. Blencoe d'obtenir une audience équitable étant donné qu'il était en mesure de répondre aux plaintes en produisant des éléments de preuve.

Outre le délai inexpliqué de cinq mois dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne, le juge Lowry a estimé qu'il n'y avait eu aucune période d'inactivité prolongée dans le traitement des plaintes entre leur dépôt et leur renvoi pour audience. La communication avait été constante entre la Commission, les avocats et les plaignantes, et l'intimé n'avait pas été tenu à l'écart. Le juge Lowry a donc conclu qu'il n'y avait pas eu de «délai inacceptable» dans le déroulement du processus en cause. Il a également souligné que l'intimé n'avait ni fait part de ses difficultés personnelles à la Commission ni demandé que l'on donne la priorité aux plaintes pour ce motif.

B. Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216

En Cour d'appel, M. Blencoe a expressément soutenu que les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7 ont été violés en raison de la longueur du délai écoulé sans que les plaintes portées contre lui n'aient été réglées. Le 11 mai 1998, la Cour d'appel (le juge en chef McEachern et le juge Prowse s'exprimant, au nom de la majorité, dans des motifs concordants distincts) a accueilli l'appel et ordonné l'arrêt des procédures en matière de droits de la personne qui avaient été engagées contre l'intimé. Le juge Lambert, dissident, aurait confirmé le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

a) La décision majoritaire du juge en chef McEachern

Le juge en chef McEachern a conclu que le délai injustifié et l'atteinte constante à la vie privée et à la dignité de la personne ne pouvaient pas être conformes aux principes de justice fondamentale (par. 104). Il a jugé que le délai ne pouvait pas être imputé à M. Blencoe étant donné qu'il ne pouvait

22

23

24

identify any steps taken by the respondent to which he was not entitled in defending himself. McEachern C.J.B.C. opined that the Complaints were not complex, but were rather of the type that are “quickly resolved by courts and tribunals all the time” (para. 37), such that “a week at the outside would have sufficed” to complete the investigation (para. 51). He added (at paras. 47 and 51):

... a delay of over 30 months from the date of the complaints to a hearing on the merits is far too long. If Mr. Blencoe had been charged in the criminal courts with this type of sexual assault, the charge would very likely be dismissed on grounds of delay

As I have already commented, the investigation was necessarily one-dimensional as there were no eyewitnesses, and a week at the outside would have sufficed.

25

Turning to the issue of prejudice, McEachern C.J.B.C. found that but for these proceedings, “it might reasonably be expected that the overwhelming [media] attention would have died away and [Blencoe] and his family could have attempted to reconstruct their lives” (para. 53). He considered the contention that the prejudice suffered by the respondent was not caused by the delay, but rather by his dismissal from Cabinet. In this connection McEachern C.J.B.C. held that the Supreme Court of Canada has elevated the “exacerbation” of an existing deprivation to the same level as the creation of the deprivation itself. He held that the excessive delay both created a substantial stigma against the accused and exacerbated an existing state of affairs, thus triggering the s. 7 right to security of the person.

26

McEachern C.J.B.C. noted that the jurisprudence surrounding the application of s. 7 in a non-penal context was “fraught with considerable difficulty” (para. 60). He identified two competing streams of jurisprudence as to the scope of s. 7 in the Supreme Court. First, McEachern C.J.B.C. described what he referred to as the “judicial domain” school, which limits s. 7 protection to criminal proceedings. This approach was then contrasted with a broader approach to s. 7 which pro-

pas dire que ce dernier avait pris des mesures qu’il n’avait pas le droit de prendre pour se défendre. Il s’est dit d’avis que les plaintes n’étaient pas complexes, mais qu’elles étaient plutôt du genre de celles que [TRADUCTION] «les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs règlent toujours rapidement» (par. 37), de sorte qu’«il aurait suffi tout au plus d’une semaine» pour effectuer l’enquête (par. 51). Il a ajouté ce qui suit (aux par. 47 et 51):

[TRADUCTION] . . . un délai de plus de 30 mois entre le dépôt des plaintes et la tenue d’une audience au fond est beaucoup trop long. Si M. Blencoe avait été accusé au criminel de ce genre d’agression sexuelle, l’accusation serait fort probablement rejetée pour des raisons de délai

Comme je l’ai déjà expliqué, l’enquête était nécessairement unidimensionnelle puisqu’il n’y avait aucun témoin oculaire, et il aurait suffi tout au plus d’une semaine.

Au sujet de la question du préjudice, le juge en chef McEachern a conclu que, n’eût été de ces procédures, [TRADUCTION] «on aurait pu raisonnablement s’attendre à ce que l’attention [médias] considérable s’estompe et à ce que [Blencoe] et les membres de sa famille puissent tenter de retrouver une vie normale» (par. 53). Il a examiné la prétention que le préjudice subi par l’intimé résultait non pas du délai, mais plutôt de son exclusion du Cabinet. Le juge en chef McEachern a conclu, à cet égard, que la Cour suprême du Canada a placé sur un pied d’égalité l’«aggravation» d’une atteinte existante et le fait de porter atteinte. Il a estimé que le délai excessif avait à la fois considérablement stigmatisé l’accusé et aggravé une situation déjà existante, de sorte que le droit à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 s’appliquait.

Le juge en chef McEachern a fait remarquer que la jurisprudence entourant l’application de l’art. 7 dans un contexte non pénal [TRADUCTION] «posait de grandes difficultés» (par. 60). Il a relevé, au sujet de la portée de l’art. 7, deux courants opposés dans la jurisprudence de la Cour suprême. Premièrement, le juge en chef McEachern a parlé de ce qu’il a appelé l’école du «domaine judiciaire» qui limite la protection de l’art. 7 aux procédures criminelles. Il a ensuite comparé ce point de vue avec

pects an individual's right to "human dignity" and "privacy" outside the arena of criminal proceedings. McEachern C.J.B.C. adopted the more expansive approach (at para. 101):

... I feel constrained to follow what I regard as the emerging, preferred view in the Supreme Court of Canada that s. 7, under the rubric of liberty and security of the person, operates to protect both the privacy and dignity of citizens against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by [Blencoe] here. Everyone can be made answerable, according to law, for his or her conduct or misconduct, but a process established by law to provide accountability and appropriate remedies cannot be completely open-ended in the sense that human dignity, even for wrongdoers if such is the case, can be compromised for as long as it has occurred in this case.

(b) Concurring Majority Judgment of Prowse J.A.

Prowse J.A. held that the allegations in this case were analogous to allegations of sexual assault and thus engaged s. 7 of the *Charter*. Having regard to the nature of the allegations and the extent of the prejudice suffered by Mr. Blencoe, she agreed with McEachern C.J.B.C. that the delay of over 30 months was unreasonable and breached the respondent's right to security of the person in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice.

(c) Dissenting Reasons of Lambert J.A.

In determining whether the delay was unacceptable, for the purposes of an assessment of natural justice, Lambert J.A. held that such decision was an issue of fact which was decided by the lower court. Consequently, he stated that Lowry J.'s decision should only be interfered with if there was a misconception of the evidence or if the decision was palpably wrong, neither of which had occurred in this case. On the legal question of which sorts of

une interprétation plus large de l'art. 7 qui protège le droit de chacun à la «dignité» et à la «vie privée» ailleurs que dans le seul contexte de procédures criminelles. Le juge en chef McEachern s'est dit favorable à l'interprétation plus libérale (au par. 101):

[TRADUCTION]... je me sens contraint à suivre ce qui me semble être la nouvelle interprétation préconisée par la Cour suprême du Canada, selon laquelle, au chapitre de la liberté et de la sécurité de la personne, l'art. 7 a pour effet de protéger à la fois la vie privée et la dignité des citoyens contre la stigmatisation découlant d'un oppresse prolongé et injustifié comme celui dont [M. Blencoe] a été victime. Suivant la loi, n'importe qui peut être tenu responsable de sa conduite ou de son inconduite, mais le processus établi par la loi pour statuer sur la responsabilité et accorder un redressement approprié ne peut avoir une durée totalement indéterminée au point où la dignité d'une personne, même fautive, peut être compromise aussi longtemps qu'elle l'a été en l'espèce.

b) Le jugement majoritaire concordant du juge Prowse

Le juge Prowse a conclu que les allégations formulées en l'espèce s'apparentaient à des allégations d'agression sexuelle et faisaient donc intervenir l'art. 7 de la *Charte*. Compte tenu de la nature des allégations et de l'étendue du préjudice subi par M. Blencoe, elle a convenu avec le juge en chef McEachern que le délai de plus de 30 mois était déraisonnable et portait atteinte, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, au droit de l'intimé à la sécurité de sa personne.

c) Les motifs dissidents du juge Lambert

La question de savoir si le délai était inacceptable au regard des principes de justice naturelle était, selon le juge Lambert, une question de fait que le tribunal inférieur avait tranchée. Il a donc affirmé qu'il n'y aurait lieu de modifier la décision du juge Lowry que s'il y avait eu mauvaise interprétation de la preuve ou décision manifestement erronée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Quant à la question de droit qui est de savoir quels genres

27

28

prejudice affect natural justice, Lambert J.A. agreed with Lowry J. that prejudice arising from delay must go to the intrinsic fairness of the hearing process and not merely to extrinsic factors such as stigma, stress or other forms of suffering.

de préjudice sont contraires aux principes de justice naturelle, le juge Lambert a convenu avec le juge Lowry que le préjudice découlant d'un délai doit se rapporter à l'équité intrinsèque de la procédure d'audition et non seulement à un facteur extrinsèque comme la stigmatisation, le stress ou d'autres formes de souffrance.

29

Turning to the *Charter* issue, Lambert J.A. found it unnecessary to decide whether s. 7 of the *Charter* applies to non-criminal proceedings or whether suffering induced by stigmatization, stress and disruption of family life can constitute a deprivation of liberty or security of the person in the human rights context. He found that the stigma suffered by Mr. Blencoe, the stress and anxiety related thereto, the media publicity, and Mr. Blencoe's lack of employment, could not be attributed to the human rights process, nor were they exacerbated by a breach of the principles of fundamental justice. Lambert J.A. emphasized that Mr. Blencoe's rights and expectations had to be balanced against those of the two complainants, in the context of the public interest in upholding an effective human rights process. Concluding that the principles of fundamental justice arising in the human rights process were not breached, Lambert J.A. would have found that the respondent was not entitled to relief under ss. 7 and 24 of the *Charter*.

En ce qui concerne la question relative à la *Charte*, le juge Lambert a décidé qu'il était inutile de déterminer si l'art. 7 de la *Charte* s'applique dans des procédures non criminelles ou si les souffrances dues à la stigmatisation, au stress et à la perturbation de la vie familiale peuvent constituer une atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne dans le contexte des droits de la personne. Il a conclu que la stigmatisation dont M. Blencoe a été victime, le stress et l'anxiété qui en ont résulté, la couverture médiatique et le fait que M. Blencoe n'avait plus d'emploi n'étaient pas attribuables au processus en matière de droits de la personne et n'avaient pas été aggravés par une violation des principes de justice fondamentale. Le juge Lambert a souligné que les droits et les attentes de M. Blencoe devaient être soupesés en fonction de ceux des deux plaignants et de l'intérêt du public dans le maintien d'un processus efficace en matière de droits de la personne. Après avoir conclu qu'il n'y avait eu aucune violation des principes de justice fondamentale qui s'appliquent en matière de droits de la personne, le juge Lambert aurait conclu que l'intimé n'avait pas droit à une réparation fondée sur les art. 7 et 24 de la *Charte*.

IV. Relevant Constitutional Provisions

IV. Dispositions constitutionnelles pertinentes

30

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

11. Any person charged with an offence has the right

11. Tout inculpé a le droit:

(b) to be tried within a reasonable time;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

V. Issues

The following are the central issues to be determined for the disposition of this appeal:

- A. Does the *Charter* apply to the actions of the British Columbia Human Rights Commission?
- B. Have the respondent's s. 7 rights to liberty and security of the person been violated by state-caused delay in the human rights proceedings?
- C. If the respondent's s. 7 rights were not engaged, or if the state's actions were in accordance with the principles of fundamental justice, was the respondent entitled to a remedy pursuant to administrative law principles where the delay did not interfere with the right to a fair hearing?
- D. If the respondent is entitled to a *Charter* or administrative law remedy, was the stay of proceedings an appropriate remedy in the circumstances of this case?

VI. Analysis

A. *Does the Charter Apply to the Actions of the British Columbia Human Rights Commission?*

The scope of the *Charter's* application is delineated by s. 32(1) of the *Charter* which states:

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.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

V. Questions en litige

Notre Cour est appelée, aux fins du présent pourvoi, à trancher les questions centrales suivantes:

- A. La *Charte* s'applique-t-elle aux actes de la British Columbia Human Rights Commission?
- B. Le délai imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne a-t-il porté atteinte aux droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'art. 7?
- C. Si les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 n'étaient pas en cause ou si les actes de l'État étaient conformes aux principes de justice fondamentale, l'intimé avait-il droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif dans la mesure où le délai écoulé n'a pas porté atteinte à son droit à une audience équitable?
- D. Si l'intimé a droit à une réparation fondée sur la *Charte* ou sur le droit administratif, l'arrêt des procédures était-il la réparation appropriée eu égard aux circonstances de la présente affaire?

VI. Analyse

A. *La Charte s'applique-t-elle aux actes de la British Columbia Human Rights Commission?*

La portée de la *Charte* est délimitée par son par. 32(1), dont voici le libellé:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

It is clear that both the federal Parliament and provincial legislatures are bound by the *Charter*. However, one threshold issue which has been raised in this case is whether the Commission and the Tribunal are agents of government pursuant to s. 32 of the *Charter*. The following three factors have been put forth to support the argument that these bodies are not bound by the *Charter*: (i) the organizations in question are required to be independent of government; (ii) the challenge in this case is not to any statutory provisions that might be said to be within the legislative sphere; and (iii) the organizations in question must act judicially since their functions are analogous to those exercised by courts of law.

33 For the reasons I address below, these claims are misguided with respect to their approach to the application of the *Charter*. Furthermore, for the purposes of this appeal, it is only necessary to address the *Charter's* applicability to the actions of the Commission since the prejudice suffered by the respondent is alleged to have resulted from unreasonable delay in the actions of the Commission.

34 The mere fact that a body is independent of government is not determinative of the *Charter's* application, nor is the fact that a statutory provision is not impugned. Being autonomous or independent from government is not a conclusive basis upon which to hold that the *Charter* does not apply.

35 Bodies exercising statutory authority are bound by the *Charter* even though they may be independent of government. This was confirmed by

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Il est clair que le Parlement du Canada et les législatures provinciales sont assujettis à la *Charte*. Cependant, une question préliminaire que soulève la présente affaire est de savoir si la Commission et le Tribunal sont des mandataires du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Les trois facteurs suivants ont été avancés à l'appui de l'argument voulant que ces organismes ne soient pas assujettis à la *Charte*: (i) les organismes en cause doivent être indépendants du gouvernement, (ii) la contestation en l'espèce ne vise pas une disposition dont on pourrait dire qu'elle ressortit au pouvoir législatif et (iii) les organismes en question doivent agir d'une manière judiciaire, étant donné que leurs fonctions sont analogues à celles d'une cour de justice.

Pour les raisons exposées ci-après, ces prétentions s'appuient sur une façon erronée d'aborder l'application de la *Charte*. De plus, aux fins du présent pourvoi, il est seulement nécessaire d'examiner l'applicabilité de la *Charte* aux actes de la Commission, étant donné que le préjudice subi par l'intimé serait imputable au fait que la Commission n'a pas agi dans un délai raisonnable.

Le seul fait qu'un organisme soit indépendant du gouvernement n'est pas décisif en ce qui concerne l'application de la *Charte*, pas plus que ne l'est le fait qu'aucune disposition législative n'est contestée. L'autonomie ou l'indépendance vis-à-vis du gouvernement ne permet pas de conclure à l'inapplication de la *Charte*.

L'organisme qui exerce un pouvoir conféré par une loi est assujetti à la *Charte* même s'il peut être indépendant du gouvernement. Le juge La Forest

La Forest J., speaking for a unanimous Court in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 21:

There is no doubt, however, that the *Charter* also applies to action taken under statutory authority. The rationale for this rule flows inexorably from the logical structure of s. 32. As Professor Hogg explains in his *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 34-8.3 and 34-9:

Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

There is no doubt that the Commission is created by statute and that all of its actions are taken pursuant to statutory authority.

One distinctive feature of actions taken under statutory authority is that they involve a power of compulsion not possessed by private individuals (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-12). Clearly the Commission possesses more extensive powers than a natural person. The Commission's authority is not derived from the consent of the parties. The *Human Rights Code* grants various powers to the Commission to both investigate complaints and decide how to deal with such complaints. Section 24 of the Code specifically allows the Commissioner to compel the production of documents. The relevant portions of this section state:

24 (1) For the purpose of investigating a complaint, the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may

l'a confirmé en rendant l'arrêt unanime de notre Cour *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 21:

Toutefois, il ne fait aucun doute que la *Charte* s'applique aussi aux actes accomplis en vertu de pouvoirs conférés par la loi. La justification de cette règle découle inexorablement de la structure logique de l'art. 32. Comme l'explique le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, aux pp. 34-8.3 et 34-9:

[TRADUCTION] Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il ne fait aucun doute que la Commission a été créée par une loi et qu'elle accomplit tous ses actes en vertu du pouvoir que lui confère la loi en cause.

L'un des traits distinctifs des actes accomplis en vertu d'un pouvoir conféré par la loi est qu'ils comportent un pouvoir de contrainte que n'ont pas les particuliers (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 34-12). Il est clair que les pouvoirs de la Commission sont plus étendus que ceux d'une personne physique. Sa compétence ne découle pas du consentement des parties. Le *Human Rights Code* habilite, de diverses manières, la Commission à enquêter sur des plaintes et à décider de la façon de les traiter. L'article 24 du Code permet expressément au commissaire d'exiger la production de documents. En voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

24 (1) Lorsqu'il l'enquête relative à une plainte, le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut

(a) require the production of books, documents, correspondence or other records that relate or may relate to the complaint, and

(b) make any inquiry relating to the complaint of any person, in writing or orally.

(2) If a person refuses to

(a) comply with a demand under subsection (1) for the production of books, documents, correspondence or other records, or

(b) respond to an inquiry made under subsection (1) (b),

the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may apply to the Supreme Court for an order requiring the person to comply with the demand or respond to the inquiry.

. . .

(4) For the purpose of investigating a complaint, the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may, with the consent of the owner or occupier, enter and inspect any premises that in the opinion of that commissioner or the human rights officer may provide information relating to the complaint.

a) exiger la production de livres, documents, lettres ou autres dossiers qui se rapportent ou peuvent se rapporter à la plainte, et

b) poser des questions par écrit ou de vive voix relativement à la plainte.

(2) Si une personne refuse

a) d'obtempérer à une demande de production de livres, documents, lettres ou autres dossiers, fondée sur l'alinéa (1)a), ou

b) de répondre à une question posée en vertu de l'alinéa (1)b),

le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut demander à la Cour suprême d'ordonner à la personne en cause d'obtempérer à la demande ou de répondre à la question.

. . .

(4) Lorsqu'il enquête sur une plainte, le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut, avec le consentement du propriétaire ou de l'occupant, inspecter des locaux si, à son avis, cette inspection peut permettre d'obtenir des renseignements concernant la plainte.

37

The Commission in this case cannot therefore escape *Charter* scrutiny merely because it is not part of government or controlled by government. In *Eldridge*, a unanimous Court concluded that a hospital was bound by the *Charter* since it was implementing a specific government policy or program. The Commission in this case is both implementing a specific government program and exercising powers of statutory compulsion.

En l'espèce, la Commission ne peut pas échapper à un examen fondé sur la *Charte* du seul fait qu'elle ne fait pas partie du gouvernement ou qu'elle n'est pas sous son contrôle. Dans l'arrêt *Eldridge*, notre Cour a conclu à l'unanimité qu'un hôpital était assujéti à la *Charte* parce qu'il mettait en œuvre une politique ou un programme gouvernemental particulier. La commission dont il est question en l'espèce met en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerce des pouvoirs de contrainte émanant de la loi.

38

With respect to the claim that the Commission exercises judicial functions and is thereby not subject to the *Charter*, the decision of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, is conclusive. Lamer J. (as he then was), in partial dissent but speaking for a unanimous Court on this point, held that the *Charter* applies to the orders of a statutorily appointed labour arbitrator. This determination was not open

L'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, est concluant en ce qui concerne la prétention que la Commission exerce des fonctions judiciaires et n'est donc pas assujéti à la *Charte*. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef), dissident en partie, mais s'exprimant au nom de toute la Cour sur ce point, a décidé que la *Charte* s'applique aux ordonnances d'un arbitre en matière de relations

to challenge, as expressed by Lamer J., at pp. 1077-78:

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. [Emphasis added.]

The facts in *Slaight* and the case at bar share at least one salient feature: the labour arbitrator (in *Slaight*) and the Commission (in the case at bar) each exercise governmental powers conferred upon them by a legislative body. The ultimate source of authority in each of these cases is government. All of the Commission's powers are derived from the statute. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code*. It is putting into place a government program or a specific statutory scheme established by government to implement government policy (see *Eldridge, supra*, at paras. 37 and 44, and *Douglas/Kwanilen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 584). The Commission must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally.

Thus, notwithstanding that the Commission may have adjudicatory characteristics, it is a statutory creature and its actions fall under the authority of the *Human Rights Code*. The state has instituted an administrative structure, through a legislative scheme, to effectuate a governmental program to provide redress against discrimination. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny. Once a complaint is brought before the Commission, the subsequent administrative proceedings must comply with the *Charter*. These entities are subject to *Charter* scrutiny in the performance of their functions just as government would be in like circumstances. To hold otherwise would allow the legislative branch to circumvent the *Charter* by establishing statutory

du travail désigné en application d'une loi. Cette décision était incontestable, comme l'a dit le juge Lamer à la p. 1077:

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. [Je souligne.]

Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante: l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique (voir *Eldridge*, précité, aux par. 37 et 44, et *Douglas/Kwanilen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 584). La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de «nature gouvernementale».

Donc, même si elle peut avoir certaines caractéristiques d'un tribunal, la Commission est une créature de la loi et ses actes sont assujettis au *Human Rights Code*. L'État a créé par voie législative un organisme administratif chargé de mettre en œuvre un programme gouvernemental destiné à remédier à la discrimination. C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*. Une fois la Commission saisie d'une plainte, les procédures administratives qui suivent doivent respecter la *Charte*. L'exercice des fonctions de telles entités peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* tout comme pourrait le faire l'exercice des fonctions d'un gouvernement dans les mêmes circonstances. Conclure le contraire permettrait au pouvoir légis-

39

40

bodies that are immune to *Charter* scrutiny. The above analysis leads inexorably to the conclusion that the *Charter* applies to the actions of the Commission.

B. *Have the Respondent's Section 7 Rights to Liberty and Security of the Person Been Violated by State-caused Delay in Human Rights Proceedings?*

(a) Court of Appeal Decisions on This Issue

41 Four appellate courts have dealt with the issue of whether s. 7 of the *Charter* applies in circumstances similar to the case at bar, including the decision under appeal. The majority of the Court of Appeal in *Blencoe* followed the decision in *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.), to hold that s. 7 of the *Charter* was violated. However, the Manitoba Court of Appeal in *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, and the Federal Court of Appeal in *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638, refused to follow *Kodellas*, holding that s. 7 cannot be applied to the consequences of delays in human rights proceedings.

42 In *Kodellas*, between the date of the first complaint and the date fixed for the hearing, almost four years had elapsed and three years and two months had elapsed with respect to the second complaint. Bayda C.J.S., dissenting in part with respect to the appropriate remedy, held that the delay violated Mr. Kodellas's s. 7 security of the person. In reaching this conclusion, Bayda C.J.S. referred to the dissenting judgment of Lamer J. in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863 (hereinafter "*Mills* (1986)"), at p. 919, and reiterated in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 605, where, in the context of s. 11(b) of the *Charter*, security of the person encompasses protection against

latif de contourner la *Charte* en créant des organismes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un tel examen. L'analyse qui précède mène inexorablement à la conclusion que la *Charte* s'applique aux actes de la Commission.

B. *Le retard imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne a-t-il porté atteinte aux droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'art. 7?*

a) La jurisprudence des cours d'appel sur ce point

Quatre cours d'appel ont statué sur la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* s'applique dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire, y compris la cour d'appel dans l'arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi. Dans l'affaire *Blencoe*, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont suivi l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.), et ont conclu qu'il y avait violation de l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, la Cour d'appel du Manitoba dans *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, et la Cour d'appel fédérale dans *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638, ont refusé de suivre l'arrêt *Kodellas* et ont conclu que l'art. 7 ne peut pas s'appliquer aux conséquences d'un délai dans des procédures en matière de droits de la personne.

Dans l'affaire *Kodellas*, près de quatre années s'étaient écoulées entre le dépôt de la première plainte et la date fixée pour la tenue de l'audience, alors que trois années et deux mois s'étaient écoulées dans le cas de la deuxième plainte. Le juge en chef Bayda, dissident en partie au sujet de la réparation appropriée, a conclu que le délai écoulé portait atteinte au droit de M. Kodellas à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7. En tirant cette conclusion, le juge en chef Bayda a mentionné les motifs dissidents du juge Lamer dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 (ci-après l'«arrêt *Mills* de 1986»), à la p. 919, repris dans *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 605, selon lesquels la

“overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation” (*Kodellas*, at p. 152). The unreasonable delay in *Kodellas* was found to result in two forms of prejudice to Mr. Kodellas. First, it extended his psychological trauma. Second, it reduced Mr. Kodellas’s chances of a fair hearing (*Kodellas*, at p. 161).

In *Nisbett*, the Manitoba Court of Appeal denied relief sought by a medical doctor to prohibit the hearing of his employee’s complaint of sexual harassment that had been outstanding for over three years. This decision was reached despite the stigma attached to the allegations which was described as “anxiety, the strain on family life, the disruption of his professional practice, the quest for evidence of similar conduct from former employees, the damage to his personal dignity and professional standing, the loss of self-esteem, and the continuing uncertainty as to the final outcome of the proceedings” (*Nisbett*, at p. 749) (quoting from the trial judgment (1992), 90 D.L.R. (4th) 672, at p. 679). The Manitoba Court of Appeal refused to follow *Kodellas*, questioning whether the impact of a criminal proceeding for sexual assault can be equated with a human rights proceeding on allegations of sex discrimination for the purposes of s. 7. The Court of Appeal concluded that s. 7 had no application to non-penal proceedings under human rights legislation and that s. 11 of the *Charter* was restricted to criminal cases.

In *Canadian Airlines*, there was a 50-month delay between the filing of the complaint and the appointment of a tribunal to investigate. The Federal Court of Appeal also refused to follow *Kodellas*, and concluded that s. 7 did not apply to administrative proceedings of a non-criminal nature.

sécurité de la personne, dans le contexte de l’al. 11*b*) de la *Charte*, englobe la protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d’une accusation criminelle pendante» (*Kodellas*, à la p. 152). Il a été jugé, dans *Kodellas*, que le délai déraisonnable avait causé deux formes de préjudice à M. Kodellas: premièrement, il avait prolongé son traumatisme psychologique et, deuxièmement, il avait réduit les chances de M. Kodellas d’obtenir une audience équitable (*Kodellas*, à la p. 161).

Dans l’arrêt *Nisbett*, la Cour d’appel du Manitoba a refusé d’interdire, à la demande d’un médecin, l’audition de la plainte de harcèlement sexuel que l’employée de ce dernier avait déposée plus de trois ans auparavant. Elle a rendu cette décision malgré les stigmates liés aux allégations, qui avait été décrits comme étant [TRADUCTION] «l’angoisse, la perturbation de la vie familiale et de la vie professionnelle, la recherche d’une preuve de comportement similaire auprès d’anciennes employées, l’atteinte à la dignité personnelle et à la réputation professionnelle, la perte d’estime de soi et l’incertitude continue quant à l’issue finale des procédures» (*Nisbett*, à la p. 749 (citation provenant du jugement de première instance (1992), 90 D.L.R. (4th) 672, à la p. 679)). Doubtant que l’incidence de procédures criminelles en matière d’agression sexuelle puisse être assimilée, aux fins de l’application de l’art. 7, à celle de procédures en matière de droits de la personne relatives à des allégations de discrimination sexuelle, la Cour d’appel du Manitoba a refusé de suivre l’arrêt *Kodellas*. Elle a statué que l’art. 7 ne s’appliquait pas à des procédures non pénales fondées sur une loi relative aux droits de la personne et que l’art. 11 de la *Charte* ne s’appliquait qu’en matière criminelle.

Dans *Lignes aériennes Canadien*, un délai de 50 mois s’était écoulé entre le dépôt de la plainte et la désignation des membres du tribunal chargé de faire enquête. La Cour d’appel fédérale y a également refusé de suivre l’arrêt *Kodellas* et a conclu que l’art. 7 ne s’appliquait pas à des procédures administratives de nature non criminelle.

(b) Applicability of Section 7 Outside the Criminal Context

45

Although there have been some decisions of this Court which may have supported the position that s. 7 of the *Charter* is restricted to the sphere of criminal law, there is no longer any doubt that s. 7 of the *Charter* is not confined to the penal context. This was most recently affirmed by this Court in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, where Lamer C.J. stated that the protection of security of the person extends beyond the criminal law (at para. 58). He later added (at para. 65):

... s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: see *B. (R.)*, *supra*, at para. 22.

46

Thus, to the extent that the above decisions of *Nisbett* and *Canadian Airlines* stand for the proposition that s. 7 can never apply outside the criminal realm, they are incorrect. Section 7 can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is "state action which directly engages the justice system and its administration" (*G. (J.)*, at para. 66). If a case arises in the human rights context which, on its facts, meets the usual s. 7 threshold requirements, there is no specific bar against such a claim and s. 7 may be engaged. The question to be addressed, however, is not whether delays in human rights proceedings can engage s. 7 of the *Charter* but rather, whether the respondent's s. 7 rights were actually engaged by delays in the circumstances of this case. Various parties in this case seem to have conflated the delay issue with the threshold s. 7 issue. However, whether the respondent's s. 7 rights to life, liberty and security of the person are engaged is a separate issue from whether the delay itself was unreasonable. I will now examine whether the s. 7 threshold requirements have been met and whether the

b) Applicabilité de l'art. 7 dans un contexte autre que celui du droit criminel

Même si, dans certains arrêts, notre Cour a pu adhérer au point de vue que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique que dans le domaine du droit criminel, il ne fait plus aucun doute que cette disposition n'est pas limitée au contexte pénal. C'est ce que confirmait tout récemment notre Cour dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, où le juge en chef Lamer a affirmé que la protection de la sécurité de la personne déborde le cadre du droit criminel (au par. 58). Plus loin, il a ajouté ce qui suit (au par. 65):

... l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique: voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

Ainsi, les arrêts *Nisbett* et *Lignes aériennes Canadien*, précités, sont erronés dans la mesure où ils permettent d'affirmer que l'art. 7 ne s'applique qu'en matière criminelle. L'article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un «acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice» (*G. (J.)*, au par. 66). Rien ne s'oppose à ce que cet article s'applique à une affaire en matière des droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application. La question qui se pose toutefois est de savoir non pas si des délais dans des procédures en matière de droits de la personne peuvent déclencher l'application de l'art. 7 de la *Charte*, mais plutôt si, dans les circonstances de la présente affaire, des délais ont porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7. Différentes parties à la présente affaire semblent avoir confondu la question du délai avec la question préliminaire de l'art. 7. Toutefois, la question de savoir si les droits de l'intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent est distincte de celle de savoir si le délai lui-même était déraisonnable. Je vais maintenant examiner si les conditions prélimi-

respondent has demonstrated a breach of his s. 7 rights.

(c) Section 7 — General Principles

Section 7 of the *Charter* provides that “[e]veryone 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.” Thus, before it is even possible to address the issue of whether the respondent’s s. 7 rights were infringed in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, one must first establish that the interest in respect of which the respondent asserted his claim falls within the ambit of s. 7. These two steps in the s. 7 analysis have been set out by La Forest J. in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401, as follows:

To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to “life, liberty and security of the person” and, secondly, that the deprivation is contrary to the principles of fundamental justice.

Thus, if no interest in the respondent’s life, liberty or security of the person is implicated, the s. 7 analysis stops there. It is at the first stage in the s. 7 analysis that I have the greatest problem with the respondent’s s. 7 arguments.

McEachern C.J.B.C. collapsed the s. 7 interests of “liberty” and “security of the person” into a single right protecting a person’s dignity against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by the respondent. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 204-5, Wilson J. emphasized that “life, liberty and security of the person” are three distinct interests, and that it is incumbent on the Court to give meaning to each of these elements. This statement was endorsed by Lamer J. for a majority of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500. In addressing the issue of whether the respondent’s s. 7 rights have been breached in this case, I also prefer to keep the interests protected by s. 7 analytically distinct to the extent possible. For the

naires de l’application de l’art. 7 sont remplies et si l’intimé a démontré qu’il y a eu violation des droits que lui garantit cet article.

c) Article 7 — Principes généraux

L’article 7 de la *Charte* prévoit ceci: «[c]hacun 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.» Ainsi, avant même que l’on puisse se demander si les droits garantis à l’intimé par l’art. 7 ont fait l’objet d’une atteinte non conforme aux principes de justice fondamentale, il faut d’abord prouver que le droit visé par l’allégation de l’intimé relève de l’art. 7. Dans l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401, le juge La Forest a énoncé ainsi ces deux étapes de l’analyse fondée sur l’art. 7:

Pour que l’article puisse entrer en jeu, il faut constater d’abord qu’il a été porté atteinte au droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité [d’une] personne» et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

Par conséquent, si le droit de l’intimé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne n’est pas en cause, l’analyse fondée sur l’art. 7 prend fin. C’est à la première étape de cette analyse que les arguments de l’intimé relatifs à l’art. 7 me posent le plus de difficultés.

Le juge en chef McEachern a fondu le droit «à la liberté» et le droit «à la sécurité de [l]a personne» en un seul droit à la protection de la dignité de la personne contre la stigmatisation découlant d’un opprobre prolongé et injustifié comme celui dont l’intimé a été victime. Dans *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 204 et 205, le juge Wilson a insisté sur le fait que «la vie, la liberté et la sécurité de la personne» constituent trois droits distincts et qu’il incombe à notre Cour de préciser le sens de chacun de ces droits. Le juge Lamer a souscrit à cet énoncé au nom de notre Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500. Pour déterminer si, en l’espèce, il a été porté atteinte aux droits de l’intimé garantis par l’art. 7, je préfère, dans la mesure du

47

48

purposes of this appeal, the outcome is dependent upon the meaning to be given to the interests of “liberty” and “security of the person”.

(d) Liberty Interest

49

The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* is no longer restricted to mere freedom from physical restraint. Members of this Court have found that “liberty” is engaged where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices. This applies for example where persons are compelled to appear at a particular time and place for fingerprinting (*Beare, supra*); to produce documents or testify (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425); and not to loiter in particular areas (*R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761). In our free and democratic society, individuals are entitled to make decisions of fundamental importance free from state interference. In *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80, La Forest J., with whom L’Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. agreed, emphasized that the liberty interest protected by s. 7 must be interpreted broadly and in accordance with the principles and values underlying the *Charter* as a whole and that it protects an individual’s personal autonomy:

... liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

50

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J., speaking for herself alone, was of the opinion that s. 251 of the *Criminal Code* violated not only a woman’s right to security of the person but her s. 7 liberty interest as well. She indicated that the liberty interest is rooted in fundamental notions of human dignity, personal autonomy, privacy and

possible, cloisonner ces droits aux fins de l’analyse. L’issue du présent pourvoi dépend du sens donné aux droits «à la liberté» et «à la sécurité de [l]a personne».

d) Droit à la liberté

Le droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* ne s’entend plus uniquement de l’absence de toute contrainte physique. Des juges de notre Cour ont conclu que la «liberté» est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l’État influent sur les choix importants et fondamentaux qu’une personne peut faire dans sa vie. Une telle situation existe, par exemple, lorsque des personnes doivent se présenter à un endroit et à un moment précis pour faire prendre leurs empreintes digitales (*Beare, précité*), produire des documents ou témoigner (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425), et lorsque des personnes doivent s’abstenir de flâner dans certains lieux (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761). Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d’importance fondamentale sans intervention de l’État. Dans *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, au par. 80, le juge La Forest, avec l’assentiment des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, souligne que le droit à la liberté garanti par l’art. 7 protège l’autonomie personnelle et qu’il doit être interprété largement et en conformité avec les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans son ensemble:

... la liberté ne signifie pas simplement l’absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l’individu doit avoir suffisamment d’autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d’importance fondamentale pour sa personne.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson, s’exprimant uniquement en son propre nom, était d’avis que l’art. 251 du *Code criminel* violait non seulement le droit d’une femme à la sécurité de sa personne, mais également son droit à la liberté garanti par l’art. 7. Elle a indiqué que le droit à la liberté prend racine dans les concepts

choice in decisions regarding an individual's fundamental being. She conveyed this as follows, at p. 166:

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

The above passage was endorsed by La Forest J. in *B. (R.)*, *supra*, at para. 80. This Court in *B. (R.)* was asked to decide whether the s. 7 liberty interest protects the rights of parents to choose medical treatment for their children. The above passage from Wilson J. was applied by La Forest J. to individual interests of fundamental importance in our society such as the parental interest in caring for one's children.

In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66, La Forest J., writing for L'Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was), reiterated his position that the right to liberty in s. 7 protects the individual's right to make inherently private choices and that choosing where to establish one's home is one such inherently personal choice:

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its

fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 166:

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Le juge La Forest a adopté cet extrait dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, au par. 80. Dans cette affaire, notre Cour était appelée à décider si le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège le droit des parents de choisir un traitement médical pour leurs enfants. Le juge La Forest a appliqué l'extrait précité des motifs du juge Wilson aux droits individuels qui revêtent une importance fondamentale dans notre société, comme le droit des parents de prendre soin de leurs enfants.

Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 66, le juge La Forest, s'exprimant au nom du juge L'Heureux-Dubé et du juge McLachlin (maintenant Juge en chef), a réitéré son point de vue selon lequel le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège le droit de chacun de faire des choix intrinsèquement privés, y compris le choix d'un lieu pour établir sa demeure:

L'analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Comme les propos que j'ai tenus dans l'arrêt *B. (R.)* l'indiquent, je n'entends pas par là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l'encontre du principe fondamental que j'ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l'arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît. J'estime même que cette sphère d'autonomie ne protège

scope every matter that might, however vaguely, be described as “private”. Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As I have already explained, I took the view in *B. (R.)* that parental decisions respecting the medical care provided to their children fall within this narrow class of inherently personal matters. In my view, choosing where to establish one’s home is, likewise, a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy. [Emphasis added.]

La Forest J. therefore spoke in *Godbout* of a narrow sphere of inherently personal decision-making deserving of the law’s protection. Choosing where to establish one’s home fell within that narrow class according to three members of this Court.

52 Dissenting at the New Brunswick Court of Appeal in *G. (J.)*, I also favoured a more generous approach to the liberty interest that would protect personal rights that are inherent to the individual and consistent with the essential values of our society (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.* (1997), 187 N.B.R. (2d) 81, at para. 49). In this vein, the parental interest in raising and caring for one’s children would be protected. I however agreed with La Forest J.’s caution that the liberty interest would encompass only those decisions that are of fundamental importance.

53 Professor Hogg, *supra*, at p. 44-9, supports a more cautious approach to the interpretation of s. 7 such that s. 7 does not become a residual right which envelopes all of the legal rights in the *Charter*. Professor Hogg also addresses the deliberate omission of “property” from “life, liberty and security of the person” in s. 7, and states, at p. 44-12:

It also requires . . . that those terms [liberty and security of the person] be interpreted as excluding economic lib-

pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de «privé». Je suis plutôt d’avis que l’autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l’art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles. Comme je l’ai déjà mentionné, j’ai exprimé, dans l’arrêt *B.(R.)*, l’opinion voulant que les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. À mon avis, le choix d’un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l’autonomie personnelle. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Godbout*, le juge La Forest a donc parlé d’une catégorie limitée de décisions intrinsèquement personnelles qui méritent la protection de la loi. Selon trois juges de notre Cour, le choix d’un lieu pour établir sa demeure faisait partie de cette catégorie limitée.

Dissident en Cour d’appel du Nouveau Brunswick dans l’affaire *G. (J.)*, j’ai également préconisé une interprétation plus généreuse du droit à la liberté qui protégerait les droits personnels qui sont inhérents à l’individu et conformes aux valeurs essentielles de notre société (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. J.G.* (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 81, au par. 49). Dans le même ordre d’idées, le droit des parents d’éduquer leurs enfants et d’en prendre soin serait protégé. J’ai cependant souscrit à la mise en garde du juge La Forest selon laquelle le droit à la liberté n’engloberait que les décisions qui revêtent une importance fondamentale.

Le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 44-9, préconise une interprétation plus prudente de l’art. 7 de manière à éviter que cet article confère un droit résiduel englobant toutes les garanties juridiques de la *Charte*. Le professeur Hogg aborde aussi la question de l’omission délibérée de garantir, à l’art. 7, le droit à la «propriété», en sus du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne», et affirme, à la p. 44-12:

[TRADUCTION] Cela exige en outre [. . .] que ces termes [liberté et sécurité de [l]a personne] soient interprétés

erty and economic security; otherwise, property, having been shut out of the front door, would enter by the back.

Although an individual has the right to make fundamental personal choices free from state interference, such personal autonomy is not synonymous with unconstrained freedom. In the circumstances of this case, the state has not prevented the respondent from making any “fundamental personal choices”. The interests sought to be protected in this case do not in my opinion fall within the “liberty” interest protected by s. 7.

(e) Security of the Person

In the criminal context, this Court has held that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress constitute a breach of an individual’s security of the person. In this context, security of the person has been held to protect both the physical and psychological integrity of the individual (*Morgentaler, supra*, at p. 56, *per* Dickson C.J., and at p. 173, *per* Wilson J.; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 587, *per* Sopinka J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.). These decisions relate to situations where the state has taken steps to interfere, through criminal legislation, with personal autonomy and a person’s ability to control his or her own physical or psychological integrity such as prohibiting assisted suicide and regulating abortion.

The principle that the right to security of the person encompasses serious state-imposed psychological stress has recently been reiterated by this Court in *G. (J.)*, *supra*. At issue in *G. (J.)* was whether relieving a parent of the custody of his or her children restricts a parent’s right to security of the person. Lamer C.J. held that the parental interest in raising one’s children is one of fundamental personal importance. State removal of a child from parental custody thus constitutes direct state interference with the psychological integrity of the parent, amounting to a “gross intrusion” into the private and intimate sphere of the parent-child

comme excluant la liberté et la sécurité économiques; sinon, refoulée à la porte avant, la propriété entrerait par la porte arrière.

Même si un individu a le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l’État, cette autonomie personnelle n’est pas synonyme de liberté illimitée. Dans les circonstances de la présente affaire, l’État n’a pas empêché l’intimé de faire des «choix personnels fondamentaux». À mon avis, les droits que l’on cherche à protéger en l’espèce ne font pas partie du droit «à la liberté» garanti par l’art. 7.

e) Sécurité de la personne

Notre Cour a statué, en matière criminelle, que l’atteinte de l’État à l’intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l’État constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Dans ce contexte, il a été jugé que la sécurité de la personne vise à la fois l’intégrité physique et l’intégrité psychologique (*Morgentaler*, précité, à la p. 56, le juge en chef Dickson, et à la p. 173, le juge Wilson; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 587, le juge Sopinka; *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer). Ces arrêts concernent des situations où l’État a légiféré au criminel dans le but de s’ingérer dans l’autonomie personnelle et la capacité d’une personne de maîtriser sa propre intégrité physique ou psychologique, en interdisant notamment l’aide au suicide et en réglementant l’avortement.

Récemment, dans l’arrêt *G. (J.)*, précité, notre Cour a réitéré le principe voulant que le droit à la sécurité de la personne vise la tension psychologique grave causée par l’État. La question en litige dans cette affaire était de savoir si le retrait de la garde d’un enfant portait atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne. Le juge en chef Lamer a conclu que le droit des parents d’élever leurs enfants est un droit personnel d’importance fondamentale. Le retrait de la garde d’un enfant par l’État constitue donc une atteinte directe à l’intégrité psychologique du parent équivalant à une «intrusion flagrante» dans le domaine privé et

54

55

56

relationship (at para. 61). Lamer C.J. concluded that s. 7 guarantees every parent the right to a fair hearing where the state seeks to obtain custody of their children (at para. 55). However, the former Chief Justice also set boundaries in *G. (J.)* for cases where one's psychological integrity is infringed upon. He referred to the attempt to delineate such boundaries as "an inexact science" (para. 59).

57

Not all state interference with an individual's psychological integrity will engage s. 7. Where the psychological integrity of a person is at issue, security of the person is restricted to "serious state-imposed psychological stress" (Dickson C.J. in *Morgentaler, supra*, at p. 56). I think Lamer C.J. was correct in his assertion that Dickson C.J. was seeking to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of infringing s. 7 (*G. (J.)*, at para. 59). The words "serious state-imposed psychological stress" delineate two requirements that must be met in order for security of the person to be triggered. First, the psychological harm must be state imposed, meaning that the harm must result from the actions of the state. Second, the psychological prejudice must be serious. Not all forms of psychological prejudice caused by government will lead to automatic s. 7 violations. These two requirements will be examined in turn.

(i) *Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused the Human Rights Process?*

58

In *G. (J.)*, Lamer C.J. found direct state interference with the psychological integrity of the parent, describing the government action in that case as "direct state interference with the parent-child relationship" (para. 61). Later, at para. 66, Lamer C.J. referred to a child custody application as "an example of state action which directly engages the justice system and its administration" (emphasis added). He stressed that not every state action

intime du lien parent-enfant (au par. 61). Le juge en chef Lamer a conclu que l'art. 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants (au par. 55). Cependant, il a également établi, dans l'arrêt *G. (J.)*, des limites applicables aux cas où il y a atteinte à l'intégrité psychologique d'une personne. Il a affirmé que la tentative d'établir de telles limites n'est pas une «science exacte» (par. 59).

Les atteintes de l'État à l'intégrité psychologique d'une personne ne font pas toutes intervenir l'art. 7. Lorsque l'intégrité physique d'une personne est en cause, la sécurité de la personne se limite à la «tension psychologique grave causée par l'État» (le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, précité, à la p. 56). Je crois que le juge en chef Lamer a eu raison de dire que le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de violer l'art. 7 (*G. (J.)*, au par. 59). Selon l'expression «tension psychologique grave causée par l'État», deux conditions doivent être remplies que la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État. Deuxièmement, le préjudice psychologique doit être grave. Les formes que prend le préjudice psychologique causé par le gouvernement n'entraînent pas toutes automatiquement des violations de l'art. 7. Je vais examiner successivement ces deux conditions.

(i) *Le préjudice subi par M. Blencoe résulte-t-il d'un délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne?*

Dans *G. (J.)*, le juge en chef Lamer a conclu qu'il y avait eu atteinte directe de l'État à l'intégrité psychologique du parent, qualifiant la mesure prise dans cette affaire par le gouvernement d'«ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant» (par. 61). Plus loin, au par. 66, il a dit que les demandes de garde d'enfants sont «un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice»

which interferes with the parent-child relationship would have triggered s. 7.

Stress, anxiety and stigma may arise from any criminal trial, human rights allegation, or even a civil action, regardless of whether the trial or process occurs within a reasonable time. We are therefore not concerned in this case with all such prejudice but only that impairment which can be said to flow from the delay in the human rights process. It would be inappropriate to hold government accountable for harms that are brought about by third parties who are not in any sense acting as agents of the state.

While it is incontrovertible that the respondent has suffered serious prejudice in connection with the allegations of sexual harassment against him, there must be a sufficient causal connection between the state-caused delay and the prejudice suffered by the respondent for s. 7 to be triggered. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 447, Dickson J. (as he then was) concluded that the causal link between the actions of government and the alleged *Charter* violation was too “uncertain, speculative and hypothetical to sustain a cause of action”. In separate concurring reasons, Wilson J. also conveyed the need to have some type of direct causation between the actions of the state and the resulting deprivation. She stated, at p. 490:

It is not necessary to accept the restrictive interpretation advanced by Pratte J., which would limit s. 7 to protection against arbitrary arrest or detention, in order to agree that the central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. At the very least, it seems to me, there must be a strong presumption that governmental action which concerns the relations of the state with other states, and which is therefore not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may have the incidental effect of increasing the risk of death or injury that individuals generally have to face. [Emphasis added.]

(je souligne). Il a souligné que les actes de l'État qui constituent une ingérence dans le lien parent-enfant ne déclenchent pas tous l'application de l'art. 7.

Un procès criminel, une allégation en matière de droits de la personne ou même une action au civil peut être une cause de stress, d'angoisse et de stigmatisation même lorsque le procès ou les procédures se déroulent dans un délai raisonnable. Ce qui nous intéresse en l'espèce n'est pas tout préjudice de cette nature, mais seulement l'atteinte qui, peut-on dire, résulte du délai écoulé dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne. Il serait inopportun de tenir le gouvernement responsable du préjudice causé par un tiers qui n'est aucunement un mandataire de l'État.

Bien que les allégations de harcèlement sexuel dont l'intimé a fait l'objet lui aient indéniablement causé un préjudice grave, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi par l'intimé pour que l'art. 7 s'applique. Dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 447, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le lien de causalité entre les actes du gouvernement et la violation alléguée de la *Charte* était «trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action». Dans des motifs concordants distincts, le juge Wilson a également fait état de la nécessité d'un lien direct quelconque entre les actes de l'État et l'atteinte qui en a résulté. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 490:

Il n'est pas nécessaire de souscrire à l'interprétation restrictive avancée par le juge Pratte, qui limiterait l'art. 7 à une protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires, pour convenir que l'article a pour objet central l'ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens. À tout le moins, me semble-t-il, il doit y avoir une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale relative aux relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7 même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général. [Je souligne.]

59

60

61

The appellants submit that the nexus between the harm to the respondent and the alleged delay in processing the Complaints is remote. They assert that the largest measure of prejudice to Mr. Blencoe resulted not from any delay but from the publicity surrounding the events, especially his dismissal from Cabinet and later from the NDP caucus. They add that the respondent himself fought the allegations against him in the public domain. For the reasons I set out below, I also have doubts whether, on the facts, the psychological harm suffered by the respondent can be seen as the result of state-caused delay in the human rights process.

62

On March 1, 1995, the respondent was informed by Premier Harcourt that his former assistant, Fran Yanor, made sexual harassment allegations against him. This allegation was made public one week later. On March 9, 1995, Mr. Blencoe stepped down as Minister but remained in Cabinet, pending the results of an inquiry. He issued a press release, "vehemently denying the harassment allegations". On March 10, 1995, the national and provincial press began running stories about the respondent's resignation and allegations against him by Ms. Yanor and two other women. On April 4, 1995, Premier Harcourt removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the NDP caucus.

63

While the respondent was only notified of the Schell and Willis Complaints in July and September of 1995, the record demonstrates that Mr. Blencoe had suffered the following prejudice or "stigmatization" prior to that time: Mr. Blencoe and his family were hounded by the media from the time that the Yanor harassment allegations were made public; the respondent and his wife feared press leaks and stopped speaking to persons outside their close circle of family and friends; Mr. Blencoe's children were subjected to insults and name-calling at school; and Mr. Blencoe was under the care of a physician and was prescribed

Les appelants soutiennent que le lien entre le préjudice subi par l'intimé et le délai qui se serait écoulé dans le traitement des plaintes est ténu. Selon eux, la majeure partie du préjudice causé à M. Blencoe résultait non pas d'un délai mais de la publicité qui a entouré, plus particulièrement, son exclusion du Cabinet et, par la suite, du caucus du NPD. Ils ajoutent que l'intimé a lui-même réfuté publiquement les allégations dont il faisait l'objet. Pour les motifs indiqués ci-après, je doute également qu'il soit possible, d'après les faits, de considérer que le préjudice psychologique subi par l'intimé a résulté d'un délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne.

Le 1^{er} mars 1995, l'intimé a été informé par le premier ministre Harcourt que son ancienne adjointe, Fran Yanor, avait formulé des allégations de harcèlement sexuel contre lui. Ces allégations ont été rendues publiques une semaine plus tard. Le 9 mars 1995, M. Blencoe a démissionné de son poste de ministre, tout en continuant de faire partie du Cabinet, jusqu'à ce que les résultats de l'enquête soient connus. Il a diffusé un communiqué de presse dans lequel il [TRADUCTION] «niait catégoriquement les allégations de harcèlement». Le 10 mars 1995, la presse nationale et la presse provinciale ont commencé à faire état de la démission de l'intimé et des allégations formulées contre lui par M^{me} Yanor et deux autres femmes. Le 4 avril de la même année, le premier ministre Harcourt a exclu l'intimé du Cabinet et, ensuite, du caucus du NPD.

Quoique l'intimé Blencoe n'ait été avisé des plaintes de M^{mes} Schell et Willis qu'en juillet et en septembre 1995, il ressort du dossier qu'il avait déjà été victime d'un préjudice ou d'une «stigmatisation»: M. Blencoe et les membres de sa famille ont été traqués par les médias dès que les allégations de harcèlement de M^{me} Yanor eurent été rendues publiques; craignant les indiscretions de la presse, l'intimé et son épouse n'ont plus parlé qu'à leurs proches; les enfants de M. Blencoe ont fait l'objet d'insultes et de railleries à l'école; M. Blencoe a été suivi par un médecin qui lui a prescrit des antidépresseurs dès avril 1995.

antidepressants by April of 1995. The respondent himself admits that from mid-March 1995 until August 1995, he was “extremely unwell”. From April 11, 1995, to September 7, 1995, the respondent was on medical leave from the legislature. In the Fall of 1995, Mr. Blencoe considered whether to run in the upcoming election. Since he suspected that Premier Harcourt would refuse to sign his nomination papers, he decided not to seek the NDP nomination in his riding and resigned from the party on December 29, 1995. All of these events had occurred prior to any delays in the proceedings.

There is no question that the respondent’s life and that of his family have been terribly affected by the allegations of sexual harassment against him. His political career appears to be finished and, as professed by Lowry J., “[t]he impact on his family of what has seemed at times an unrelenting media coverage has been traumatic” (para. 12). The respondent attributes this prejudice to the delay in the human rights proceedings. McEachern C.J.B.C. agreed, stating (at para. 53) that:

There can be no doubt that [Blencoe] was severely wounded by the publicity surrounding his dismissal from the Cabinet. Such is the price of public life. But for these proceedings, however, it might reasonably be expected that the overwhelming attention would have died away and [Blencoe] and his family could have attempted to reconstruct their lives. [Emphasis added.]

With respect, I cannot agree with McEachern C.J.B.C.’s speculation that the respondent would have been able to reconstruct his life but for the proceedings (or I should say, delay in the proceedings). A higher level of certainty is required than “might reasonably be expected” in order to find that government has caused a deprivation of an individual’s *Charter* rights.

Based on the above facts, the Willis and Schell allegations were clearly not the first events in the sexual harassment claims against the respondent. Lambert J.A. asserted that “[t]he human rights pro-

L’intimé lui-même reconnaît que, à partir de la mi-mars jusqu’au mois d’août 1995, il allait [TRADUCTION] «très mal». Du 11 avril au 7 septembre 1995, il s’est absenté de l’assemblée législative pour cause de maladie. À l’automne de 1995, M. Blencoe s’est demandé s’il solliciterait un nouveau mandat lors du prochain scrutin. Comme il s’attendait à ce que le premier ministre Harcourt refuse de signer sa mise en candidature, il a décidé de ne pas se porter candidat du NPD dans sa circonscription et a démissionné du parti le 29 décembre 1995. Tous ces événements ont précédé quelque délai que ce soit dans les procédures.

Il ne fait aucun doute que les allégations de harcèlement sexuel ont terriblement nui à la vie personnelle de l’intimé et à celle des membres de sa famille. Sa carrière politique semble terminée et, comme l’a affirmé le juge Lowry, [TRADUCTION] «ce qui s’apparentait par moments à un acharnement médiatique a été traumatisant pour les membres de sa famille» (par. 12). L’intimé attribue ce préjudice au délai écoulé dans le déroulement des procédures en matière de droits de la personne. Le juge en chef McEachern lui a donné raison (au par. 53):

[TRADUCTION] On ne saurait douter que [Blencoe] a profondément souffert de la publicité qui a entouré son exclusion du Cabinet. Tels sont les aléas de la vie publique. Or, n’eût été des procédures, on aurait pu raisonnablement s’attendre à ce que l’attention considérable s’estompe et à ce que [Blencoe] et les membres de sa famille puissent tenter de retrouver une vie normale. [Je souligne.]

En toute déférence, je ne puis souscrire à la supposition du juge en chef McEachern que l’intimé aurait pu retrouver une vie normale n’eût été des procédures (ou, devrais-je dire, du délai écoulé dans les procédures). Pour conclure que le gouvernement a porté atteinte aux droits d’une personne garantis par la *Charte*, il faut plus de certitude que ce à quoi [TRADUCTION] «on aurait pu raisonnablement s’attendre».

D’après les faits susmentionnés, les allégations de M^{mes} Willis et Schell ne constituaient manifestement pas les premiers maillons de la chaîne des événements relatifs aux plaintes de harcèlement

cess started with the complaints in *April, 1995*" (para. 5 (emphasis in original)). Based on the record, however, it is clear that the Willis and Schell Complaints were only filed with the Commission in July and August of that year. The respondent himself asserts that the complaints to the Premier's office are what resulted in his removal from Cabinet and caucus. He makes this assertion to support his contention that the date from which the delay should be computed should pre-date the official Complaints to the Commission. This argument rather undermines the respondent's assertion that the state caused his prejudice. The central event leading to the intense media scrutiny was the dismissal of the respondent from Cabinet and caucus in April 1995, following the allegations of Fran Yanor. At that time, there had been no complaints to the Commission. The Yanor allegations are thus more closely tied to the dismissal from Cabinet, and consequently the stigma. I therefore find that the most prejudicial impact on Mr. Blencoe was caused not by the actions of the Commission but rather by the events prior to the Complaints which caused the respondent to be ousted from Cabinet and caucus as well as the result of actions by non-governmental actors such as the press, employers and a soccer association. The harm to the respondent resulted from the publicity surrounding the allegations themselves coupled with the political fall-out which ensued rather than any delay in the human rights proceedings which had yet to commence at the time that the respondent began to experience stigma.

sexuel contre l'intimé. Le juge Lambert a dit que [TRADUCTION] «[l]e processus en matière de droits de la personne a été enclenché par le dépôt des plaintes en *avril 1995*» (par. 5 (en italique dans l'original)). Toutefois, selon le dossier, il est clair que la Commission n'a été saisie des plaintes de M^{mes} Willis et Schell qu'en juillet et en août de la même année. L'intimé lui-même affirme que ce sont les plaintes reçues au bureau du premier ministre qui ont entraîné son exclusion du Cabinet et du caucus. Cette affirmation vise à étayer sa prétention que la date à partir de laquelle le délai devrait être calculé est antérieure au dépôt officiel des plaintes à la Commission. Cet argument mine plutôt sa prétention que l'État est à l'origine du préjudice qu'il a subi. L'événement central à l'origine de la grande couverture médiatique a été l'exclusion de l'intimé du Cabinet et du caucus en avril 1995, à la suite des allégations de Fran Yanor. À l'époque, la Commission n'avait encore été saisie d'aucune plainte. Les allégations de M^{me} Yanor sont donc plus étroitement liées à l'exclusion du Cabinet et, par conséquent, à la stigmatisation. Je conclus donc que l'effet le plus préjudiciable sur M. Blencoe résulte non pas des actes de la Commission, mais plutôt d'événements antérieurs au dépôt des plaintes qui ont entraîné son expulsion du Cabinet et du caucus, ainsi que du comportement d'acteurs non gouvernementaux comme les journalistes, les employeurs et une association de soccer. Le préjudice subi par l'intimé est imputable à la publicité ayant entouré les allégations elles-mêmes et aux retombées politiques qui ont suivi, et non pas à un délai dans les procédures en matière de droit de la personne qui n'avait pas encore commencé à s'écouler lorsque l'intimé a commencé à être victime d'une stigmatisation.

66

Lambert J.A. rejected the connection between the delay and the prejudice. Although recognizing that the respondent and his family had suffered dreadfully, Lambert J.A. found that "[n]one of that stigma was brought about by the processes under the *Human Rights Act* or the *Human Rights Code*. Nor, in my opinion, was it much exacerbated by those processes" (para. 29). Lambert J.A. was also of the opinion that the stigma would not come to

Le juge Lambert a écarté tout lien entre le délai écoulé et le préjudice subi. Tout en reconnaissant que l'intimé et les membres de sa famille avaient souffert terriblement, il a conclu que [TRADUCTION] «[c]ette stigmatisation n'était aucunement imputable aux procédures fondées sur la *Human Rights Act* ou le *Human Rights Code*. À mon sens, ces procédures ne l'ont pas beaucoup aggravée non plus» (par. 29). Le juge Lambert était aussi d'avis

an end after the Tribunal had made its decision, “no matter the content of that decision” (para. 29).

I am in agreement with Lowry J. and Lambert J.A. on this issue. My understanding is that there remains a civil suit pending against Mr. Blencoe for sexual harassment and that Ms. Willis’s Complaint against the Government on these very same issues has not been stayed. The prolongation of stigma from this ongoing publicity was therefore likely regardless of the delay in the human rights proceedings. At best, the respondent was deprived of a speedy opportunity to clear his name.

While I conclude that the delay in the human rights process was not the direct cause of the respondent’s prejudice, another question which arises is whether it exacerbated his prejudice. According to McEachern C.J.B.C., the excessive delay in the human rights proceedings both created a stigma against Mr. Blencoe and exacerbated an existing prejudice, which, according to the majority of the Court of Appeal, is tantamount to the creation of the prejudice itself. McEachern C.J.B.C. relied on the decision of this Court in *Rodriguez, supra*, to find that the Commission’s exacerbation of the deprivation of security of the person that Mr. Blencoe suffered at the hands of the media, triggered s. 7 (at para. 56). The respondent similarly argues that the delay exacerbated the stigmatization, claiming that additional media stories surfaced each time there was a new development in the processing of the Complaints. He relies on this Court’s decision in *Morgentaler, supra*, to support the position that it is sufficient if the delay is “a contributing cause” of the prejudice.

First, with respect to this “contributing cause” argument, I find it very difficult to equate the situations in *Rodriguez* and *Morgentaler* with that in the case at bar. In *Rodriguez*, the Crown had erroneously characterized Mrs. Rodriguez’s deprivation of security of the person as caused not by government but by her physical disabilities. In rejecting that argument, Sopinka J. held that the *Criminal Code* prohibition at s. 241(b) would con-

que la stigmatisation ne prendrait pas fin dès que le Tribunal aurait rendu sa décision [TRADUCTION] «quelle qu’elle soit» (par. 29).

Je partage l’avis des juges Lowry et Lambert à cet égard. Si je comprends bien, M. Blencoe fait toujours l’objet de poursuites civiles pour harcèlement sexuel, et la plainte que M^{me} Willis a déposée contre le gouvernement pour les mêmes motifs n’a pas été suspendue. Il était donc probable que la stigmatisation résultant de cette publicité incessante se poursuivrait peu importe le délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Au mieux, l’intimé a été privé de la possibilité de se disculper rapidement.

Même si je conclus que le délai écoulé dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne n’a pas été la cause directe du préjudice subi par l’intimé, une autre question qui se pose est de savoir s’il a aggravé ce préjudice. Selon le juge en chef McEachern, le délai excessif dans les procédures en matière de droits de la personne a à la fois stigmatisé M. Blencoe et aggravé un préjudice existant, ce qui, selon la Cour d’appel à la majorité, équivaut au fait même de causer le préjudice. Le juge en chef McEachern s’est fondé sur l’arrêt *Rodriguez*, précité, de notre Cour pour conclure que l’aggravation, par la Commission, de l’atteinte que les médias portaient à la sécurité de la personne de M. Blencoe déclenchait l’application de l’art. 7 (au par. 56). De même, l’intimé fait valoir que le délai a aggravé la stigmatisation du fait que l’affaire refaisait surface dans les médias chaque fois qu’il y avait du nouveau dans le traitement des plaintes. Il s’appuie sur l’arrêt *Morgentaler*, précité, de notre Cour pour affirmer qu’il suffit que le délai écoulé soit un «facteur qui a contribué» au préjudice.

Premièrement, en ce qui concerne l’argument du «facteur qui a contribué», il me semble très difficile d’assimiler les situations dans les affaires *Rodriguez* et *Morgentaler* à celle qui existe en l’espèce. Dans l’affaire *Rodriguez*, le ministère public avait imputé à tort l’atteinte à la sécurité de la personne de M^{me} Rodriguez non pas au gouvernement, mais à ses déficiences physiques. En rejetant cet argument, le juge Sopinka a conclu que l’inter-

67

68

69

tribute to Mrs. Rodriguez's distress if she was prevented from managing her death (at p. 584). A *Criminal Code* prohibition therefore directly deprived Mrs. Rodriguez of the ability to terminate her life. The Court in *Rodriguez* surely did not eliminate the need to establish a relationship between the harm complained of and the state action. In *Rodriguez*, all of the members of the Court agreed that government actions deprived Mrs. Rodriguez of the right to terminate her life at the time of her choosing. In the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights. The same cannot be said of the facts in the case at bar.

70

In the same vein, the *Morgentaler* case dealt with direct state interference with a woman's bodily integrity in that the delays in obtaining therapeutic abortions were caused by the mandatory procedures in s. 251 of the *Criminal Code* and resulted in a higher probability of complications and greater health risks to women. In that case, it could not have been argued that the cause of the deprivation is a woman's pregnancy rather than the *Criminal Code* prohibition. The decisions in *Morgentaler* and *Rodriguez* do not, in my opinion, obviate the need to establish a significant connection between the harm and the impugned state action to invoke the *Charter*.

71

Moreover, even accepting this exacerbation argument, it is difficult to see how the respondent's prejudice was seriously exacerbated by the delays. In the absence of delays in the proceedings, the respondent would nevertheless have faced unproven allegations of sexual harassment and discrimination and suffered stigma as a result. It is thus clear that the respondent's reputation was harmed prior to the filing of the Complaints with the Commission. The delays in the proceedings could only have extended the time that rumours were circulating. As previously mentioned, the continuation of the concurrent complaint and civil action must also be considered. As professed by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. O'Connor*, [1995] 4

diction prévue à l'al. 241b) du *Code criminel* contribuerait à la souffrance de M^{me} Rodriguez si on l'empêchait de gérer sa mort (à la p. 584). Une interdiction du *Code criminel* empêchait donc directement M^{me} Rodriguez de mettre fin à ses jours. Dans l'affaire *Rodriguez*, notre Cour n'a sûrement pas éliminé la nécessité d'établir l'existence d'un lien entre le préjudice reproché et l'acte de l'État. Tous les juges de notre Cour ont reconnu que des actes de l'État portaient atteinte au droit de M^{me} Rodriguez de mettre fin à ses jours au moment qu'elle jugerait opportun. N'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^{me} Rodriguez par l'art. 7. On ne peut en dire autant des circonstances de la présente affaire.

Dans le même ordre d'idées, l'affaire *Morgentaler* portait sur l'atteinte directe de l'État à l'intégrité corporelle des femmes, étant donné que le délai requis pour obtenir un avortement thérapeutique résultait de la procédure prescrite par l'art. 251 du *Code criminel* et augmentait le risque de complications et le danger pour la santé des femmes. Dans cette affaire, on n'aurait pas pu faire valoir que l'atteinte était imputable à la grossesse plutôt qu'à l'interdiction du *Code criminel*. Les arrêts *Morgentaler* et *Rodriguez* ne permettent pas, à mon avis, d'échapper à l'obligation d'établir l'existence d'un lien important entre le préjudice et l'acte reproché à l'État pour pouvoir invoquer la *Charte*.

En outre, même si l'argument de l'aggravation est retenu, il est difficile de voir comment le délai a aggravé sérieusement le préjudice subi par l'intimé. Même en l'absence de tout délai dans les procédures, l'intimé aurait fait face à des allégations non prouvées de harcèlement et de discrimination sexuels et aurait été stigmatisé en conséquence. Il est donc clair qu'il y a eu atteinte à la réputation de l'intimé avant le dépôt des plaintes devant la Commission. Le délai dans les procédures n'a pu contribuer qu'à prolonger la période pendant laquelle des rumeurs ont circulé. Comme je l'ai déjà mentionné, il faut également prendre en considération le fait que la plainte et les poursuites au civil concomitantes avaient toujours cours.

S.C.R. 411, at para. 119, with respect to privacy, “once invaded, it can seldom be regained”. Much the same is true of reputation; it is quickly ruined and difficult to re-establish. It is thus difficult to see how procedural delay could have seriously increased the damage to the respondent’s reputation that had already been done. The true prejudice to the respondent in this case may only be the lost opportunity to clear his name rapidly.

At trial, Lowry J. made the following finding concerning the cause of Mr. Blencoe’s suffering (at para. 13):

The stigma attached to the outstanding complaints has certainly contributed in large measure to the very real hardship Mr. Blencoe has experienced. His public profile as a Minister of the Crown rendered him particularly vulnerable to the media attention that has been focused on him and his family, and the hardship has, in the result, been protracted and severe.

Perhaps this statement supports the view that the outstanding Complaints did contribute to the stigma to some degree and that it was therefore a cause of the respondent’s suffering. Because I find in the next section that the state has not directly intruded into a private and intimate sphere of the respondent’s life, I assume without deciding that there is a sufficient nexus between the state-caused delay and the prejudice to Mr. Blencoe. I now turn to the question of whether this interference amounts to a violation of the respondent’s security of the person.

(ii) *Quality of the Interference*

McEachern C.J.B.C. concluded that liberty and security of the person under s. 7 protect both the privacy and dignity of individuals against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by Mr. Blencoe (at para. 101). He therefore conflated s. 7 into a general right to dignity and protection against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation suffered as a result of an administra-

Comme le juge L’Heureux-Dubé l’a affirmé, au sujet de la vie privée, dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 119, «dès qu’on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité». Il en va généralement de même de la réputation; elle peut être ternie rapidement, mais elle est difficile à rétablir. On voit mal comment un délai de procédure pourrait avoir sérieusement accru le préjudice déjà causé à la réputation de l’intimé. Il se peut que le véritable préjudice qui a été causé à l’intimé en l’espèce ait seulement été la perte de la possibilité de se disculper rapidement.

En première instance, le juge Lowry a conclu ce qui suit au sujet de la cause des souffrances de M. Blencoe (au par. 13):

[TRADUCTION] La stigmatisation liée aux plaintes dont M. Blencoe faisait l’objet a sûrement contribué dans une large mesure aux difficultés très réelles qu’il a éprouvées. Du fait de sa visibilité en tant que ministre du gouvernement, il était davantage exposé à l’attention que les médias lui ont portée à lui-même et à sa famille, ce qui explique la longueur et la gravité des difficultés qui ont résulté.

Cet énoncé confirme peut-être que les plaintes dont M. Blencoe faisait l’objet ont jusqu’à un certain point contribué à la stigmatisation et qu’elles ont donc été l’une des causes de ses souffrances. Étant donné que je conclus ci-après que l’État ne s’est pas directement immiscé dans la vie privée et intime de l’intimé, je présume, sans pour autant le décider, qu’il existe un lien suffisant entre le délai imputable à l’État et le préjudice subi par M. Blencoe. Je vais maintenant passer à la question de savoir si cette immixtion constitue une atteinte à la sécurité de la personne de l’intimé.

(ii) *Qualité de l’immixtion*

Le juge en chef McEachern a conclu que le droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 protège à la fois la vie privée et la dignité de l’individu contre la stigmatisation découlant d’un opprobre prolongé et injustifié comme celui dont M. Blencoe a été victime (au par. 101). Il a donc considéré que l’art. 7 confère un droit général à la dignité et à la protection contre l’opprobre prolongé et injustifié qui résulte de

72

73

74

tive proceeding. The question which arises is whether the rights of “liberty and security of the person” protected by s. 7 of the *Charter* include a generalized right to dignity, or more specifically, a right to be free from stigma associated with a human rights complaint? In my opinion, they do not.

75 The “right to dignity” accepted by McEachern C.J.B.C. essentially rests on several ideas. First, it is based on previous statements by this Court as to the importance and value of dignity. Second, it is based on the recognition in cases such as *Morgentaler* and *O’Connor* that state-induced psychological stress can infringe s. 7. Third, McEachern C.J.B.C. imports the notion of “stigma” as developed under s. 11(b) of the *Charter* in the criminal law context. Each of these bases for a generalized right to dignity under s. 7 will be addressed in turn.

1. Dignity

76 The *Charter* and the rights it guarantees are inextricably bound to concepts of human dignity. Indeed, notions of human dignity underlie almost every right guaranteed by the *Charter* (*Morgentaler, supra*, at pp. 164-66, *per Wilson J.*). As professed by Dickson C.J. in his discussion of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

procédures administratives. La question qui se pose est de savoir si les droits «à la liberté et à [l]a sécurité de la personne» garantis par l’art. 7 de la *Charte* comportent un droit général à la dignité ou, plus précisément, un droit à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne? Selon moi, ils ne comportent pas un tel droit.

Le «droit à la dignité» reconnu par le juge en chef McEachern repose essentiellement sur diverses idées. Premièrement, il s’appuie sur les propos que notre Cour a déjà tenus au sujet de l’importance et de la valeur de la dignité. Deuxièmement, il est fondé sur la reconnaissance, dans des affaires comme *Morgentaler* et *O’Connor*, que la tension psychologique causée par l’État peut violer l’art. 7. Troisièmement, le juge en chef McEachern transpose dans le contexte du droit criminel la notion de «stigmatisation» conçue sous le régime de l’al. 11b) de la *Charte*. Ces trois fondements d’un droit général à la dignité sous le régime de l’art. 7 seront examinés successivement.

1. Dignité

La *Charte* et les droits qu’elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. En fait, cette notion sous-tend presque tous les droits garantis par la *Charte* (*Morgentaler, précité*, aux pp. 164 à 166, le juge Wilson). Comme le juge en chef Dickson l’a dit en analysant l’article premier de la *Charte* dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d’une société libre et démocratique sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu’une restriction d’un droit ou d’une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

In *Rodriguez, supra*, Sopinka J. states that it is unquestioned that respect for human dignity is an underlying principle upon which our society is based (at p. 592). In *O'Connor, supra*, at para. 63, L'Heureux-Dubé J. states that, "[t]his Court has repeatedly recognized that human dignity is at the heart of the *Charter*". More recently, this Court has stated in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 51, that the purpose of s. 15(1) of the *Charter*, "is to prevent the violation of essential human dignity and freedom". Respect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the *Charter*. This does not mean, however, that dignity is elevated to a free-standing constitutional right protected by s. 7 of the *Charter*. Dignity has never been recognized by this Court as an independent right but has rather been viewed as finding expression in rights, such as equality, privacy or protection from state compulsion. In cases such as *Morgentaler, Rodriguez and B. (R.)*, dignity was linked to personal autonomy over one's body or interference with fundamental personal choices. Indeed, dignity is often involved where the ability to make fundamental choices is at stake.

In my view, the notion of "dignity" in the decisions of this Court is better understood not as an autonomous *Charter* right, but rather, as an underlying value. In *Beare, supra*, at p. 401, La Forest J. cautions that s. 7 must not be interpreted too broadly, stating that:

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question. . . .

While this statement may have been *obiter* since the case was decided on the principles of fundamental justice, this caution with respect to the interpretation of "life, liberty and security of the person" is relevant nevertheless. La Forest J. chose

Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, le juge Sopinka affirme qu'on ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est un principe fondamental de notre société (à la p. 592). Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 63, le juge L'Heureux-Dubé précise que «[n]otre Cour a reconnu à plusieurs reprises que la dignité humaine est au cœur de la *Charte*». Plus récemment, dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 51, notre Cour a statué que le par. 15(1) de la *Charte* a pour objet «d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles». Le respect de la dignité inhérente des gens est nettement une valeur essentielle de notre société libre et démocratique, qui doit guider les tribunaux dans l'interprétation de la *Charte*. Cela ne signifie pas, cependant, que l'on fait de la dignité un droit constitutionnel distinct garanti par l'art. 7 de la *Charte*. La dignité n'a jamais été reconnue comme un droit indépendant par notre Cour, mais a plutôt été perçue comme s'exprimant dans des droits comme celui à l'égalité, à la vie privée ou à la protection contre la contrainte de l'État. Dans des affaires comme *Morgentaler, Rodriguez* et *B. (R.)*, la dignité était liée à l'autonomie de la personne relativement à la maîtrise de son corps ou à l'ingérence dans des choix personnels fondamentaux. En fait, la dignité est souvent en cause lorsque la capacité de faire des choix fondamentaux est compromise.

À mon sens, il vaut mieux considérer la notion de «dignité» que l'on trouve dans la jurisprudence de notre Cour comme une valeur sous-jacente que comme un droit autonome garanti par la *Charte*. Dans l'arrêt *Beare*, précité, à la p. 401, le juge La Forest prévient que l'art. 7 ne doit pas être interprété de façon trop large:

Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question . . .

Bien qu'elle ait pu être faite de manière incidente étant donné que l'affaire était tranchée en fonction des principes de justice fondamentale, cette mise en garde concernant l'interprétation du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne» est

not to base his finding of a s. 7 deprivation on any principle of “dignity or self-respect”, as did Bayda C.J.S. of the Court of Appeal in that case. La Forest J. chose instead to find a deprivation of liberty and security of the person for the reasons of Cameron J.A. in the court below, based on the statutory requirement that a person surrender himself into the custody of the authorities and submit to bodily intrusions on pain of arrest and prosecution. La Forest J. conveys this, at p. 402:

The Court of Appeal, we saw, found that the impugned provisions constituted an infringement of the right guaranteed by the opening words of s. 7, the majority because fingerprinting offends the “dignity and self-respect” of at least those persons who because of their self-perception or the perception of the community would feel demeaned by being thus treated. In short, the majority thought that being subjected to fingerprinting was to be treated like a criminal. This approach appears to be broad and indefinite and to introduce an undesirable notion of differentiation among those subjected to the procedure. For my part, I prefer the more specific finding of Cameron J.A. that the impugned provisions infringe the rights guaranteed by s. 7 because they require a person to appear at a specific time and place and oblige that person to go through an identification process on pain of imprisonment for failure to comply. [Emphasis added.]

79

According to the respondent, the human dignity of a person is closely tied to a person’s reputation and privacy interests. Indeed, much of the harm which has been suffered by Mr. Blencoe in this case has been the damage which has been done to his reputation. Essentially, the respondent argues that his reputation has been ruined through the stigma he has suffered as a result of the publicity relating to the human rights proceedings against him. While this Court found in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, that reputation was a concept underlying *Charter* rights, it too is not an independent *Charter* right in and of itself (at para. 120):

néanmoins pertinente. Dans cette affaire, le juge La Forest n’a pas choisi, comme l’avait fait le juge en chef Bayda de la Cour d’appel, de fonder sa conclusion à une violation de l’art. 7 sur un principe quelconque de «dignité ou de respect de soi». Il a plutôt conclu à l’existence d’une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne pour les motifs exprimés par le juge Cameron de la Cour d’appel, compte tenu de l’exigence légale qu’une personne se rende aux autorités, se soumette à la détention et subisse des atteintes physiques sous peine d’emprisonnement et de poursuites. Le juge La Forest dit ceci, à la p. 402:

La Cour d’appel, nous l’avons vu, a jugé que les dispositions attaquées portaient atteinte au droit garanti par la première partie de l’art. 7, la majorité estimant que la prise des empreintes digitales est une atteinte «à la dignité et au respect de soi» dans le cas, à tout le moins, des personnes qui, à cause de leur propre perception ou de la perception de la collectivité se sentent humiliées par un tel traitement. En bref, la majorité pensait qu’être soumis à la prise d’empreintes digitales, c’était être traité comme un criminel. Cette vision des choses est large et indéfinie et introduit un élément regrettable de différenciation entre les diverses personnes qui sont soumises à la procédure. Pour ma part, je préfère la constatation plus précise du juge Cameron, que les dispositions attaquées enfreignent les droits garantis par l’art. 7 parce qu’elles obligent une personne à comparaître à une date et dans un lieu précis, et à subir une procédure d’identification sous peine d’emprisonnement en cas de refus d’obtempérer. [Je souligne.]

Selon l’intimé, la dignité d’une personne est étroitement liée à sa réputation et à son droit à la vie privée. En réalité, l’atteinte à la réputation représente une bonne partie du préjudice subi par M. Blencoe en l’espèce. L’intimé fait essentiellement valoir que la stigmatisation résultant de la publicité qui a entouré les procédures en matière de droit de la personne engagées contre lui a contribué à ruiner sa réputation. Même si notre Cour a conclu, dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, que la réputation est un concept qui sous-tend les droits garantis par la *Charte*, elle n’est pas non plus elle-même un droit indépendant garanti par la *Charte* (au par. 120):

Although it is not specifically mentioned in the *Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. It follows that the protection of the good reputation of an individual is of fundamental importance to our democratic society. [Emphasis added.]

Respect for a person's reputation, like respect for dignity of the person, is a value that underlies the *Charter*. These two values do not support the respondent's proposition that protection of reputation or freedom from the stigma associated with human rights complaints are independent constitutional s. 7 rights. Moreover, the above passages from *Hill* regarding the protection of reputation were made in the context of a defamation case. Defamation laws are intended to protect reputation. Dignity and reputation are not self-standing rights. Neither is freedom from stigma. I would therefore agree with the following passage from *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, at p. 1170, wherein Lamer J. cautioned:

If liberty or security of the person under s. 7 of the *Charter* were defined in terms of attributes such as dignity, self-worth and emotional well-being, it seems that liberty under s. 7 would be all inclusive. In such a state of affairs there would be serious reason to question the independent existence in the *Charter* of other rights and freedoms such as freedom of religion and conscience or freedom of expression.

2. State Interference with Psychological Integrity

In order for security of the person to be triggered in this case, the impugned state action must have had a serious and profound effect on the respondent's psychological integrity (*G. (J.)*, *supra*, at para. 60). There must be state interference with an individual interest of fundamental importance (at para. 61). Lamer C.J. stated in *G. (J.)*, at para. 59:

It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and

Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représentée et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique. [Je souligne.]

Le respect de la réputation d'une personne, tout comme le respect de sa dignité, est une valeur qui sous-tend la *Charte*. Ces deux valeurs n'étaient pas l'argument de l'intimé que la protection de la réputation ou la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne constitue un droit constitutionnel indépendant garanti par l'art. 7. En outre, les extraits précités de l'arrêt *Hill* concernant la protection de la réputation ont pour contexte une poursuite en diffamation. Les règles en matière de diffamation visent à protéger la réputation. La dignité et la réputation ne sont pas des droits distincts. La protection contre la stigmatisation ne l'est pas non plus. Je souscrirais donc à l'extrait suivant du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, à la p. 1170, où le juge Lamer a fait la mise en garde suivante:

Si la liberté ou la sécurité de la personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* étaient définies en fonction d'attributs comme la dignité, la valorisation et le bien-être sur le plan émotionnel, il semble que la liberté en vertu de l'art. 7 aurait une portée illimitée. Si tel était le cas, on pourrait sérieusement mettre en doute l'existence indépendante, dans la *Charte*, d'autres droits et libertés comme la liberté de conscience et de religion ou la liberté d'expression.

2. Atteinte de l'État à l'intégrité psychologique

Pour que la sécurité de la personne soit en cause en l'espèce, l'acte reproché à l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de l'intimé (*G. (J.)*, précité, au par. 60). L'État doit avoir porté atteinte à un droit individuel d'importance fondamentale (au par. 61). Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 59, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit:

Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l'individu contre les tensions et les

anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected.

He went on to state (at paras. 63-64):

Not every state action which interferes with the parent-child relationship will restrict a parent's right to security of the person. For example, a parent's security of the person is not restricted when, without more, his or her child is sentenced to jail or conscripted into the army. Nor is it restricted when the child is negligently shot and killed by a police officer: see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268.

While the parent may suffer significant stress and anxiety as a result of the interference with the relationship occasioned by these actions, the quality of the "injury" to the parent is distinguishable from that in the present case. In the aforementioned examples, the state is making no pronouncement as to the parent's fitness or parental status, nor is it usurping the parental role or prying into the intimacies of the relationship. In short, the state is not directly interfering with the psychological integrity of the parent qua parent. The different effect on the psychological integrity of the parent in the above examples leads me to the conclusion that no constitutional rights of the parent are engaged. [Emphasis added.]

82 The quality of the injury must therefore be assessed. In my opinion, all of the cases which have come within the broad interpretation of "security of the person" outside of the penal context differ markedly from the interests that are at issue in this case. Violations of security of the person in this context include only serious psychological incursions resulting from state interference with an individual interest of fundamental importance.

83 It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that state-caused delay in human rights proceedings could trigger the s. 7 security of the person interest. While these funda-

angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d'innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu'elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l'étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits.

Il a ajouté ceci (aux par. 63 et 64):

Les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne. Par exemple, ce droit n'est pas restreint du seul fait que l'enfant est condamné à la prison ou enrôlé dans l'armée par conscription. Pas plus qu'il ne l'est lorsque l'enfant est abattu par négligence par un agent de police: *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'anxiété importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu. [Je souligne.]

Le préjudice doit donc être évalué sur le plan qualitatif. À mon avis, la présente affaire, en raison des droits qui sont en cause, diffère sensiblement de toutes les affaires non pénales que l'on a considérées comme n'étant pas visées par la notion de «sécurité de la personne», à l'issue d'une interprétation large de cette notion. L'atteinte à la sécurité de la personne dans le présent contexte n'englobe que l'atteinte grave à l'intégrité psychologique résultant de l'atteinte de l'État à un droit individuel d'importance fondamentale.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'ap-

mental personal choices would include the right to make decisions concerning one's body free from state interference or the prospect of losing guardianship of one's children, they would not easily include the type of stress, anxiety and stigma that result from administrative or civil proceedings.

In *O'Connor*, *supra*, this Court dealt with the disclosure of therapeutic records of a complainant in a sexual assault case. L'Heureux-Dubé J. described the psychological trauma that could be faced by sexual assault victims if forced to disclose their therapeutic records, at para. 112:

These people must contemplate the threat of disclosing to the very person accused of assaulting them in the first place, and quite possibly in open court, records containing intensely private aspects of their lives, possibly containing thoughts and statements which have never even been shared with the closest of friends or family.

Such a situation amounts to direct state interference with a complainant's psychological integrity. Moreover, *O'Connor* was reached primarily on the basis of privacy concerns and animated by principles protected by s. 8 of the *Charter*. In *O'Connor*, at para. 110, L'Heureux-Dubé J. listed the cases in which the Court "expressed sympathy" for the idea that s. 7 includes a right to privacy. But she concluded that people have only a "reasonable expectation of privacy" (emphasis deleted) because privacy "must be balanced against legitimate societal needs" (para. 117). However, unlike sexual assault victims who may be said to have a reasonable expectation of privacy in their therapeutic records, the Commission in this case has not invaded any of the respondent's privacy interests. If there was any invasion of the respondent's privacy, it cannot be said to have resulted from state action. Moreover, when one assumes a very prominent public office as the respondent has, it is arguable that a certain amount of public scrutiny is to be expected. The respondent injected himself into the public realm and the public scrutiny that it entailed. An individ-

plication du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Même si ces choix personnels fondamentaux comprenaient le droit de prendre des décisions concernant son propre corps sans intervention de l'État ou sans risque de perdre la garde d'un enfant, ils pourraient difficilement inclure le genre de stress, d'angoisse et de stigmatisation qui résulte de procédures administratives ou civiles.

Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, notre Cour était appelée à se prononcer sur la communication du dossier thérapeutique d'une plaignante dans une affaire d'agression sexuelle. Le juge L'Heureux-Dubé a décrit le traumatisme psychique auquel pouvaient faire face les victimes d'agression sexuelle tenues de communiquer leurs dossiers thérapeutiques (au par. 112):

Elles doivent envisager la menace de divulguer à la personne accusée de les avoir agressées en premier lieu, et très probablement en pleine cour, des dossiers contenant des aspects totalement privés de leur vie, contenant probablement des pensées et des déclarations qui n'ont jamais été partagées avec leurs amis les plus intimes ou leur famille.

Il s'agit là d'une atteinte directe de l'État à l'intégrité psychologique d'une plaignante. De plus, l'arrêt *O'Connor* était fondé principalement sur des préoccupations en matière de vie privée et s'inspirait de principes protégés par l'art. 8 de la *Charte*. Dans cet arrêt, au par. 110, le juge L'Heureux-Dubé a énuméré les affaires dans lesquelles notre Cour «a favorisé» l'idée que l'art. 7 garantit notamment un droit à la vie privée. Elle a cependant conclu que les gens n'ont qu'une «attente raisonnable en matière de protection de la vie privée» (soulignement omis), car la protection de la vie privée «doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société» (par. 117). Toutefois, à la différence des victimes d'agression sexuelle dont on peut dire qu'elles ont, à l'égard de leurs dossiers thérapeutiques, une attente raisonnable en matière de protection de leur vie privée, la Commission en l'espèce n'a pas porté atteinte au droit à la vie privée de l'intimé. S'il y a eu atteinte au droit à la vie privée de l'intimé, on ne saurait dire qu'elle résulte d'un acte de l'État. En outre, on peut soutenir que la personne

ual can have no more than a reasonable expectation of privacy.

qui occupe une charge publique aussi importante que celle de l'intimé peut s'attendre à être exposée, dans une certaine mesure, à l'attention du public. L'intimé s'est lancé lui-même dans le domaine des affaires publiques et s'est exposé lui-même à l'attention qui s'y rattache. Nul ne peut avoir davantage qu'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

85

Where the therapeutic relationship between a sexual assault complainant and his or her physician is threatened by the disclosure of private records, this Court has recently held that security of the person is implicated (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668 (hereinafter "*Mills* (1999)"), at para. 85). However, this is because the therapeutic relationship between doctor and patient is crucial to the patient's psychological integrity. This relationship must be protected to safeguard the mental integrity of patients and to thereby aid victims in recovering from their trauma. To disclose confidential records would undermine this relationship and jeopardize the victim's psychological integrity.

Notre Cour a récemment statué que la sécurité de la personne est en cause lorsque la relation thérapeutique entre l'auteur d'une plainte d'agression sexuelle et son médecin est compromise par la communication de dossiers privés (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (ci-après l'«arrêt *Mills* de 1999»), au par. 85). Il en est cependant ainsi parce que la relation thérapeutique entre le médecin et le patient est essentielle à l'intégrité psychologique de ce dernier. Cette relation doit être protégée afin de préserver l'intégrité mentale des patients et d'aider ainsi les victimes à se remettre de leur traumatisme. La communication de dossiers confidentiels minerait la relation et compromettrait l'intégrité psychologique de la victime.

86

Few interests are as compelling as, and basic to individual autonomy than, a woman's choice to terminate her pregnancy, an individual's decision to terminate his or her life, the right to raise one's children, and the ability of sexual assault victims to seek therapy without fear of their private records being disclosed. Such interests are indeed basic to individual dignity. But the alleged right to be free from stigma associated with a human rights complaint does not fall within this narrow sphere. The state has not interfered with the respondent's right to make decisions that affect his fundamental being. The prejudice to the respondent in this case, as recognized by Lowry J., at para. 10, is essentially confined to his personal hardship. He is not "employable" as a politician, he and his family have moved residences twice, his financial resources are depleted, and he has suffered physically and psychologically. However, the state has not interfered with the respondent and his family's ability to make essential life choices. To accept that the prejudice suffered by the respondent in this case amounts to state interference with his security

Peu d'intérêts sont aussi impérieux et essentiels à l'autonomie individuelle que le choix d'une femme d'interrompre sa grossesse, la décision d'une personne de mettre fin à ses jours, le droit d'élever ses enfants et la capacité des victimes d'agression sexuelle de recourir à une thérapie sans craindre que leurs dossiers privés soient communiqués. Ces intérêts sont vraiment essentiels à la dignité individuelle. Toutefois, le droit allégué à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne ne fait pas partie de cette catégorie restreinte. L'État n'a pas porté atteinte au droit de l'intimé de prendre des décisions touchant son être fondamental. Comme l'a reconnu le juge Lowry au par. 10, le préjudice subi par l'intimé en l'espèce se limite essentiellement à ses difficultés personnelles. Il est «inapte au travail» de politicien, sa famille et lui ont changé de lieu de résidence deux fois, il a épuisé ses ressources financières et il a souffert tant physiquement que psychologiquement. Cependant, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des

of the person would be to stretch the meaning of this right.

3. Importing the Notion of “Stigma” from the Criminal Law Context

In *Mills* (1986), *supra*, at pp. 919-20, Lamer J., in dissent, found that the combination of loss of privacy, stigma, and disruption of family life engaged an individual’s security of the person in the context of s. 11(b) of the *Charter*, stating that:

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

However, it must be emphasized that this statement was made in the context of s. 11(b) of the *Charter* which provides that a person charged with an offence has the right “to be tried within a reasonable time”. The qualifier to this right is that it applies to individuals who have been “charged with an offence”. The s. 11(b) right therefore has no application in civil or administrative proceedings. This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area. We should not blur concepts which under our *Charter* are clearly distinct. The s. 11(b) guarantee of a right to an accused person to be tried within a reasonable time cannot be imported into s. 7. There is no analogous provision to s. 11(b) which applies to administrative proceedings, nor is there a constitutional right outside the criminal context to be “tried” within a reasonable time.

Lamer C.J. later reiterated this statement from *Mills* (1986) in *G. (J.)*, at para. 62. In so doing, however, this Court did not make freedom from stigma a free-standing right. Nor did it establish

choix essentiels dans leur vie. Accepter que le préjudice subi par l’intimé en l’espèce équivaut à une atteinte de l’État au droit qu’il a à la sécurité de sa personne serait forcer le sens de ce droit.

3. Transposition de la notion de «stigmatisation» dans le contexte du droit criminel

Dans l’arrêt *Mills* de 1986, précité, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer, dissident, a conclu que, prises ensemble, l’atteinte à la vie privée, la stigmatisation et les perturbations de la vie familiale mettaient en cause la sécurité de la personne dans le contexte de l’al. 11b) de la *Charte*:

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

Il faut cependant souligner que ces propos ont été tenus dans le contexte de l’al. 11b) de la *Charte*, qui prévoit que tout inculpé a le droit «d’être jugé dans un délai raisonnable». Pour que ce droit s’applique, il faut que la personne en question soit «inculpée». Le droit garanti par l’al. 11b) ne s’applique donc pas dans le cas de procédures civiles ou administratives. Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l’application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle. Nous devrions éviter de confondre des notions qui, suivant notre *Charte*, sont clairement distinctes. Le droit d’être jugé dans un délai raisonnable que l’al. 11b) garantit à tout inculpé ne peut être transposé dans l’art. 7. Aucune disposition analogue à l’al. 11b) ne s’applique aux procédures administratives, et le droit constitutionnel d’être «jugé» dans un délai raisonnable ne s’applique qu’en matière criminelle.

Par la suite, le juge en chef Lamer a réitéré, au par. 62 de l’arrêt *G. (J.)*, cet énoncé tiré de l’arrêt *Mills* de 1986. Ce faisant, notre Cour n’a toutefois pas fait de la protection contre la stigmatisation un

87

88

89

that respondents in sexual harassment proceedings suffer so greatly that s. 11(b) principles should apply to them. As will be demonstrated below, the nature of the harm caused by human rights delay is different.

90

In *Kodellas, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal clearly equated criminal sexual assault charges with human rights sex discrimination complaints. Bayda C.J.S. (dissenting on another issue) conveyed this as follows, at pp. 152-53:

For the purpose of determining the effect upon the “security of the person” I see no logical distinction of substance between the subjection to the vexations and vicissitudes of “a pending criminal accusation” based upon sexual harassment and sexual assault and the subjection to the vexations and vicissitudes of a pending accusation in penal (*i.e.*, quasi-criminal) proceedings under s. 35(2) of the Code, of discrimination based upon sexual harassment and sexual assault. It is but a small step from there to find that for the same purpose no distinction of substance can be made between an accusation in a penal proceeding under the Code and an identical accusation in remedial proceedings under ss. 27 to 33 of the Code. Whether they occur in a criminal context, or in the context of a penal proceeding, such as that provided for in the Code, or in the context of remedial proceedings (which, as will be shown later, is the context relevant to this case) the “vexations and vicissitudes” will invariably “include stigmatization of the (alleged discriminator), loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction”. This is so because the hurt to the alleged discriminator emanates from the accusation, not from the type of proceedings in which the accusation is made. After all, it matters not a whit to all of the relevant actors — the public, the persons who are the source of the hurt, those who are indirectly affected by the hurt (such as the alleged discriminator’s family) and the alleged discriminator, who is directly affected by the hurt and who is the subject and direct object of the hurt — whether the

droit distinct. Elle n’a pas non plus décidé que les personnes visées par des procédures en matière de harcèlement sexuel souffrent à tel point que les principes de l’al. 11b) devraient s’appliquer à elles. Comme nous le verrons plus loin, le préjudice causé par un délai dans des procédures en matière de droits de la personne diffère sur le plan de sa nature.

Dans l’arrêt *Kodellas*, précité, la Cour d’appel de la Saskatchewan a clairement assimilé les accusations criminelles d’agression sexuelle à des plaintes de discrimination sexuelle fondées sur les droits de la personne. Le juge en chef Bayda (dissident sur un autre point) s’est exprimé ainsi, aux pp. 152 et 153:

[TRADUCTION] Pour déterminer l’incidence sur la «sécurité de la personne», je ne vois aucune distinction logique, sur le plan du fond, entre l’assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d’une «accusation criminelle pendante» fondée sur le harcèlement sexuel et l’agression sexuelle, et l’assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d’une accusation pendante de discrimination fondée sur le harcèlement sexuel et l’agression sexuelle, qui a été portée en matière pénale (c’est-à-dire quasi criminelle) en vertu du par. 35(2) du Code. Parant, il n’y a qu’un pas à faire pour conclure que, à des fins identiques, aucune distinction de fond ne peut être établie entre une accusation portée dans des procédures pénales fondées sur le Code et une accusation identique portée dans des procédures engagées en vertu des art. 27 à 33 du Code dans le but d’obtenir un redressement. Qu’elles soient occasionnées dans le contexte de procédures criminelles ou dans celui de procédures pénales, comme celles que prévoit le Code, ou encore dans celui de procédures visant l’obtention d’un redressement (qui, nous le verrons plus loin, est le contexte pertinent en l’espèce), les «vexations» et les «vicissitudes» comprennent immanquablement «la stigmatisation de (l’auteur allégué de la discrimination), l’atteinte à la vie privée, la tension et l’angoisse résultant d’une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l’incertitude face à l’issue et à la peine». Il en est ainsi parce que le mal causé à l’auteur allégué de la discrimination découle de l’accusation, et non du genre de procédures dans lesquelles l’accusation est portée. Après tout, il est parfaitement égal à tous les acteurs pertinents — le public, les personnes qui sont à l’origine du mal causé, celles qui sont indirectement touchées par ce mal (comme les membres de la famille de l’auteur

accusation is made in one procedural forum or another. What matters is the *fact* of the accusation. . . .

In determining whether prejudice occurred in a given situation, it is important to note that it is in the very nature of this form of prejudice (*i.e.*, feelings of mental hurt or “stigmatization”) that it arises automatically upon a formal accusation being made. Lamer J. in *Rahey*, while elucidating this form of prejudice (in the context of s. 11(b) of the Charter), recognized this when he said at p. [609]:

With respect to the security of the person, I do not believe that actual impairment need be proven by the accused to render the section operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. Otherwise, each individual accused would have the burden of demonstrating that he or she has subjectively suffered a form of anxiety, stress or stigmatization as a result of the criminal charge. We are dealing largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost. [Underlining added; italics in original.]

The majority of the Court of Appeal in the case at bar followed the above reasoning in *Kodellas*. The effect of the Appeal Court decision in *Blencoe* was to import a requirement for a hearing within a reasonable time into the processing of human rights complaints. Although the majority of the Court of Appeal disclaimed a direct s. 11(b) right, numerous references were made in its reasons, equating sexual harassment proceedings to criminal proceedings for sexual assault where s. 11(b) would apply. Indeed, the majority speaks of “this type of sexual assault” (para. 47), “stigma against the accused” (para. 56), “prosecution of these complaints” (para. 58), a “straightforward case of sexual assault” (para. 102), “[allegations] which are tantamount to . . . sexual assault” (para. 108), and “unproven charges of sexual harassment” (para. 57). The basis for the majority of the Court of Appeal’s reasons in this case is the treatment of

allégué de la discrimination) et l’auteur allégué de la discrimination, qui est directement touché par le mal et qui en est directement victime — que l’accusation soit portée dans le cadre de l’une ou l’autre instance. Ce qui importe, c’est le *fait* de l’accusation. . . .

Pour déterminer si un préjudice a été causé dans une situation donnée, il importe de souligner qu’il est dans la nature même de cette forme de préjudice (c’est-à-dire le sentiment de souffrance morale ou de «stigmatisation») qu’elle prenne naissance dès qu’une accusation officielle est portée. Dans *Rahey*, le juge Lamer l’a reconnu en expliquant cette forme de préjudice (dans le contexte de l’application de l’al. 11b) de la Charte), à la p. [609]:

Au sujet de la sécurité de la personne, je ne crois pas que ce soit à l’inculpé qu’il incombe de prouver qu’il y a effectivement eu atteinte pour que l’article soit applicable. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de cet article, l’intérêt du prévenu en matière de sécurité. Autrement, chaque prévenu aurait la charge de démontrer qu’il ou elle a subjectivement souffert d’angoisse, de tension ou de stigmates par suite d’une accusation criminelle. Nous avons largement affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu’au prix de difficultés et de frais considérables. [Je souligne; en italique dans l’original.]

Dans la présente affaire, la Cour d’appel à la majorité a suivi le raisonnement susmentionné de l’arrêt *Kodellas*. L’arrêt *Blencoe* de la Cour d’appel a eu pour effet de transposer dans le traitement d’une plainte en matière de droits de la personne l’exigence qu’une audience ait lieu dans un délai raisonnable. Bien qu’elle ait écarté l’application directe d’un droit garanti par l’al. 11b), la Cour d’appel à la majorité a assimilé, à maintes reprises dans ses motifs, les procédures relatives au harcèlement sexuel à des procédures criminelles en matière d’agression sexuelle où l’al. 11b) s’appliquerait. En fait, les juges majoritaires parlent de [TRADUCTION] «ce genre d’agression sexuelle» (par. 47), de «stigmatisation de l’accusé» (par. 56), de «poursuites relatives à ces plaintes» (par. 58), de «simple cas d’agression sexuelle» (par. 102), d’«[allegations] équivalant à [. . .] une accusation d’agression sexuelle» (par. 108) et d’«accusations non prouvées de harcèlement sexuel» (par. 57). En l’espèce, les motifs majoritaires de la Cour d’appel reposent sur l’assimilation des plaintes de harcèle-

sexual harassment human rights complaints as akin to a pending criminal sexual assault charge.

92

With respect, the Court of Appeal in *Kodellas* and the majority of the Court of Appeal in the case at bar have erred in transplanting s. 11(b) principles set out in the criminal law context to human rights proceedings under s. 7. Not only are there fundamental differences between criminal proceedings and human rights proceedings that the majority failed to recognize, but, more importantly, s. 11(b) of the *Charter* is restricted to a pending criminal case. The effect of the Court of Appeal's decision was to extract an element of s. 11(b) — the element of stigma, which may be sufficient in the context of criminal proceedings and s. 11(b), to create a deprivation of the security of the person — and apply it to a process that differs with respect to objectives, consequences and procedures. As this Court has recently confirmed in *Mills* (1999), *supra*, at paras. 61 and 64, *Charter* rights must be interpreted and defined in a contextual manner, because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights and values at play in particular circumstances. The Court of Appeal has failed to examine the rights protected by s. 7 in the context of this case.

93

In the criminal law context, the test to be applied under s. 11(b) is an objective one, and prejudice may be inferred from unreasonable delay. This stands in sharp contrast to the two-tiered approach to s. 7 of the *Charter*, where the mere passage of time in resolving a complaint does not automatically give rise to the kind of prejudice that is presumed to follow from the laying of a charge under s. 11(b) of the *Charter*. In this regard, Lamer J.'s comments in *Mills* (1986), *supra*, are premised on the fact that there has already been an "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" (p. 919). This is a finding that would be made not at the threshold stage of the s. 7 analysis but is rather to be examined at the principles of fundamental justice

ment sexuel fondées sur les droits de la personne à une accusation criminelle pendante d'agression sexuelle.

En toute déférence, la Cour d'appel dans l'arrêt *Kodellas* et la Cour d'appel à la majorité en l'espèce ont eu tort de transposer dans des procédures en matière de droits de la personne fondées sur l'art. 7 des principes énoncés relativement à l'al. 11b) dans le contexte du droit criminel. Non seulement y a-t-il des différences fondamentales entre des procédures criminelles et des procédures en matière de droits de la personne, que les juges majoritaires n'ont pas reconnues, mais encore l'al. 11b) de la *Charte* ne s'applique qu'aux affaires criminelles pendantes. L'arrêt de la Cour d'appel a eu pour effet d'extirper un élément de l'al. 11b) — celui de la stigmatisation qui peut suffire, dans le contexte de procédures criminelles et de l'al. 11b), pour qu'il y ait atteinte à la sécurité de la personne — et de l'appliquer à un processus différent sur le plan des objectifs, des conséquences et de la procédure. Comme notre Cour l'a récemment confirmé dans l'arrêt *Mills* de 1999, précité, aux par. 61 et 64, les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés et définis en fonction du contexte, car ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières. La Cour d'appel n'a pas examiné les droits garantis par l'art. 7 dans le contexte de la présente affaire.

Dans le contexte du droit criminel, le critère applicable suivant l'al. 11b) est objectif et il est possible de déduire qu'un délai déraisonnable a causé un préjudice. Cela contraste fortement avec l'interprétation en deux étapes de l'art. 7 de la *Charte*, selon laquelle le seul fait qu'un délai s'écoule entre le dépôt de la plainte et son règlement ne cause pas automatiquement le genre de préjudice qui est présumé résulter du dépôt d'une accusation fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*. À cet égard, dans les observations qu'il formule dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, le juge Lamer tient pour acquis qu'il y a déjà eu «assujettissement trop long aux vexations et au vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» (p. 919). Il s'agit là d'une conclusion qui serait tirée non pas à l'étape

stage. The Court of Appeal in *Kodellas* and in the case at bar erred in conflating the two stages of the s. 7 analysis. Philip Bryden similarly concluded that the two stages of the s. 7 analysis were merged by the majority of the Court of Appeal in this case ("*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission): A Case Comment*" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153, at p. 158):

In my view, Chief Justice McEachern's formulation of when s. 7 applies tends to conflate the threshold question of whether liberty or personal security have been denied with the ultimate question of whether the process in place satisfies the requirements of fundamental justice. The main reason we use threshold tests for the applicability of constitutional protection is to focus our attention on the situations where we believe the special safeguards associated with constitutional protection are needed.

In discussing the nature and purpose of s. 11(b), Lamer J. emphasized in *Mills* (1986), *supra*, that the need for protecting the individual in such cases arises "from the nature of the criminal justice system and of our society" (p. 920). He described the criminal justice process as "adversarial and conflictual" and states that the very nature of the criminal process will heighten the stress and anxiety that results from a criminal charge. In contrast to the criminal realm, the filing of a human rights complaint implies no suspicion of wrongdoing on the part of the state. The investigation by the Commission is aimed solely at determining what took place and ultimately to settle the matter in a non-adversarial manner. The purpose of human rights proceedings is not to punish but to eradicate discrimination. Tribunal orders are compensatory rather than punitive. The investigation period in the human rights process is not one where the Commission "prosecutes" the respondent. The Commission has an investigative and conciliatory role until the time comes to make a recommendation whether to refer the complaint to the Tribunal for hearing. These human rights proceedings are designed to vindicate private rights and address grievances. As stated by Dickson C.J. in *Canada*

préliminaire de l'analyse de l'art. 7, mais plutôt à l'étape de l'examen des principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *Kodellas* et en l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en confondant les deux étapes de l'analyse de l'art. 7. Philip Bryden a lui aussi conclu que la Cour d'appel à la majorité en l'espèce avait confondu les deux étapes de l'analyse de l'art. 7 («*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission): A Case Comment*» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153, à la p. 158):

[TRADUCTION] À mon avis, en précisant les cas où l'art. 7 s'applique, le juge en chef McEachern tend à confondre la question préliminaire de savoir s'il y a eu atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne avec la question de savoir, en fin de compte, si la procédure établie satisfait aux exigences de la justice fondamentale. Si nous utilisons des critères préliminaires d'applicabilité de la protection constitutionnelle, c'est principalement pour nous concentrer sur les situations où, croyons-nous, les garanties spéciales liées à la protection constitutionnelle sont requises.

En analysant la nature et l'objet de l'al. 11b) dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, le juge Lamer a souligné que la nécessité de protéger l'individu en pareils cas «tient à la nature même du système de la justice criminelle et de notre société» (p. 920). Il a dit que la justice criminelle procède selon une procédure «contradictoire et conflictuelle» et que la nature même du processus en matière criminelle intensifie le stress et l'angoisse résultant d'une accusation criminelle. Contrairement à ce qui se passe en matière criminelle, le dépôt d'une plainte fondée sur les droits de la personne n'implique aucun soupçon de méfait de la part de l'État. L'enquête menée par la Commission vise uniquement à déterminer ce qui s'est passé et, en fin de compte, à régler l'affaire selon une procédure non contradictoire. L'objectif des procédures en matière de droits de la personne est non pas de punir, mais de mettre fin à la discrimination. Les ordonnances du Tribunal sont de nature compensatoire et non punitive. Lors de l'enquête liée au processus en matière de droits de la personne, la Commission ne «poursuit» pas la personne qui fait l'objet d'une plainte. Elle joue un rôle d'enquêteur et de médiateur jusqu'au moment où il y a lieu de recommander ou non de renvoyer la plainte au Tribunal pour qu'il

(*Human Rights Commission*) v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 917:

It is essential, however, to recognize that, as an instrument especially designed to prevent the spread of prejudice and to foster tolerance and equality in the community, the *Canadian Human Rights Act* is very different from the *Criminal Code*. The aim of human rights legislation, and of s. 13(1), is not to bring the full force of the state's power against a blameworthy individual for the purpose of imposing punishment. Instead, provisions found in human rights statutes generally operate in a less confrontational manner, allowing for a conciliatory settlement if possible and, where discrimination exists, gearing remedial responses more towards compensating the victim.

95

In criminal proceedings, the accusation alone may engage a security interest because of the grave social and personal consequences to the accused — including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community — which are the unavoidable consequences of an open and adversarial judicial system. However, this Court in *Taylor, supra*, at pp. 932-33, has commented directly on the diminished role of stigma in the human rights context:

...the present appeal concerns an infringement of s. 2(b) in the context of a human rights statute. The chill placed upon open expression in such a context will ordinarily be less severe than that occasioned where criminal legislation is involved, for attached to a criminal conviction is a significant degree of stigma and punishment, whereas the extent of opprobrium connected with the finding of discrimination is much diminished and the aim or remedial measures is more upon compensation and protection of the victim. As was stated in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, under a human rights regime:

It is the (discriminatory) practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.

tienne une audience. Ces procédures en matière de droits de la personne sont conçues pour faire valoir des droits privés et redresser des torts. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 917:

Il est essentiel toutefois de reconnaître qu'en tant qu'outil expressément conçu pour empêcher la propagation des préjugés et pour favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la collectivité, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère nettement du *Code criminel*. La législation sur les droits de la personne, et en particulier le par. 13(1), n'a pas pour objet de faire exercer contre une personne fautive le plein pouvoir de l'État dans le but de lui infliger un châtiment. Au contraire, les dispositions des lois sur les droits de la personne tendent plutôt, en règle générale, à éviter ce genre d'affrontement en permettant autant que possible un règlement par voie de conciliation et, lorsqu'il y a discrimination, en prévoyant des redressements destinés davantage à indemniser la victime.

Dans des procédures criminelles, l'accusation peut à elle seule faire intervenir un droit à la sécurité en raison de ses graves conséquences sociales et personnelles sur l'accusé — dont le risque d'être privé de liberté, ainsi que la stigmatisation et l'exclusion sociales — qu'entraîne inévitablement un système judiciaire public et contradictoire. Toutefois, dans l'arrêt *Taylor*, précité, aux pp. 932 et 933, notre Cour a commenté directement le rôle moins important de la stigmatisation dans le contexte des droits de la personne:

... le présent pourvoi concerne une atteinte à l'al. 2b) résultant d'une loi sur les droits de la personne. La paralysie de la libre expression dans un tel contexte sera normalement moins grave que s'il s'agissait d'une loi pénale, car toute déclaration de culpabilité, au pénal, s'accompagne de stigmates et de peines importants, alors que l'opprobre attaché à une conclusion de discrimination est beaucoup moins grand et qu'en outre les mesures réparatrices visent plutôt la compensation et la protection de la victime. Comme le dit l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134, sous le régime d'une loi sur les droits de la personne:

C'est l'acte discriminatoire lui-même que l'on veut prévenir. La loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.

The last point is an important one and it deserves to be underscored. There is no indication that the purpose of the *Canadian Human Rights Act* is to assign or to punish moral blameworthiness.

I do not doubt that parties in human rights sex discrimination proceedings experience some level of stress and disruption of their lives as a consequence of allegations of complainants. Even accepting that the stress and anxiety experienced by the respondent in this case was linked to delays in the proceedings, I cannot conclude that the scope of his security of the person protected by s. 7 of the *Charter* covers such emotional effects nor that they can be equated with the kind of stigma contemplated in *Mills* (1986), *supra*, of an overlong and vexatious pending criminal trial or in *G. (J.)*, *supra*, where the state sought to remove a child from his or her parents. If the purpose of the impugned proceedings is to provide a vehicle or act as an arbiter for redressing private rights, some amount of stress and stigma attached to the proceedings must be accepted. This will also be the case when dealing with the regulation of a business, profession, or other activity. A civil suit involving fraud, defamation or the tort of sexual battery will also be “stigmatizing”. The Commission’s investigations are not public, the respondent is asked to provide his version of events, and communication goes back and forth. While the respondent may be vilified by the press, there is no “stigmatizing” state pronouncement as to his “fitness” that would carry with it serious consequences such as those in *G. (J.)*. There is thus no constitutional right or freedom against such stigma protected by the s. 7 rights to “liberty” or “security of the person”.

(f) Conclusion on Liberty and Security of the Person

To summarize, the stress, stigma and anxiety suffered by the respondent did not deprive him of his right to liberty or security of the person. The

Ce dernier point est important et mérite d’être souligné. Rien n’indique que l’objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit d’attribuer une responsabilité morale ou de la punir.

Je ne doute pas que les parties à des procédures relatives à des plaintes de discrimination sexuelle fondées sur les droits de la personne éprouvent un certain stress et voient leur existence perturbée en raison des allégations des plaignants. Même en acceptant que le stress et l’angoisse ressentis par l’intimé en l’espèce étaient liés au délai dans les procédures, je suis incapable de conclure que la sécurité de sa personne garantie par l’art. 7 de la *Charte* englobe une telle incidence sur le plan émotif ou que cette incidence est assimilable au genre de stigmatisation prévu dans l’arrêt *Mills* de 1986, précité, qui résulte d’un procès criminel trop long et vexatoire, ou dans l’arrêt *G. (J.)*, précité, où l’État cherchait à retirer la garde d’un enfant à ses parents. Si les procédures contestées visent à fournir un moyen de faire valoir des droits privés, ou à faire fonction d’arbitre en la matière, le stress et la stigmatisation liés à ces procédures sont acceptables jusqu’à un certain point. Il en va également de même lorsqu’il s’agit de régler une activité commerciale, professionnelle ou autre. Les poursuites civiles pour fraude, diffamation ou voies de fait de nature sexuelle sont également «stigmatisantes». Les enquêtes menées par la Commission ne sont pas publiques, la personne qui fait l’objet de la plainte est appelée à donner sa version des faits et l’information circule dans les deux sens. Même si la personne qui fait l’objet de la plainte peut être vilipendée par la presse, l’État ne rend, relativement à son «aptitude», aucune décision «stigmatisante» qui aurait des conséquences graves comme dans l’affaire *G. (J.)*. Le droit à la «liberté» ou à la «sécurité de [l]a personne» garanti par l’art. 7 ne comporte donc aucun droit constitutionnel à la protection contre d’une telle stigmatisation.

(f) Conclusion relative à la liberté et à la sécurité de la personne

En résumé, le stress et l’angoisse que l’intimé a éprouvés et la stigmatisation dont il a été victime n’ont pas porté atteinte à son droit à la liberté ou à

framers of the *Charter* chose to employ the words, “life, liberty and security of the person”, thus limiting s. 7 rights to these three interests. While notions of dignity and reputation underlie many *Charter* rights, they are not stand-alone rights that trigger s. 7 in and of themselves. Freedom from the type of anxiety, stress and stigma suffered by the respondent in this case should not be elevated to the stature of a constitutionally protected s. 7 right.

la sécurité de sa personne. Les rédacteurs de la *Charte* ont choisi d'utiliser les termes «vie, [. . .] liberté et [. . .] sécurité de [l]a personne», de sorte que l'art. 7 ne garantit que ces trois droits. Même si des notions de dignité et de réputation sous-tendent maints droits garantis par la *Charte*, ce ne sont pas des droits distincts qui déclenchent en soi l'application de l'art. 7. La protection contre le genre d'anxiété et de stress que l'intimé a éprouvés et contre le genre de stigmatisation dont il a été victime en l'espèce ne devrait pas être élevée au rang de droit constitutionnel garanti par l'art. 7.

98 My conclusion that the respondent is unable to cross the first threshold of the s. 7 *Charter* analysis in the circumstances of this case should not be construed as a holding that state-caused delays in human rights proceedings can never trigger an individual's s. 7 rights. It may well be that s. 7 rights can be engaged by a human rights process in a particular case. I leave open the possibility that in other circumstances, delays in the human rights process may violate s. 7 of the *Charter*.

Ma conclusion que l'intimé ne peut pas franchir la première étape préliminaire de l'analyse de l'art. 7 de la *Charte* dans les circonstances de la présente affaire ne doit pas être interprétée comme signifiant que les délais imputables à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne ne peuvent jamais faire intervenir les droits que l'art. 7 garantit à une personne. Il peut bien arriver, dans certains cas, qu'un processus en matière de droits de la personne fasse intervenir les droits garantis par l'art. 7. Je n'écarte pas la possibilité que, dans d'autres circonstances, les délais dans le processus en matière de droits de la personne violent l'art. 7 de la *Charte*.

99 Because of my conclusion that there was no deprivation of the respondent's right to liberty or security of the person, I need not proceed to the second stage of the analysis to determine whether the alleged deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. However, for the reasons that immediately follow in the administrative law section, I express the view that the delay, in the circumstances of this case, would not have violated the principles of fundamental justice.

Étant donné que j'ai conclu, dans un premier temps, qu'il n'y a eu aucune atteinte au droit de l'intimé à la liberté ou à la sécurité de sa personne, je n'ai pas à décider, dans un deuxième temps, si l'atteinte alléguée était conforme aux principes de justice fondamentale. Toutefois, pour les motifs exposés immédiatement après la partie relative au droit administratif, j'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, le délai écoulé n'aurait pas violé les principes de justice fondamentale.

C. *Was the Respondent Entitled to a Remedy Pursuant to Administrative Law Principles?*

C. *L'intimé avait-il droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif?*

100 While I have concluded that the respondent is not entitled to a remedy under the *Charter*, I must still address the issue of whether the respondent is entitled to a remedy under principles of administrative law. This issue was pleaded before Lowry J. of the British Columbia Supreme Court. Counsel

Bien que j'aie conclu que l'intimé n'a droit à aucune réparation fondée sur la *Charte*, il me reste à déterminer s'il a droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif. La question a été débattue devant le juge Lowry de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. À l'au-

were advised by us during the hearing that, notwithstanding that pleadings were not made before this Court on administrative law *per se*, we were nevertheless prepared to deal with this issue. The question to be addressed in this section is whether the delay in this case could amount to a denial of natural justice even where the respondent's ability to have a fair hearing has not been compromised.

(a) Prejudice to the Fairness of the Hearing

In my view, there are appropriate remedies available in the administrative law context to deal with state-caused delay in human rights proceedings. However, delay, without more, will not warrant a stay of proceedings as an abuse of process at common law. Staying proceedings for the mere passage of time would be tantamount to imposing a judicially created limitation period (see: *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at p. 1100; *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32 (C.A.)). In the administrative law context, there must be proof of significant prejudice which results from an unacceptable delay.

There is no doubt that the principles of natural justice and the duty of fairness are part of every administrative proceeding. Where delay impairs a party's ability to answer the complaint against him or her, because, for example, memories have faded, essential witnesses have died or are unavailable, or evidence has been lost, then administrative delay may be invoked to impugn the validity of the administrative proceedings and provide a remedy (D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 9-67; W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at pp. 435-36). It is thus accepted that the principles of natural justice and the duty of fairness include the right to a fair hearing and that undue delay in the processing of an administrative proceeding that impairs the fairness of the hearing can be remedied (see, for example, J. M. Evans, H. N. Janisch and D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (4th ed. 1995), at p. 256; Wade and Forsyth, *supra*, at pp. 435-36; *Nisbett, supra*, at p. 756; *Canadian*

dience, nous avons informé les avocats que, bien que les plaidoiries devant notre Cour n'aient pas porté sur le droit administratif même, nous étions néanmoins disposés à examiner cette question. Il nous faut décider, dans la présente partie, si le délai écoulé en l'espèce peut constituer un déni de justice naturelle même si la capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable n'a pas été compromise.

a) Atteinte à l'équité de l'audience

Selon moi, le droit administratif offre des réparations appropriées en ce qui concerne le délai imputable à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne. Cependant, le délai ne justifie pas, à lui seul, un arrêt des procédures comme l'abus de procédure en common law. Mettre fin aux procédures simplement en raison du délai écoulé reviendrait à imposer une prescription d'origine judiciaire (voir: *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, à la p. 1100; *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32 (C.A.)). En droit administratif, il faut prouver qu'un délai inacceptable a causé un préjudice important.

Il n'y a aucun doute que les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement s'appliquent à toutes les procédures administratives. Lorsqu'un délai compromet la capacité d'une partie de répondre à la plainte portée contre elle, notamment parce que ses souvenirs se sont estompés, parce que des témoins essentiels sont décédés ou ne sont pas disponibles ou parce que des éléments de preuve ont été perdus, le délai dans les procédures administratives peut être invoqué pour contester la validité de ces procédures et pour justifier réparation (D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), à la p. 9-67; W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7^e éd. 1994), aux pp. 435 et 436). Il est donc reconnu que les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement comprennent le droit à une audience équitable et qu'il est possible de remédier au délai injustifié dans des procédures administratives qui compromettent l'équité de l'audience (voir, par exemple, J. M. Evans, H. N. Janisch et

101

102

Airlines, supra; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464 (Ont. Div. Ct.); *Freedman v. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196 (N.B.Q.B.).

D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (4^e éd. 1995), à la p. 256; Wade et Forsyth, *op. cit.*, aux pp. 435 et 436; *Nisbett*, précité, à la p. 756; *Lignes aériennes Canadien*, précité; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464 (C. div. Ont.); *Freedman c. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196 (B.R.N.-B.).

103

The respondent argued before the British Columbia Supreme Court that the delay in the administrative process caused him prejudice that amounted to a denial of natural justice in that he could no longer receive a fair hearing. He alleged that two witnesses had died and that the memories of many witnesses might be impaired by the passage of time. Lowry J. referred to these claims as “vague assertions that fall far short of establishing an inability to prove facts necessary to respond to the complaints” (para. 10). Lowry J. concluded that the respondent’s opportunity to make full answer and defence had not been compromised and thereby refused to terminate the proceedings.

L’intimé a fait valoir, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, que le délai écoulé dans le déroulement du processus administratif lui avait causé un préjudice équivalant à un déni de justice naturelle du fait qu’il n’était plus en mesure d’obtenir une audience équitable. Il a allégué que deux témoins étaient décédés et que les souvenirs de bien des témoins avaient pu s’estomper avec le temps. Le juge Lowry a qualifié ces allégations de [TRADUCTION] «vagues assertions n’établissant pas l’incapacité de prouver des faits nécessaires pour répondre aux plaintes» (par. 10). Il a conclu que la possibilité de l’intimé de présenter une défense pleine et entière n’avait pas été compromise et il a donc refusé de mettre fin aux procédures.

104

The respondent also argued before Lowry J. that he was not provided with a copy of Ms. Schell’s timeliness submissions for a two-month period and that he had not received proper disclosure. Lowry J. did not consider the respondent prejudiced in this regard. With respect to the alleged failure to disclose information to the respondent, this is not, in my opinion, a case in which the unfairness is so obvious that there would be a denial of natural justice, or in which there was an abuse of process such that it would be inappropriate to put the respondent through hearings before the Tribunal. I would therefore adopt the finding of Lowry J. that the delay in this case is not such that it would necessarily result in a hearing that lacks the essential elements of fairness. The respondent’s right to a fair hearing has not been jeopardized. Proof of prejudice has not been demonstrated to be of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing. This is a finding of fact made by the trial judge that has not, in my opinion, been successfully attacked on appeal. The question which must

L’intimé a aussi fait valoir devant le juge Lowry qu’il avait dû attendre deux mois avant d’obtenir copie des observations de M^{me} Schell concernant le respect du délai imparti et que la divulgation qui lui avait été faite n’était pas suffisante. Le juge Lowry n’a pas considéré que l’intimé avait subi un préjudice à cet égard. En ce qui concerne l’omission alléguée de divulguer des renseignements à l’intimé, il ne s’agit pas, à mon sens, d’un cas où l’iniquité est si manifeste qu’il y aurait déni de justice naturelle ni d’un cas où il y a eu abus de procédure tel qu’il serait inapproprié de contraindre l’intimé à se présenter à une audience devant le Tribunal. Je suis donc d’avis de souscrire à la conclusion du juge Lowry que le délai en l’espèce n’est pas nécessairement de nature à entraîner la tenue d’une audience dépourvue des éléments requis pour être équitable. Le droit de l’intimé à une audience équitable n’a pas été compromis. Il n’a pas été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l’équité de l’audience. Il s’agit là d’une conclusion de fait du juge de pre-

be addressed is therefore whether the delay in this case could amount to a denial of natural justice or an abuse of process even where the respondent has not been prejudiced in an evidentiary sense.

(b) Other Forms of Prejudice

It is trite law that there is a general duty of fairness resting on all public decision-makers (*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 628). The human rights processes at issue in this case must have been conducted in a manner that is entirely consistent with the principles of natural justice and procedural fairness. Perhaps the best illustration of the traditional meaning of this duty of fairness in administrative law can be discerned from the following words of Dickson J. in *Martineau*, at p. 631:

In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

Throughout the authorities in this area, terms such as “natural justice”, “procedural fairness”, “abuse of process”, and “abuse of discretion” are employed. In *Martineau*, at p. 629, Dickson J. (writing for three judges, while all nine concurred in the result), stated that “the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework”. With regard to these terms, I would adopt the following words of Sherstobitoff J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal in *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477, at p. 490:

There are two common denominators in each of the terms. The first is the impossibility of precise definition because of their breadth and the wide array of circum-

mière instance qui n’a pas été contestée avec succès en appel. La question qui doit être examinée est donc de savoir si le délai écoulé en l’espèce pourrait constituer un déni de justice naturelle ou un abus de procédure même si l’intimé n’a subi aucun préjudice sur le plan de la preuve.

b) Autres formes de préjudice

Il est bien établi en droit que les instances décisionnelles publiques ont toutes l’obligation générale d’agir équitablement (*Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 628). Les procédures en matière de droits de la personne, dont il est question en l’espèce, doivent s’être déroulées d’une manière tout à fait conforme aux principes de justice naturelle et d’équité procédurale. Les propos suivants du juge Dickson dans l’arrêt *Martineau*, à la p. 631, illustrent peut-être le mieux le sens traditionnel de l’obligation d’agir équitablement en droit administratif:

En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l’égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c’est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l’équité.

Dans la jurisprudence qui existe en la matière, on trouve des expressions comme «justice naturelle», «équité procédurale», «abus de procédure» et «abus de pouvoir discrétionnaire». Dans l’arrêt *Martineau*, à la p. 629, le juge Dickson (s’exprimant au nom de trois juges, alors que les neuf juges souscrivaient tous au résultat) a dit que «tracer une distinction entre une obligation d’agir équitablement et celle d’agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile». En ce qui concerne ces expressions, je suis d’avis de souscrire aux propos suivants du juge Sherstobitoff de la Cour d’appel de la Saskatchewan, dans *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477, à la p. 490:

[TRADUCTION] Il existe deux dénominateurs communs à chacune des expressions. Le premier est l’impossibilité de les définir avec exactitude en raison de leur portée et

105

106

stances which may bring them into play. The other is the concept of “fairness” or “fair play”. They clearly overlap. Unreasonable delay is a possible basis upon which to raise any of them.

107 The respondent contends that the delay in the human rights proceedings constitutes a breach of procedural fairness amounting to a denial of natural justice and resulting in an abuse of process. The question is whether one can look to the psychological and sociological harm caused by the delay rather than merely to the procedural or legal effect, namely, whether the ability to make full answer and defence has been compromised, to determine whether there has been a denial of natural justice. This issue is a difficult one and there is no clear authority in this area.

108 In cases where the *Charter* was held not to apply, most courts and tribunals did not go further to decide whether the stress and stigma resulting from an unacceptable delay were so significant as to amount to an abuse of process. On the other hand, where courts did go further, they most often adopted a narrow approach to the principles of natural justice. For example, in *Nisbett, supra*, the Manitoba Court of Appeal concluded that delay may amount to an abuse of process that the law will remedy only where “on the record there has been demonstrated evidence of prejudice of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing” (p. 757). In *Canadian Airlines, supra*, the Federal Court of Appeal followed *Nisbett*, concluding that the prejudice must be such “as to deprive a party of his right to a full and complete defence” (p. 641). In the case at bar, Lowry J. for the British Columbia Supreme Court, found that unless there was prejudice to hearing fairness, the type of personal hardship and psychological prejudice suffered by Mr. Blencoe could not give rise to a breach of natural justice (at para. 31):

de la vaste gamme de circonstances susceptibles de les mettre en jeu. Le deuxième est le chevauchement manifeste des notions d’«équité» et de «franc-jeu». Un délai déraisonnable pourrait justifier d’invoquer l’une ou l’autre.

L’intimé soutient que le délai dans les procédures en matière de droits de la personne constitue une atteinte à l’équité procédurale qui équivaut à un déni de justice naturelle et qui entraîne un abus de procédure. Il s’agit de savoir si, aux fins de déterminer s’il y a eu déni de justice naturelle, on peut tenir compte du préjudice psychologique et sociologique causé par le délai et non seulement de l’incidence procédurale ou juridique, c’est-à-dire de la question de savoir si la capacité de présenter une défense pleine et entière a été compromise. Cette question est difficile et il n’y a aucune jurisprudence claire en la matière.

Dans les affaires où ils ont jugé que la *Charte* ne s’appliquait pas, la plupart des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs ne sont pas allés jusqu’à déterminer si le stress et la stigmatisation découlant d’un délai inacceptable étaient importants au point de constituer un abus de procédure. Par contre, les tribunaux judiciaires qui l’ont fait ont le plus souvent interprété de manière restrictive les principes de justice naturelle. Par exemple, dans l’arrêt *Nisbett*, précité, la Cour d’appel du Manitoba a conclu que le délai peut constituer un abus de procédure auquel la loi ne remédie que si, [TRADUCTION] «d’après le dossier, il a été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l’équité de l’audience» (p. 757). Dans *Lignes aériennes Canadien*, précité, la Cour d’appel fédérale a suivi l’arrêt *Nisbett* et a conclu que le préjudice doit être tel «qu’il prive une partie de son droit à une défense pleine et entière» (p. 641). S’exprimant en l’espèce au nom de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Lowry a conclu que, à moins qu’une atteinte ne soit portée à l’équité de l’audience, les difficultés personnelles que M. Blencoe a éprouvées et le préjudice psychologique qu’il a subi n’étaient pas de nature à donner naissance à un déni de justice naturelle (au par. 31):

...it cannot be said that the personal hardship Mr. Blencoe has suffered, albeit protracted by the time the administrative process has taken, gives rise to any *Charter* considerations. To my mind, it then becomes difficult to see how it can nonetheless be said to be a prejudice giving rise to a denial of natural justice. If it were, there would have been no need for the *Kodellas* court to resort to section 7 of the *Charter*. And, having rejected the applicability of section 7, the *Nisbett* court would have been bound to consider whether the personal hardship in that case constituted a prejudice that supported the prerogative relief sought.

However, courts and tribunals have also referred to other types of prejudice than trial fairness, holding that, where a commission or tribunal has abused its process to the detriment of an individual, a court has the discretion to grant a remedy. For example, in *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (B.C.S.C.), a variety of effects on the petitioner were examined, including a cloud over his professional reputation resulting from a delay of two years and three months between the receipt of the complaint and the inspection, and an additional six- or seven-month delay which followed. However, the delay in that case had also resulted in an inability for the petitioner to have a fair hearing.

We have also been referred to the case of *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL), where the British Columbia Supreme Court referred to the petitioner's right to a fair trial having been jeopardized as well as the petitioner suffering harm to his reputation. In *Brown*, it took three years to serve the petitioner with notice of the inquiry after receiving the complaints. The delays were in no part caused by the petitioner.

In *Misra, supra*, a college disciplinary board elected to await the completion of criminal proceedings against Misra, while suspending him from the practice of medicine in the interim five-

[TRADUCTION] . . . on ne peut pas dire que les difficultés personnelles que M. Blencoe a éprouvées, même si elles se sont prolongées à cause de la longueur du processus administratif, font intervenir des considérations fondées sur la *Charte*. Il est alors difficile, à mon sens, de voir comment on peut néanmoins dire qu'elles constituent un préjudice qui donne naissance à un déni de justice naturelle. Si c'était le cas, la cour, dans l'affaire *Kodellas*, n'aurait pas eu besoin de recourir à l'art. 7 de la *Charte*. Et, après avoir écarté la possibilité d'appliquer l'art. 7, la cour, dans *Nisbett*, aurait été tenue d'examiner si les difficultés personnelles dans cette affaire constituaient un préjudice justifiant la délivrance du bref de prérogative demandé.

Cependant, les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs ont aussi mentionné d'autres types de préjudice que l'atteinte à l'équité du procès et ont statué que, dans le cas où une commission ou un tribunal administratif abuse de sa procédure au détriment d'une personne, un tribunal judiciaire a le pouvoir discrétionnaire d'accorder un redressement. Par exemple, dans *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (C.S.C.-B.), diverses répercussions sur le requérant ont été examinées, y compris l'atteinte à sa réputation professionnelle qui résultait du délai de deux ans et trois mois écoulé entre le dépôt de la plainte et le début de l'inspection, et du délai supplémentaire de six ou sept mois qui a suivi. Toutefois, le délai écoulé dans cette affaire avait également eu pour effet d'empêcher le requérant d'obtenir une audience équitable.

On nous a aussi mentionné la décision *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL), où la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décidé qu'il y avait eu atteinte à la réputation du requérant et à son droit à un procès équitable. Dans cette affaire, trois ans s'étaient écoulés entre le dépôt des plaintes et la signification d'un avis d'enquête au requérant. Le délai écoulé n'était aucunement imputable à ce dernier.

Dans *Misra*, précité, le comité de discipline d'un ordre avait décidé d'attendre la fin des procédures criminelles engagées contre M. Misra et, dans l'intervalle, de lui retirer son permis d'exercer la

109

110

111

year period. After five years, the criminal proceedings were abandoned and the board council decided to hold a hearing. Sherstobitoff J.A. held for the court that (at p. 490):

The concept of natural justice or procedural fairness as outlined by Dickson J. in *Martineau* is broad enough to encompass principles which, in other contexts, have been termed abuse of discretion or abuse of process because of delay and related matters. A court, in exercising its supervisory function over an administrative tribunal is entitled to prohibit abuse of that tribunal's process in cases of unfairness or oppression caused or contributed to by delay resulting in a denial of natural justice.

112 The Court of Appeal found that Misra's ability to defend himself would likely be impaired and that he had already been punished by virtue of the five-year suspension (at pp. 492-93). It is clear, however, that in *Misra* the court felt that it is only in exceptional cases that delay will amount to unfairness. Moreover, in *Misra*, an essential part of the prejudice suffered was the result of the lengthy suspension. Finally, the court also concluded that there was prejudice to Misra's right to a fair hearing due to the passage of a five-year period.

113 In *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336, Hollinrake J.A. for the British Columbia Court of Appeal agreed with the appellant that, "where the delay is so egregious that it amounts to an abuse of power or can be said to be oppressive, the fact that the hearing itself will be a fair one is of little or no consequence" (para. 19). At issue in *Ratzlaff* was a lengthy delay in processing disciplinary charges against a physician that had affected how the physician arranged his finances. In not restricting abuse of process to procedural unfairness, Hollinrake J.A. stated, at paras. 22-23:

Abuse of power is a broader notion, akin to oppression. It encompasses procedural unfairness, conduct equivalent to breach of contract or of representation, and, in my view, unjust delay. I should add that not all lengthy delays are unjust; regard must be had to the

médecine. Les procédures criminelles ont été abandonnées au bout de cinq ans et le comité a décidé de tenir une audience. Le juge Sherstobitoff a conclu ce qui suit, au nom de la cour (à la p. 490):

[TRADUCTION] La notion de justice naturelle ou d'équité procédurale dont le juge Dickson fait état dans l'arrêt *Martineau* est assez large pour faire obstacle à ce que l'on a qualifié, dans d'autres contextes, d'abus de pouvoir discrétionnaire ou d'abus de procédure causé par un délai et d'autres éléments connexes. En exerçant son rôle de surveillance d'un tribunal administratif, une cour de justice peut interdire que l'on abuse de la procédure de ce tribunal dans les cas où il y a iniquité ou oppression imputable en totalité ou en partie à un délai qui entraîne un déni de justice naturelle.

La Cour d'appel a conclu que la capacité de M. Misra de se défendre serait vraisemblablement compromise et que sa suspension de cinq ans avait déjà eu pour effet de le punir (aux pp. 492 et 493). Cependant, il est clair que, dans l'affaire *Misra*, la Cour d'appel a jugé qu'un délai ne constitue une iniquité que dans des cas exceptionnels. De plus, dans cette affaire, un élément essentiel du préjudice subi découlait de la durée prolongée de la suspension. Enfin, la cour a aussi conclu que le délai de cinq ans avait porté atteinte au droit de M. Misra à la tenue d'une audience équitable.

Dans l'arrêt *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336, le juge Hollinrake de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a convenu avec l'appelant que [TRADUCTION] «lorsque le délai est énorme au point de constituer un abus de pouvoir ou de pouvoir être qualifié d'oppressif, le fait que l'audience elle-même sera équitable importe peu ou pas du tout» (par. 19). Dans cette affaire, un long délai dans le traitement des accusations d'infraction disciplinaire portées contre un médecin avait eu une incidence sur la planification financière de ce dernier. En s'abstenant de limiter l'abus de procédure à l'iniquité procédurale, le juge Hollinrake a affirmé ceci, aux par. 22 et 23:

[TRADUCTION] La notion d'abus de pouvoir est large et s'apparente à l'oppression. Elle englobe l'iniquité procédurale, la conduite équivalent à la rupture d'un contrat ou à une fausse déclaration et, à mon avis, le délai injustifié. J'ajouterais que tous les délais ne sont pas injusti-

causes of delay, and to resulting reasonable changes of position.

Where a party in the position of the appellant relies on delay as amounting to an abuse of power it is incumbent on that party to demonstrate a resulting change of position. In my opinion, the very fact that the appellant continued with his practice as he did and throughout the whole period of time in issue is sufficient to establish such a change of position.

Ratzlaff differs from the case at bar in that the physician carried on his practice thinking that his problems were behind him. He had even retired thinking that his billing disputes were over. Moreover, the chambers judge found that the physician had literally requested that action be taken but that it was three years before the Commission even communicated with him (para. 11). In all, it had been seven years before the physician had received a hearing notice.

I would be prepared to recognize that unacceptable delay may amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. Where inordinate delay has directly caused significant psychological harm to a person, or attached a stigma to a person's reputation, such that the human rights system would be brought into disrepute, such prejudice may be sufficient to constitute an abuse of process. The doctrine of abuse of process is not limited to acts giving rise to an unfair hearing; there may be cases of abuse of process for other than evidentiary reasons brought about by delay. It must however be emphasized that few lengthy delays will meet this threshold. I caution that in cases where there is no prejudice to hearing fairness, the delay must be clearly unacceptable and have directly caused a significant prejudice to amount to an abuse of process. It must be a delay that would, in the circumstances of the case, bring the human rights system into disrepute. The difficult question before us is in deciding what is an "unacceptable delay" that amounts to an abuse of process.

fiés; il faut tenir compte des causes du délai ainsi que des changements raisonnables de situation qui en ont résulté.

Lorsqu'une partie qui se trouve dans la situation de l'appelant soutient qu'un délai constitue un abus de pouvoir, il lui incombe de prouver qu'il en a résulté un changement de situation. Selon moi, le fait même que l'appelant a continué d'exercer sa profession pendant toute la période en cause suffit pour établir un tel changement de situation.

L'arrêt *Ratzlaff* diffère de la présente affaire du fait que le médecin avait continué d'exercer sa profession en pensant que ses problèmes étaient réglés. Il avait même pris sa retraite en croyant que ses litiges en matière de facturation étaient terminés. En outre, le juge en chambre a conclu que le médecin avait expressément demandé que des mesures soient prises, mais que trois années s'étaient écoulées avant même que la commission communique avec lui (au par. 11). En tout, sept années s'étaient écoulées avant que le médecin reçoive un avis d'audience.

Je serais disposé à reconnaître qu'un délai inacceptable peut constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Dans le cas où un délai excessif a causé directement un préjudice psychologique important à une personne ou entaché sa réputation au point de déconsidérer le régime de protection des droits de la personne, le préjudice subi peut être suffisant pour constituer un abus de procédure. L'abus de procédure ne s'entend pas que d'un acte qui donne lieu à une audience inéquitable et il peut englober d'autres cas que celui où le délai cause des difficultés sur le plan de la preuve. Il faut toutefois souligner que rares sont les longs délais qui satisfont à ce critère préliminaire. Ainsi, pour constituer un abus de procédure dans les cas où il n'y a aucune atteinte à l'équité de l'audience, le délai doit être manifestement inacceptable et avoir directement causé un préjudice important. Il doit s'agir d'un délai qui, dans les circonstances de l'affaire, déconsidérerait le régime de protection des droits de la personne. La question difficile dont nous sommes saisis est de savoir quel «délai inacceptable» constitue un abus de procédure.

114

115

(c) Abuse of Process — Principles

116

The respondent's case is that there has been an unacceptable delay in the administrative process which has caused him to be prejudiced by the stigma attached to the two Complaints to an extent that justifies the process being terminated now. Abuse of process is a common law principle invoked principally to stay proceedings where to allow them to continue would be oppressive. As stated by Brown and Evans, *supra*, at pp. 9-71 and 9-72:

The stringency of the requirements for showing that delay constitutes a breach of fairness would seem to be due, at least in part, to the drastic nature of the only appropriate remedy. Unlike other instances of procedural unfairness where it is open to a court to remit the matter for redetermination in a procedurally fair manner, the remedy for undue delay will usually be to prevent the tribunal from exercising its legislative authority, either by prohibiting it from proceeding with the hearing, or by quashing the resulting decision. [Emphasis added.]

117

In the context of a breach of s. 11(b) of the *Charter*, a stay has been found to constitute the only possible remedy (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199). The respondent asked for the same remedy in his administrative law proceedings before Lowry J. There is, however, no support for the notion that a stay is the only remedy available in administrative law proceedings. A stay accords very little importance to the interest of implementing the *Human Rights Code* and giving effect to the complainants' rights to have their cases heard. Other remedies are available for abuse of process. Where a respondent asks for a stay, he or she will have to bear a heavy burden. The discussion that follows often links abuse of process and the remedy of a stay because the stay, as I have said, is the only applicable remedy in the context of a s. 11(b) application. Nevertheless, I wish to underline that my inquiry here is directed only at the determination of the existence of an abuse of process on the facts of this case.

c) Abus de procédure — Principes

L'intimé soutient que, vu qu'il a été tellement lésé par le délai inacceptable dans le processus administratif et par la stigmatisation qui en a découlé par suite des deux plaintes portées contre lui, l'arrêt des procédures est maintenant justifié. L'abus de procédure est une notion de common law qui est invoquée principalement pour mettre fin à des procédures lorsqu'il serait oppressif de permettre leur continuation. Comme l'ont affirmé Brown et Evans, *op. cit.*, aux pp. 9-71 et 9-72:

[TRADUCTION] La rigueur de l'exigence de démontrer que le délai constitue un manquement à l'obligation d'agir équitablement semblerait attribuable, du moins en partie, à la nature radicale du seul redressement approprié. Contrairement à d'autres cas d'iniquité procédurale où la cour peut renvoyer l'affaire pour qu'elle soit tranchée à nouveau d'une manière équitable sur le plan de la procédure, le redressement prévu en cas de délai injustifié consiste généralement à empêcher le tribunal administratif d'exercer le pouvoir qu'il tient de la loi, soit en lui interdisant de tenir l'audience, soit en annulant la décision rendue à l'issue de celle-ci. [Je souligne.]

Dans le contexte d'une violation de l'al. 11b) de la *Charte*, l'arrêt des procédures a été considéré comme étant la seule réparation possible (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199). L'intimé a demandé la même réparation dans le cadre de ses procédures en matière de droit administratif devant le juge Lowry. Cependant, rien ne justifie l'idée que l'arrêt des procédures est la seule réparation possible dans des procédures en matière de droit administratif. Lorsqu'on ordonne un arrêt des procédures, on accorde très peu d'importance à l'intérêt qu'il y a à appliquer le *Human Rights Code* et à faire respecter le droit du plaignant d'être entendu. D'autres réparations peuvent être accordées dans le cas d'un abus de procédure. La personne faisant l'objet d'une plainte qui demande l'arrêt des procédures doit s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve. L'analyse qui suit lie souvent abus de procédure et arrêt des procédures parce que ce dernier est, comme je l'ai dit, la seule réparation possible dans le contexte de l'application de l'al. 11b). Je tiens néanmoins à souligner que mon examen ici ne vise qu'à déterminer s'il y a eu abus de procédure d'après les faits de la présente affaire.

In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, this Court unanimously affirmed that the doctrine of abuse of process was available in criminal proceedings. In so doing, and as professed by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 613, the Court borrowed the comments of Dubin J.A. in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), in describing the abuse of process doctrine, stating that a stay of proceedings should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where the proceedings are "oppressive or vexatious". The Court also adopted the Ontario Court of Appeal's warning in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases" (p. 614). This was reiterated on many occasions by this Court (see, for example, *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Power*, *supra*).

In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, L'Heureux-Dubé J. explained the underlying purpose of the doctrine of abuse of process as follows:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a confirmé à l'unanimité la possibilité d'appliquer la règle de l'abus de procédure en matière criminelle. Ce faisant, et comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pp. 613 et 614, notre Cour a repris les observations du juge Dubin dans *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.), pour décrire la règle de l'abus de procédure, en affirmant que l'arrêt des procédures devrait être ordonné lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». La Cour a également fait sienne la mise en garde de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Young*, selon laquelle il s'agit d'un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes» (p. 614). Notre Cour a réitéré cela à maintes reprises (voir, par exemple, *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Power*, précité).

Dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, le juge L'Heureux-Dubé a expliqué ainsi la fin qui sous-tend la règle ou doctrine de l'abus de procédure:

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

120

In order to find an abuse of process, the court must be satisfied that, “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted” (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). According to L’Heureux-Dubé J. in *Power*, *supra*, at p. 616, “abuse of process” has been characterized in the jurisprudence as a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. In my opinion, this would apply equally to abuse of process in administrative proceedings. For there to be abuse of process, the proceedings must, in the words of L’Heureux-Dubé J., be “unfair to the point that they are contrary to the interests of justice” (p. 616). “Cases of this nature will be extremely rare” (*Power*, *supra*, at p. 616). In the administrative context, there may be abuse of process where conduct is equally oppressive.

(d) Was the Delay Unacceptable?

121

To constitute a breach of the duty of fairness, the delay must have been unreasonable or inordinate (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). There is no abuse of process by delay *per se*. The respondent must demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. While I am prepared to accept that the stress and stigma resulting from an inordinate delay may contribute to an abuse of process, I am not convinced that the delay in this case was “inordinate”.

122

The determination of whether a delay has become inordinate depends on the nature of the case and its complexity, the facts and issues, the purpose and nature of the proceedings, whether the respondent contributed to the delay or waived the delay, and other circumstances of the case. As previously mentioned, the determination of whether a delay is inordinate is not based on the length of the delay alone, but on contextual factors, including the nature of the various rights at stake in the proceedings, in the attempt to determine whether the

Pour conclure qu’il y a eu abus de procédure, la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] «le préjudice qui serait causé à l’intérêt du public dans l’équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l’intérêt du public dans l’application de la loi, s’il était mis fin à ces procédures» (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le juge L’Heureux-Dubé affirme dans *Power*, précité, à la p. 616, que, d’après la jurisprudence, il y a «abus de procédure» lorsque la situation est à ce point viciée qu’elle constitue l’un des cas les plus manifestes. À mon sens, cela s’appliquerait autant à l’abus de procédure en matière administrative. Pour reprendre les termes employés par le juge L’Heureux-Dubé, il y a abus de procédure lorsque les procédures sont «injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice» (p. 616). «Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares» (*Power*, précité, à la p. 616). Dans le contexte administratif, il peut y avoir abus de procédure lorsque la conduite est tout aussi oppressive.

d) Le délai écoulé était-il inacceptable?

Pour qu’il y ait manquement à l’obligation d’agir équitablement, le délai doit être déraisonnable ou excessif (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le délai ne constitue pas en soi un abus de procédure. La personne visée par des procédures doit établir que le délai était inacceptable au point d’être oppressif et de vicier les procédures en cause. Bien que je sois disposé à reconnaître que le stress et la stigmatisation résultant d’un délai excessif peuvent entraîner un abus de procédure, je ne suis pas convaincu que le délai écoulé en l’espèce était «excessif».

La question de savoir si un délai est devenu excessif dépend de la nature de l’affaire et de sa complexité, des faits et des questions en litige, de l’objet et de la nature des procédures, de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai, et d’autres circonstances de l’affaire. Comme nous l’avons vu, la question de savoir si un délai est excessif et s’il est susceptible de heurter le sens de l’équité de la collectivité dépend non pas uniquement de la longueur de ce délai, mais de facteurs contextuels,

community's sense of fairness would be offended by the delay.

With respect to the actual length of the delay in this case and whether it had been "unacceptable", Lowry J. noted that, unlike the cases to which he had been referred, there was no extended period without any activity in the processing of the Complaints from receipt to referral, except for an inexplicable five-month period of inaction from April 10, 1996, when the respondent provided his substantive response to the Complaints, to September 6, 1996, when human rights officers were assigned to investigate the Complaints. The Commission's counsel provided no explanation or excuses for this five-month gap at the oral hearing. However, according to a letter to the complainant and the respondent dated March 6, 1996, the Council referred to a period of "adjustment" where investigative resources were being transferred from the Employment Standards Branch to the Council and that from then on the Council was to conduct its own investigations. This letter also stated that some investigations would be commenced prior to April 1, 1996, beginning with those complaints that had experienced the longest delays. The Council stated that it appreciated the parties' patience in waiting to be notified as to when the investigation would begin. Lowry J. found that, other than during this five-month period, communication had been ongoing between the Council, solicitors and complainants, and the respondent had not been ignored. There had been a continuous dialogue between the parties (at para. 39).

With respect to calculating the delay, Lowry J. found that the only time that could be considered for the delay was between the filing of the Complaint to the end of the investigation process, in July. He stated that the Tribunal could not be criticized for not setting the hearing dates earlier as the respondent did not press for earlier dates, did not question the fixed dates and cancelled the pre-hearing conference. While the respondent did at one point inquire as to whether one of the Complaints could be set for hearing without investiga-

tion, dont la nature des différents droits en jeu dans les procédures.

En ce qui concerne la longueur du délai en l'espèce et la question de savoir si elle est «inacceptable», le juge Lowry a fait remarquer que, contrairement aux affaires qui lui ont été mentionnées, il n'y avait pas eu de période prolongée d'inactivité dans le traitement des plaintes entre leur dépôt et leur renvoi au Tribunal, à l'exception d'une période inexplicable de cinq mois d'inactivité comprise entre le 10 avril 1996, date à laquelle l'intimé a répondu aux plaintes sur le fond, et le 6 septembre 1996, date à laquelle des agents des droits de la personne ont été chargés d'enquêter sur les plaintes. À l'audience, l'avocat de la Commission n'a fourni aucune explication ni aucune excuse au sujet de cet intervalle de cinq mois. Toutefois, dans une lettre datée du 6 mars 1996 et adressée à la plaignante et à l'intimé, le Conseil a parlé d'une période d'«ajustement» pendant laquelle des enquêteurs de la division des normes d'emploi avaient été mutés chez lui pour qu'il mène dorénavant ses propres enquêtes. La lettre précisait également que certaines enquêtes débuteraient avant le 1^{er} avril 1996 et que la priorité serait accordée aux plaintes dont l'examen avait le plus tardé. Le Conseil remerciait les parties de la patience dont elles feraient preuve en attendant d'être informées de l'ouverture de l'enquête. Le juge Lowry a conclu que, en dehors de cette période de cinq mois, la communication avait été constante entre la Commission, les avocats et les plaignantes, et que l'intimé n'avait pas été tenu à l'écart. Le dialogue s'était poursuivi de façon ininterrompue entre les parties (au par. 39).

Au sujet du calcul du délai, le juge Lowry a conclu que seule la période comprise entre le dépôt de la plainte et la fin de l'enquête, en juillet, pouvait être prise en considération. Il a dit qu'on ne pouvait reprocher au Tribunal de ne pas avoir fixé des dates d'audience plus rapprochées, étant donné que l'intimé ne lui avait pas demandé de le faire, qu'il n'avait pas contesté les dates fixées ni annulé la conférence préparatoire à l'audience. Même si, à un moment donné, l'intimé M. Blencoe s'était enquis de la possibilité de faire inscrire au rôle

tion, this would have required a concession that there was sufficient evidence to warrant a hearing, a concession which Mr. Blencoe was not prepared to make. Following Lowry J.'s reasoning, the delay would be computed until July 1997, thus reducing the delay from 32 months to 24 months.

125 During those 24 months, the Commission also had to deal with a challenge by the respondent as to the lateness of the Complaints and his accusation that the Complaints were in bad faith. The respondent refused to respond to the allegations until this determination was made. As a result, the process was delayed for some eight months. The respondent was perfectly entitled to bring forward allegations of bad faith and to question the timeliness of the Complaints. However, the Commission should not be held responsible for contributing to this part of the delay. In this regard, Lowry J. stated (at para. 42):

It is not suggested that Mr. Blencoe was not entitled to challenge the complaints, as he did at the outset, but having done so, and having been unsuccessful, it is not in my view open to him now to claim that the events of the eight months elapsed contributed to an unacceptable delay.

Thus, while the respondent was entitled to take the steps he did, the Court of Appeal wrongly considered the delay attributable to the aforementioned challenges in computing the delay caused by the Commission. Clearly much of this delay resulted from the respondent's actions, though there appear to be other delays caused by the Commission. As expressed by Lambert J.A., at para. 29, some of the delay was attributable to the Commission, some to the respondent, but very little of it was attributable to either of the two complainants — Ms. Schell or Ms. Willis.

126 The arguments advanced by the parties before us rely heavily on criminal judgments where delay was considered in the context of s. 11(b) or s. 7 of the *Charter*. It must be kept in mind, as mentioned in paras. 93-95, that the human rights process of receiving complaints, investigating them, determining whether they are substantial enough to

l'une des plaintes sans qu'une enquête n'ait lieu, il aurait fallu qu'il reconnaisse que la preuve était suffisante pour justifier la tenue d'une audience, ce qu'il n'était pas disposé à faire. Selon le raisonnement du juge Lowry, le délai serait calculé jusqu'en juillet 1997, de sorte qu'il passerait de 32 mois à 24 mois.

Au cours de ces 24 mois, la Commission a également été saisie d'une contestation de l'intimé fondée sur le caractère tardif des plaintes, et de son argument que ces plaintes avaient été portées de mauvaise foi. Il refusait de répondre aux allégations jusqu'à ce que l'on ait statué sur ces points. Le processus a donc été retardé d'environ huit mois. L'intimé avait parfaitement le droit d'alléguer la mauvaise foi et le non-respect du délai imparti pour porter plainte. Cependant, la Commission ne devrait pas être tenue responsable d'avoir contribué à cette partie du délai. Voici ce que le juge Lowry a dit à ce sujet (au par. 42):

[TRADUCTION] On n'affirme pas que M. Blencoe n'avait pas le droit de contester les plaintes comme il l'a fait au départ, mais j'estime qu'il ne peut pas, après avoir exercé ce droit en vain, prétendre maintenant que les événements qui sont survenus pendant les huit mois qui se sont écoulés ont contribué à l'écoulement d'un délai inacceptable.

Donc, même si l'intimé avait le droit de faire les démarches qu'il a faites, la Cour d'appel a eu tort de tenir compte du délai attribuable aux contestations susmentionnées pour calculer le délai imputable à la Commission. Il est clair que ce délai résulte en bonne partie des actes de l'intimé, quoique la Commission semble avoir eu par ailleurs sa part de responsabilité. Comme l'a dit le juge Lambert, au par. 29, le délai était attribuable en partie à la Commission et en partie à l'intimé, mais il l'était très peu à l'une ou l'autre des deux plaignantes, M^{me} Schell ou M^{me} Willis.

Les arguments que les parties ont avancés devant nous s'appuient en grande partie sur des jugements en matière criminelle où un délai était examiné à la lumière de l'al. 11(b) ou de l'art. 7 de la *Charte*. Comme je l'ai mentionné aux par. 93 à 95, il faut se rappeler que le processus consistant à recevoir des plaintes fondées sur les droits de la

investigate and report and then to refer the matter to the Tribunal for hearing is a very different process from the criminal process. The British Columbia human rights process is designed to protect respondents by ensuring that cases are not adjudicated unless there is some basis for the claims to go forward and unless the issue cannot be disposed of prior to adjudication. Pursuant to s. 27 of the *Human Rights Code*, the Commission may dismiss a complaint if, *inter alia*, it is brought too late, the acts alleged do not contravene the Code, there is no reasonable basis for referring the complaint to a hearing, if it does not appear to be in the interest of the group bringing the complaint, the complaint was filed for improper motives or if the complaint was made in bad faith. The Commission therefore performs a gatekeeping or screening function, preventing those cases that are trivial or insubstantial from proceeding. There is also the goal of settlement through mediation which is lacking in the criminal context. The human rights process thus takes a great deal more time prior to referring a complaint to the Tribunal for hearing.

The principles of natural justice also require that both sides be given an opportunity to participate in reviewing documents at various stages in the process and to review the investigation report. The parties therefore have a chance to make submissions before a referral is made to the Tribunal. These steps in the process take time. Indeed, the Commission was under a statutory obligation to proceed as it did. The process itself was not challenged in this case. True, the Commission took longer than is desirable to process these Complaints. I am not condoning that. Nevertheless, McEachern C.J.B.C. has exaggerated in stating that “a week at the outside would have sufficed” to investigate these Complaints (para. 51). While the case may not have been an extremely complicated one, these stages are necessary for the protection

personne, à enquêter à leur sujet, à déterminer si elles justifient la tenue d’une enquête, à rédiger un rapport et à renvoyer l’affaire au Tribunal pour qu’il l’entende est fort différent du processus en matière criminelle. Le processus en matière de droits de la personne qui a cours en Colombie-Britannique est conçu pour protéger les personnes qui font l’objet d’une plainte en assurant qu’une audience ne sera tenue que si la plainte a un minimum de fondement et que si la question ne peut pas être réglée préalablement. Selon l’art. 27 du *Human Rights Code*, la Commission peut notamment rejeter une plainte si elle est présentée tardivement, si les faits allégués ne contreviennent pas au Code, s’il n’y a aucun motif raisonnable de la renvoyer pour audience, si elle semble contraire aux intérêts du groupe qui porte plainte ou encore si elle a été portée de mauvaise foi ou pour des motifs répréhensibles. La Commission exerce donc une fonction de contrôle ou de tri et empêche ainsi les affaires frivoles ou sans fondement de suivre leur cours. Il y a également l’objectif de règlement par la médiation qui est absent du contexte du droit criminel. Le processus en matière de droits de la personne qui précède le renvoi de la plainte au Tribunal pour qu’il tienne une audience est donc beaucoup plus long.

Les principes de justice naturelle exigent en outre que les deux parties puissent examiner les documents aux différentes étapes du processus et prendre connaissance du rapport d’enquête. Les parties ont donc la possibilité de présenter des observations avant que l’affaire soit renvoyée au Tribunal. Ces étapes allongent d’autant le processus. En réalité, la Commission était tenue par la loi de procéder comme elle l’a fait. Le processus comme tel n’a pas été contesté en l’espèce. Il est vrai que la Commission a pris plus de temps que ce qui est souhaitable pour traiter les plaintes, ce qui n’est pas excusable selon moi. Toutefois, le juge en chef McEachern a exagéré lorsqu’il a dit [TRADUCTION] «qu’il aurait suffi tout au plus d’une semaine» pour enquêter sur ces plaintes (par. 51). Même s’il se peut que l’affaire n’ait pas été extrêmement compliquée, ces étapes sont nécessaires pour assurer la protection de la personne qui fait l’objet d’une plainte fondée sur les droits de la per-

of the respondents in the context of the human rights complaints system.

sonne, lorsque vient le temps d'examiner cette plainte.

128 The Commission seems to have handled the Complaints against Mr. Blencoe in the same manner as it handles all of its human rights complaints. The respondent argues that the Commission should have been sensitive to his particular needs and to have consequently expedited his Complaints on a priority basis. However, as professed by Lowry J., there is, "little if anything in the record to suggest that Mr. Blencoe raised with the Commission any of the hardship he has suffered or that he sought to be afforded any priority on that basis" (para. 45).

La Commission semble avoir traité les plaintes portées contre M. Blencoe de la même manière qu'elle le fait pour toutes les autres plaintes fondées sur les droits de la personne dont elle est saisie. L'intimé fait valoir qu'elle aurait dû tenir compte de ses besoins particuliers et, par conséquent, traiter en priorité les plaintes dont il faisait l'objet. Cependant, comme l'a affirmé le juge Lowry, [TRADUCTION] «il n'y a que peu ou pas d'éléments du dossier qui indiquent que M. Blencoe a informé la Commission des difficultés qu'il éprouvait ou qu'il a demandé qu'on lui accorde la priorité pour ce motif» (par. 45).

129 In *Kodellas, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal held that the determination of whether the delay is unreasonable is, in part, a comparative one whereby one can compare the length of delay in the case at bar with the length of time normally taken for processing in the same jurisdiction and in other jurisdictions in Canada. While this factor has limited weight, I would note that in this regard, on average, it takes the Canadian Human Rights Commission 27 months to resolve a complaint (J. Simpson, "Human Rights Commission Mill Grinds Slowly", *The Globe & Mail* (October 1, 1998), p. A18, as quoted in R. E. Hawkins, "Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions" (2000), 25 *Queen's L.J.* 599, at p. 600). In Ontario, the average length of complaints, according to the *Annual Report 1997-1998 of the Ontario Human Rights Commission* (1998), at p. 24, is 19.9 months. The respondent's counsel at the oral hearing quoted a report of the British Columbia Ministry where the average time to get to a hearing in British Columbia is three years.

Dans *Kodellas*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que l'exercice consistant à déterminer si un délai est déraisonnable est en partie comparatif, du fait qu'il permet de comparer la durée du délai dans l'affaire en cause au délai qui est normalement nécessaire pour procéder dans le même ressort ou ailleurs au Canada. Bien que ce facteur ait une importance limitée, je tiens à souligner, à cet égard, que la Commission canadienne des droits de la personne met en moyenne 27 mois à régler une plainte (J. Simpson, «Human Rights Commission Mill Grinds Slowly», *The Globe & Mail* (1^{er} octobre 1998), p. A18, cité dans R. E. Hawkins, «Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions» (2000), 25 *Queen's L.J.* 599, à la p. 600). En Ontario, selon le *Rapport annuel 1997-1998 de la Commission ontarienne des droits de la personne* (1998), à la p. 26, la durée moyenne du traitement d'une plainte est de 19,9 mois. À l'audience, l'avocat de l'intimé a cité un rapport du ministère responsable en Colombie-Britannique selon lequel le délai d'obtention d'une audience dans la province est en moyenne de trois ans.

130 The delay in the case at bar should be compared to that in analogous cases. In *Nisbett*, the sexual harassment complaint had been outstanding for approximately three years. In *Canadian Airlines*, there was a 50-month delay between the filing of the complaint and the appointment of an investigator. In *Stefani*, there was a delay of two years and

Le délai écoulé en l'espèce devrait être comparé à celui constaté dans des affaires analogues. Dans l'affaire *Nisbett*, environ trois années s'étaient écoulées depuis le dépôt de la plainte de harcèlement sexuel. Dans l'affaire *Lignes aériennes Canadien*, 50 mois s'étaient écoulés entre le dépôt de la plainte et la désignation d'un enquêteur. Dans

three months between the complaint and the inspection and an additional six- or seven-month delay which followed. In *Brown*, a three-year period had elapsed prior to serving the petitioner with notice of the inquiry. In *Misra*, there was a five-year delay during which time Misra was suspended from the practice of medicine. Finally, in *Ratzlaff*, it had been seven years before the physician received a hearing notice.

A review of the facts in this case demonstrates that, unlike the aforementioned cases where there was complete inactivity for extremely lengthy periods, the communication between the parties in the case at bar was ongoing. While Lowry J. acknowledged the five-month delay of inactivity, on balance, he found no unacceptable delay and considered the time that elapsed to be nothing more “than the time required to process complaints of this kind given the limitations imposed by the resources available” (para. 47). Lowry J. concluded as follows (at para. 49):

In my view, it cannot be said that the Commission or the Tribunal have acted unfairly toward Mr. Blencoe. They have caused neither an unacceptable delay in the process nor a prejudice to him whereby fairness of the hearings scheduled to be conducted next month have been compromised. There has been no denial of natural justice and, accordingly, Mr. Blencoe’s petition for judicial review cannot succeed.

As expressed by Salmon L.J. in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), at p. 561, “it should not be too difficult to recognise inordinate delay when it occurs”. In my opinion, the five-month inexplicable delay or even the 24-month period from the filing of the Complaints to the referral to the Tribunal was not so inordinate or inexcusable as to amount to an abuse of process. Taking into account the ongoing communication between the parties, the delay in this case does not strike me as one that would offend the community’s sense of decency and fairness. While I would not presume to fix a specified period for a reasonable delay, I am satisfied that

l’affaire *Stefani*, deux ans et trois mois s’étaient écoulés entre le dépôt de la plainte et le début de l’inspection, à quoi s’étaient ajoutés six ou sept mois supplémentaires. Dans l’affaire *Brown*, trois années s’étaient écoulées avant qu’un avis d’enquête soit signifié au requérant. Dans l’affaire *Misra*, un délai de cinq ans s’était écoulé, pendant lequel M. Misra s’était vu retirer son permis d’exercer la médecine. Enfin, dans l’affaire *Ratzlaff*, sept ans s’étaient écoulés avant que le médecin reçoive un avis d’audience.

L’examen des faits en l’espèce démontre que, contrairement aux affaires susmentionnées où il y a eu des périodes d’inactivité complète extrêmement longues, la communication entre les parties est demeurée constante. Bien qu’il ait reconnu que le dossier était demeuré inactif pendant cinq mois, le juge Lowry a jugé que ce délai n’était pas inacceptable en fin de compte et qu’il ne représentait rien de plus [TRADUCTION] «que le temps nécessaire pour traiter les plaintes de ce genre compte tenu des limites imposées par les ressources disponibles» (par. 47). Le juge Lowry a tiré la conclusion suivante (au par. 49):

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut dire que la Commission ou le Tribunal ont été inéquitables envers M. Blencoe. Ni l’un ni l’autre n’est à l’origine d’un délai inacceptable ou n’a causé à M. Blencoe un préjudice qui aurait eu pour effet de compromettre l’équité des audiences qui devaient avoir lieu le mois suivant. Il n’y a pas eu de déni de justice naturelle et, en conséquence, la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Blencoe ne peut être accueillie.

Comme l’a dit le lord juge Salmon dans *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), à la p. 561, [TRADUCTION] «il ne devrait pas être trop difficile de reconnaître un délai excessif lorsqu’il se produit». Selon moi, le délai inexplicable de cinq mois ou même le délai de 24 mois qui s’est écoulé entre le dépôt des plaintes et le renvoi au Tribunal n’était ni excessif ni inexcusable au point de constituer un abus de procédure. Vu la communication constante entre les parties, le délai en l’espèce ne me paraît pas être de ceux qui heurteraient le sens de la justice et de la décence de la société. Même si je ne saurais préciser la durée d’un délai raisonnable, je suis

the delay in this case was not so inordinate as to amount to an abuse of process.

convaincu que le délai en l'espèce n'était pas excessif au point de constituer un abus de procédure.

133 As noted in the discussion pertaining to the application of s. 7 of the *Charter* (paras. 59 to 72), I am also concerned with the causal connection in this case. There must be more than merely a lengthy delay for an abuse of process; the delay must have caused actual prejudice of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected. While Mr. Blencoe and his family have suffered obvious prejudice since the various sexual harassment allegations against him were made public, as explained above, I am not convinced that such prejudice can be said to result directly from the delay in the human rights proceedings. As in the *Charter* analysis above, I have simply assumed without deciding, for the purpose of my analysis, that the delay caused by the Commission was a contributory cause of the respondent's prejudice.

Comme je l'ai souligné en procédant à l'analyse concernant l'application de l'art. 7 de la *Charte* (par. 59 à 72), je suis également préoccupé par la question du lien causal en l'espèce. Pour qu'il y ait abus de procédure, le délai écoulé doit, outre sa longue durée, avoir causé un préjudice réel d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la décence du public. Bien que M. Blencoe et les membres de sa famille aient manifestement subi un préjudice en raison de la publicité qui a entouré les diverses allégations de harcèlement sexuel, comme je l'ai expliqué précédemment, je ne suis pas convaincu qu'on peut dire que ce préjudice résulte directement du délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Comme je l'ai fait dans l'analyse précédente relative à la *Charte*, j'ai simplement tenu pour acquis, sans pour autant le décider, aux fins de mon analyse, que le délai imputable à la Commission avait contribué à causer un préjudice à l'intimé.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

134 To summarize, it cannot be said that the respondent's s. 7 rights were violated nor that the conduct of the Commission amounted to an abuse of process. However, I emphasize that nothing in these reasons has any bearing on the merits of the case before the Tribunal.

En résumé, on ne saurait dire qu'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7 ou que la conduite de la Commission a constitué un abus de procédure. Cependant, je souligne que les présents motifs ne devraient avoir aucune incidence sur le bien-fondé de l'affaire devant le Tribunal.

135 Nevertheless, I am very concerned with the lack of efficiency of the Commission and its lack of commitment to deal more expeditiously with complaints. Lack of resources cannot explain every delay in giving information, appointing inquiry officers, filing reports, etc.; nor can it justify inordinate delay where it is found to exist. The fact that most human rights commissions experience serious delays will not justify breaches of the principles of natural justice in appropriate cases. In *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 795, the Court stated that in the context of s. 11(b) of the *Charter*, the government "has a constitutional obligation to commit sufficient resources to prevent unreasona-

Je suis néanmoins très préoccupé par l'inefficacité de la Commission et par l'absence d'engagement de sa part à traiter plus rapidement les plaintes dont elle est saisie. Le manque de ressources ne peut pas expliquer tous les délais en matière de communication des renseignements, de désignation d'enquêteurs, de dépôt de rapports, etc.; il ne peut pas justifier non plus un délai jugé excessif. Le fait que la plupart des commissions des droits de la personne connaissent de sérieux délais ne justifie pas la violation des principes de justice naturelle dans des cas appropriés. Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 795, la Cour a dit, au sujet de l'application de l'al. 11b) de

ble delay". The demands of natural justice are apposite.

I would allow the appeal. The Court of Appeal decision is set aside and the Tribunal should proceed with the hearing of the Complaints on their merits. Considering the lack of diligence displayed by the Commission, I would nevertheless exercise the Court's discretion under s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to award costs against the appellant Commission in favour of Robin Blencoe, Andrea Willis and Irene Schell.

The reasons of Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) — The reasons of Justice Bastarache fully review the judicial history and the factual background of this case, and I do not intend to summarize them again. I shall refer only to such elements of the evidence and of the history of this case, as may be required, for the purpose of my analysis.

I. The Issues

The parties have fought this case mainly on *Charter* issues. In the end, this approach turned into a constitutional problem, something that it was not. The important and determinative issue should have been the role of judicial review and administrative law principles in the control of undue delay in administrative tribunal proceedings. Given that human rights commissions are administrative law creations, the first place we should look for solutions to problems in their processes is in the realm of administrative law. If the relevant administrative law remedy had been applied, the trial judge should have found that there had been undue delay in the process of the British Columbia Human Rights Commission (formerly the British Columbia Council of Human Rights), that this delay was abusive, and that some

la *Charte*, que le gouvernement «a l'obligation constitutionnelle d'attribuer des ressources suffisantes pour prévenir tout délai déraisonnable». Les exigences de la justice naturelle sont pertinentes.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. L'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le Tribunal devrait procéder à l'audition des plaintes au fond. Toutefois, vu l'absence de diligence manifestée par la Commission appelante, je suis d'avis de lui ordonner de payer les dépens de Robin Blencoe, Andrea Willis et Irene Schell, en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, confère à notre Cour.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) — Dans ses motifs, le juge Bastarache fait un examen complet des procédures et des faits de la présente affaire, de sorte que je ne compte pas les résumer à nouveau. Je vais mentionner seulement les éléments de preuve et les faits qui seront nécessaires pour les fins de mon analyse.

I. Les questions en litige

L'argumentation des parties a surtout porté sur des questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En définitive, le problème qui se posait est, de ce fait, devenu à tort un problème constitutionnel. La question importante et déterminante aurait dû être celle du rôle que le contrôle judiciaire et les principes du droit administratif jouent en matière de prévention des délais injustifiés dans des procédures devant un tribunal administratif. Étant donné que les commissions des droits de la personne sont des créatures du droit administratif, c'est dans le domaine du droit administratif qu'il nous faut d'abord chercher des solutions aux problèmes que posent leurs procédures. Si la réparation appropriée en droit administratif avait été appliquée, le juge de première instance aurait dû conclure qu'il y a eu un délai injustifié dans les procédures de la British Columbia Human Rights Commission (auparavant British Columbia Council of Human Rights) («Commission des

136

137

138

form of remedy should have been granted to the respondent Blencoe.

139 Nevertheless, I agree that a stay of proceedings was not warranted in the circumstances of the case and should be lifted, as suggested by Bastarache J. Such a remedy took no consideration of the interest of the complainants Irene Schell and Andrea Willis in the proceedings of the British Columbia Human Rights Commission (“Commission”). Nobody benefits from delay, but the interests of innocent parties must influence our choice of remedy. The Court of Appeal seems to have dealt with this case as if it were a pure conflict between the respondent and the state, without taking into account that the complainants Schell and Willis also had an important interest in an efficient disposition of their allegations against Blencoe and in the correct and timely application of the appropriate administrative law remedies.

II. The Administrative Law Doctrine of Abuse of Process and the Control of Undue Delay

140 Unnecessary delay in judicial and administrative proceedings has long been an enemy of a free and fair society. At some point, it is a foe that has plagued the life of almost all courts and administrative tribunals. It’s a problem that must be brought under control if we are to maintain an effective system of justice, worthy of the confidence of Canadians. The tools for this task are not to be found only in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but also in the principles of a flexible and evolving administrative law system.

141 The legal doctrines that have developed both under the common law and under the *Charter* to respond to delay are certainly not simple. But the facts of this case point to one inescapable conclusion: the respondent, Robin Blencoe, faced unreasonable delay that violated administrative law principles of fairness in the management of the

droits de la personne de la Colombie-Britannique» ou «Commission»), que ce délai était excessif et qu’une forme quelconque de réparation devait être accordée à l’intimé Blencoe.

Je conviens néanmoins qu’un arrêt des procédures n’était pas justifié dans les circonstances de l’affaire et qu’il devrait être annulé, comme le propose le juge Bastarache. Cette réparation ne tenait aucun compte de l’intérêt que les plaignantes Irene Schell et Andrea Willis avaient dans les procédures de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique. Un délai n’est avantageux pour personne, mais les intérêts de parties innocentes doivent influencer notre choix d’une réparation. La Cour d’appel semble avoir considéré qu’il s’agissait en l’espèce d’un simple différend entre l’intimé et l’État, sans tenir compte du fait que les plaignantes Schell et Willis avaient elles aussi considérablement intérêt à ce qu’il soit statué efficacement sur leurs allégations contre Blencoe et à ce que les réparations appropriées en droit administratif soient accordées correctement et en temps opportun.

II. La règle de l’abus de procédure en droit administratif et la prévention des délais injustifiés

Ce n’est pas d’hier que les délais inutiles dans les procédures judiciaires et les procédures administratives sont qualifiés de contraires à une société libre et équitable. Il s’agit jusqu’à un certain point d’un fléau qui touche presque tous les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. C’est un problème qu’il faut régler pour assurer le maintien d’un système de justice efficace et digne de la confiance des Canadiens et des Canadiennes. La solution à ce problème réside non seulement dans l’application de la *Charte*, mais également dans celle des principes d’un régime de droit administratif souple et en évolution constante.

Les règles juridiques qui ont été établies en vertu de la common law et de la *Charte* afin de remédier au problème des délais ne sont sûrement pas simples. Cependant, les faits de la présente affaire amènent inévitablement à conclure que l’intimé, Robin Blencoe, a été victime d’un délai déraisonnable contraire aux principes, reconnus en

process of an administrative tribunal or body. Those principles concern not only the fairness of the hearing and of the final decision, but the very conduct of the procedures leading to the disposition in the matter. In these reasons, I shall now examine those principles and the nature of the remedy that appears just and appropriate after giving due consideration to the interests of all parties concerned by this long and frustrating judicial debate.

III. The Application for Judicial Review

This case came before the courts when Blencoe brought a petition for judicial review. Lowry J., in the British Columbia Supreme Court, denied any remedy under administrative law principles because, in his opinion, Blencoe had not established any prejudice that related “directly to the ability to respond to the complaint in an evidentiary sense” ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, at para. 37). Judicial review would thus be essentially limited to assessing the impact of the delay on the hearing and the decision.

Some case law did support this approach. In *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, the Manitoba Court of Appeal searched for delay that caused prejudice to an individual’s right to a fair and full hearing. In *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464, at p. 466, the Ontario Divisional Court explicitly followed the *Nisbett* analysis.

However, these decisions seem to have been exceptions in an otherwise steady progression toward a broader vision of administrative law abuse of process doctrine and the remedies that it provides for unreasonable delay. Administrative law abuse of process doctrine is fundamentally about protecting people from unfair treatment by administrative agencies. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 631, Dickson J. (as he then was)

droit administratif, de l’équité en matière de gestion des procédures d’un tribunal ou d’un organisme administratif. Ces principes concernent non seulement l’équité de l’audience et de la décision finale, mais encore le déroulement même des procédures menant au règlement de l’affaire. Dans les présents motifs, je vais maintenant examiner ces principes et la nature de la réparation qui paraît juste et appropriée, compte tenu, comme il se doit, des intérêts de toutes les parties touchées par ce long et frustrant débat judiciaire.

III. La demande de contrôle judiciaire

Les procédures devant les tribunaux ont commencé avec le dépôt par Blencoe d’une demande de contrôle judiciaire. Le juge Lowry de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé toute réparation fondée sur les principes du droit administratif parce que, à son avis, Blencoe n’avait pas établi l’existence d’un préjudice lié [TRADUCTION] «directement à sa capacité de répondre à la plainte en produisant des éléments de preuve» ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, au par. 37). Ainsi, le contrôle judiciaire consisterait essentiellement à évaluer l’incidence du délai sur l’audience et la décision.

Une partie de la jurisprudence appuyait ce point de vue. Dans l’arrêt *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, la Cour d’appel du Manitoba s’est demandé si un délai avait porté atteinte au droit d’une personne à une audience complète et équitable. Dans *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464, à la p. 466, la Cour divisionnaire de l’Ontario a explicitement suivi l’analyse effectuée dans l’arrêt *Nisbett*.

Toutefois, ces décisions semblent avoir constitué des accidents de parcours dans une évolution par ailleurs constante vers une conception plus large de la règle de l’abus de procédure en droit administratif et des réparations qu’elle offre en cas de délai déraisonnable. Cette règle de l’abus de procédure en droit administratif vise fondamentalement à protéger les gens contre tout traitement inéquitable de la part d’organismes administratifs. Dans l’arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l’Insti-*

142

143

144

described the administrative law principle of fairness in these classic terms:

In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and fairness.

When we ask whether there has been an administrative law abuse of process, we ask the same fundamental question: has an administrative agency treated people inordinately badly?

IV. Historical Context

145 This question, however, does not exist outside of a legal historical context, through which we must trace the role of courts on these kinds of questions up to the present day. Two fundamental aspects of the common law's history are relevant to the rules in this area: (1) the common law system's abhorrence of delay; and (2) the common law's development as to the power of courts to monitor the processes of administrative bodies.

146 The notion that justice delayed is justice denied reaches back to the mists of time. In *Magna Carta* in 1215, King John promised: "To none will we sell, to none will we deny, or delay, right or justice" (emphasis added). As La Forest J. put it, the right to a speedy trial has been "a right known to the common law . . . for more than 750 years" (*R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 636). In criminal law cases, this Court had no difficulty determining in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1227, that "the right to be tried within a reasonable time is an aspect of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*". Outside the criminal law context, legislators have devised limitation periods, and courts have developed equitable doctrines such as that of laches. For centuries, those working with our legal system have recognized

tution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 631, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit le principe de l'équité en droit administratif en ces termes classiques:

En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

Lorsque nous nous demandons s'il y a eu abus de procédure selon le droit administratif, nous nous posons la même question fondamentale: un organisme administratif a-t-il traité des gens excessivement mal?

IV. Le contexte historique

La question ne se pose cependant pas en dehors d'un contexte juridique historique dans lequel nous devons examiner le rôle que les tribunaux judiciaires ont joué jusqu'à ce jour en la matière. Deux aspects fondamentaux de l'histoire de la common law sont pertinents quant aux règles applicables dans ce domaine: (1) l'aversion de la common law pour les délais, et (2) l'évolution de la common law en ce qui concerne le pouvoir des tribunaux judiciaires de surveiller les procédures d'organismes administratifs.

L'idée que la justice différée est un déni de justice ne date pas d'hier. Dans la *Magna Carta* de 1215, le roi Jean a pris l'engagement suivant: [TRADUCTION] «À aucun nous ne vendrons, à aucun nous ne refuserons ni différons droit ou justice» (je souligne). Comme l'a dit le juge La Forest, le droit à un procès expéditif «est connu en *common law* depuis plus de 750 ans» (*R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 636). En matière de droit criminel, notre Cour n'a pas hésité à conclure, dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, à la p. 1227, que «le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un aspect de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*». En dehors du contexte du droit criminel, le législateur a établi des délais de prescription, et les cours de justice, des règles d'*equity* comme celle du manque de dili-

that unnecessary delay strikes against its core values and have done everything within their powers to combat it, albeit not always with complete success.

Under the common law, courts have gradually developed the power to monitor the processes of administrative bodies and their legality. There is today no doubt that “[t]he superior courts have the inherent power to review the legality of administrative actions” (D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 6). Unnecessary delay is not excluded from the scope of judicial review.

This supervisory power over administrative processes developed from the very beginnings of the prerogative writ most apropos in the case before us. *Mandamus* is a storied writ. At its origins, it empowered the Court of King’s Bench to order a court or an administrative body to do its duty: Sir W. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 229; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1768), Book III, at p. 110. In the original cases that recognized it, the writ was used largely to prevent the procedurally illegitimate exclusion of citizens who were members of certain disliked groups from municipal offices: see *Bagg’s Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; and *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143, at p. 1143. But there was always the possibility of something much greater in the writ, and Lord Mansfield would go so far as to announce its prospective use “upon all occasions where the law has established no specific remedy, and where in justice and good government there ought to be one” (*R. v. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823, at pp. 824-25 (emphasis added). Cf. *Bagg’s Case*, *supra*, at pp. 1277-78, referring generally to “misgovernment”.) The writ always promised the possibility of ensuring that governmental officers would not shirk their duty to keep processes operating efficiently. Perhaps significantly, the very words of the original form of the writ referred to

gence. Depuis des siècles, les gens qui œuvrent dans notre système juridique reconnaissent que les délais inutiles vont à l’encontre des valeurs fondamentales qui le sous-tendent et ils font tout ce qu’ils peuvent pour les éliminer, même s’ils ne parviennent pas toujours à le faire complètement.

Sous le régime de la common law, les cours de justice se sont progressivement donné le pouvoir de surveiller les procédures des organismes administratifs et leur légalité. Il ne fait désormais aucun doute que [TRADUCTION] «[l]es cours supérieures ont le pouvoir inhérent d’examiner la légalité de mesures administratives» (D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3^e éd. 1999), à la p. 6). Les délais inutiles n’échappent pas au contrôle judiciaire.

Ce pouvoir de surveillance des procédures administratives qui remonte aux origines du bref de prerogative est des plus à-propos en l’espèce. Le *mandamus* possède une longue histoire. À l’origine, il habilitait la Cour du Banc du Roi à ordonner à un tribunal judiciaire ou à un organisme administratif de faire son devoir: sir W. Holdsworth, *A History of English Law* (7^e éd. 1956), vol. I, à la p. 229; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1768), livre III, à la p. 110. Dans les premières affaires où il a été appliqué, le bref a servi en grande partie à empêcher que des membres de groupes abhorrés soient écartés illégitimement d’une charge municipale: voir *Bagg’s Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271, et *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143, à la p. 1143. Cependant, il était toujours possible que le bref ait une portée plus grande, et lord Mansfield a même dit qu’il pourrait être utilisé [TRADUCTION] «chaque fois que la common law ne prévoit aucune réparation particulière et que la justice et le bon gouvernement exigent qu’il y ait réparation» (*R. c. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823, aux pp. 824 et 825 (je souligne). Comparer avec *Bagg’s Case*, précité, aux pp. 1277 et 1278, où il est généralement question de [TRADUCTION] «mauvais gouvernement»). Grâce au bref, il était toujours possible de veiller à ce qu’un fonctionnaire de l’État ne manque pas à son obligation de veiller au déroulement efficace des procédures. Ce qui peut être

147

148

“debitam et festinam justiciam” — due and speedy justice (Holdsworth, *supra*, app. XV, at p. 659).

V. Modern Developments

149

Today, there is no doubt that mandamus may be used to control procedural delays. In the middle of the last century, a British Columbia Court of Appeal judgment recognized the principles behind mandamus, stating that “[t]he high prerogative writ of mandamus was brought into being to supply defects in administering justice” (*The King ex rel. Lee v. Workmen’s Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665, at p. 678). It went on to note that the granting of mandamus was “to be governed by considerations which tend to the speedy and inexpensive as well as efficacious administration of justice” (at p. 678, cited with approval in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561). Members of our Court have on occasion alluded to the use of mandamus specifically to control delay. (See notably: *R. v. Bradley*, [1941] S.C.R. 270, at p. 277, *per* Duff C.J.; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, at p. 1027, *per* Laskin C.J.; and *Rahey*, *supra*, at pp. 624-25, *per* Wilson J., and p. 631, *per* La Forest J.) And there exists a specific line of case law in the administrative context of immigration law that endorses just such a development, particularly where delay creates hardship: e.g., *Muia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410 (C.A.), at para. 24; *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.); and *Kiani v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at para. 34. In such a context in *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.), at p. 317, Strayer J. offers this widely quoted statement:

significatif, le libellé même du bref original parlait de «*debitam et festinam justiciam*» — justice régulière et expéditive (Holdsworth, *op. cit.*, app. XV, à la p. 659).

V. Évolution récente

De nos jours, il ne fait aucun doute que le mandamus peut servir à limiter les délais procéduraux. Au milieu du siècle dernier, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu, dans un arrêt, les principes qui sous-tendent le mandamus en disant que [TRADUCTION] «[I]a raison d’être du bref de prérogative qu’est le mandamus est de remédier aux vices de l’administration de la justice» (*The King ex rel. Lee c. Workmen’s Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665, à la p. 678). La Cour d’appel a ajouté que la délivrance d’un mandamus devait être [TRADUCTION] «régie par des considérations qui contribuent à une administration de la justice expéditive, peu coûteuse et efficace» (à la p. 678, cité avec approbation dans *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561). Il est arrivé que des juges de notre Cour fassent allusion à l’utilisation du mandamus dans le but précis de limiter un délai. (Voir notamment les arrêts *R. c. Bradley*, [1941] R.C.S. 270, à la p. 277, le juge en chef Duff; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1027, le juge en chef Laskin; *Rahey*, précité, aux pp. 624 et 625, le juge Wilson, et à la p. 631, le juge La Forest.) En outre, il existe, dans le contexte administratif du droit de l’immigration, un courant jurisprudentiel particulier qui sanctionne une telle évolution, spécialement lorsque le délai cause des difficultés: par exemple, *Muia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410 (C.A.), au par. 24; *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1^{re} inst.); *Kiani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1^{re} inst.), au par. 34. C’est dans ce contexte que, dans *Bhatnager c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.), à la p. 317, le juge Strayer a tenu les propos suivants qui sont souvent cités:

But *mandamus* can issue to require that some decision be made. Normally this would arise where there has been a specific refusal to make a decision, but it may also happen where there has been a long delay in the making of a decision without adequate explanation. [Emphasis added.]

The common law system has always abhorred delay. In our system's development of the courts' supervisory role over administrative processes through *mandamus*, we see a crystallizing potential to compel government officers to do their duty and, in so doing, to avoid delay in administrative processes. The historical context in which our case law is rooted is a soil of well-established principles. This ground's more modern seedlings must now be examined.

VI. Undue Delay and Procedural Fairness

English case law began in the last decades to bring these old streams of the common law together. In *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] Q.B. 606, the English Court of Appeal was prepared to act against unreasonable delay based on the *Magna Carta* itself, as reinforced by the *European Convention on Human Rights*. In *Re Preston*, [1985] A.C. 835, the House of Lords made clear that there could be judicial review of any delay amounting to an abuse of power or breach of natural justice. In *R. v. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] 1 Q.B. 424, the English Court of Appeal applied this to a lengthy delay in notifying police officers of disciplinary charges against them. In the judgment of May L.J., at pp. 439-40, this was abusive and a breach of fairness because it disregarded the possibility of prejudice accruing to the officers on account of the delay. Unreasonable delay in administrative processes triggers the ancient rights of individuals who suffer prejudice as a result, and it gives the courts good reason to intervene against injustice. The modern English position, stated by W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at p. 649, is clear: "A statutory duty must be per-

Mais un bref de *mandamus* peut être délivré pour exiger qu'une décision soit rendue. Normalement, il en est ainsi lorsqu'il y a eu refus exprès de rendre une décision, mais ce peut être également le cas lorsqu'on tarde beaucoup à rendre une décision sans donner d'explication suffisante. [Je souligne.]

La common law a toujours eu les délais en aversion. Dans notre régime de common law, la reconnaissance du rôle de surveillance par voie de *mandamus* que les cours de justice exercent sur les procédures administratives est perçue comme traquant la possibilité de contraindre les fonctionnaires de l'État à faire leur devoir et, ce faisant, à éviter les délais dans le déroulement des procédures administratives. Le contexte historique dans lequel s'insère notre jurisprudence est constitué de principes bien établis. Il faut maintenant examiner la jurisprudence plus récente qui en a émané.

VI. Délai injustifié et équité procédurale

Au cours des dernières décennies, les tribunaux britanniques ont commencé à réaliser la synthèse de ces vieux courants de common law. Dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606, la Cour d'appel d'Angleterre était disposée à réagir aux délais déraisonnables en se fondant sur la *Magna Carta* elle-même, telle qu'elle est renforcée par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Dans *Re Preston*, [1985] A.C. 835, la Chambre des lords a précisé qu'il pouvait y avoir contrôle judiciaire de tout délai équivalant à un abus de pouvoir ou à un déni de justice naturelle. Dans *R. c. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424, la Cour d'appel d'Angleterre a appliqué cela au long délai écoulé avant que des policiers soient avisés des accusations d'infraction disciplinaire portées contre eux. Selon le lord juge May, aux pp. 439 et 440, il y avait eu abus et iniquité du fait qu'on n'avait pas tenu compte du préjudice que le délai pourrait causer aux policiers. Le délai déraisonnable dans des procédures administratives met en jeu les droits de longue date que possèdent les personnes qu'il lèse, et il donne aux tribunaux une bonne raison d'intervenir pour remédier à toute injustice qui peut avoir

150

151

formed without unreasonable delay, and this may be enforced by mandamus” (emphasis added).

été causée. Le point de vue qui a cours actuellement en Angleterre selon W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7^e éd. 1994), à la p. 649, est clair: [TRADUCTION] «Une obligation légale doit être exécutée sans délai déraisonnable, et pareille exécution peut être obtenue par voie de mandamus» (je souligne).

152 With the few exceptions I noted at the outset of these reasons, modern Canadian courts have begun building on those historical principles and the developments in the English case law discussed above to develop a framework within which they may assess unreasonable delay. First, courts have linked the idea of procedural fairness with a bar on abuse of process through unreasonable delay: e.g., *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477 (Sask. C.A.) (leave to appeal to SCC granted, [1989] 1 S.C.R. viii, but appeal later discontinued, [1992] 1 S.C.R. vii). Second, even on a traditional analysis, courts have expressed their preparedness to consider different kinds of adverse effects of delay, such as damage to individuals’ reputations or other aspects of their lives, in conjunction with the traditionally recognized effects on the hearing: see, e.g., *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL) (S.C.); and *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (B.C.S.C.).

Sauf les quelques exceptions que j’ai mentionnées au début des présents motifs, les tribunaux canadiens modernes ont commencé à s’appuyer sur ces principes historiques et sur l’évolution de la jurisprudence anglaise mentionnée plus haut pour établir un cadre leur permettant de déterminer si un délai est déraisonnable. Premièrement, ils ont lié la notion d’équité procédurale à l’interdiction de tout abus de procédure découlant d’un délai déraisonnable: par exemple, *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477 (C.A. Sask.) (autorisation de pourvoi accordée par la CSC, [1989] 1 R.C.S. viii, mais désistement ultérieur, [1992] 1 R.C.S. vii). Deuxièmement, même dans le cadre d’une analyse traditionnelle, les tribunaux ont affirmé qu’ils étaient disposés à tenir compte de divers types d’effet préjudiciable du délai, comme l’atteinte à la réputation ou d’autres préjudices personnels, conjointement avec ses effets traditionnellement reconnus sur l’audience: voir, par exemple, *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL) (C.S.), et *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (C.S.C.-B.).

153 Third, these two evolutions have become fused along with a realization that other adverse effects can create an abusive situation independently of evidentiary prejudice. In *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336 (C.A.), at para. 22, Hollinrake J.A. set out a theoretical framework within which the courts may consider unreasonable delay, along with some of the relevant factors in assessing it:

Troisièmement, outre ces deux évolutions, on s’est rendu compte que d’autres effets préjudiciables peuvent engendrer une situation abusive indépendamment du préjudice lié à la possibilité de présenter des éléments de preuve. Dans *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336 (C.A.), au par. 22, le juge Hollinrake a énoncé un cadre théorique à l’intérieur duquel les tribunaux pourraient déterminer si un délai est déraisonnable, ainsi que certains facteurs à prendre en considération à cette fin:

Abuse of power is a broader notion, akin to oppression. It encompasses procedural unfairness, conduct equivalent to breach of contract or of representation, and, in my view, unjust delay. I should add that not all lengthy delays are unjust; regard must be had to the causes of delay, and to resulting reasonable changes of position. [Emphasis added.]

This analytical method, in which unreasonable delay is assimilated to a type of abuse, helped Hollinrake J.A. to recognize that adverse effects other than on hearing fairness can be considered independently. He writes at para. 19, “where the delay is so egregious that it amounts to an abuse of power or can be said to be oppressive, the fact that the hearing itself will be a fair one is of little or no consequence”.

Abusive administrative delay is wrong and it does not matter if it wrecks only your life and not your hearing. The cases that have been part of this evolution have sometimes expressed the point differently, but the key consideration is this: administrative delay that is determined to be unreasonable based on its length, its causes, and its effects is abusive and contrary to the administrative law principles that exist and should be applied in a fair and efficient legal system.

Unreasonable delay is not limited to situations that bring the human rights system into disrepute either by prejudicing the fairness of a hearing or by otherwise rising above a threshold of shocking abuse. Otherwise, there would not be any remedy for an individual suffering from unreasonable delay unless this same individual were unlucky enough to have suffered sufficiently to meet an additional, external test of disrepute resulting to the human rights system. Such a limitation may arise from a fear that the main remedy available would be the blunt instrument of the stay of proceedings. However, as we will see below, a remedy other than a stay may be appropriate in other cases where ongoing delay is abusive. It is true that some of the cases that have most developed the doctrine of abusive delay involved lengthier periods of time that, in conjunction with other factors,

[TRADUCTION] La notion d’abus de pouvoir est large et s’apparente à l’oppression. Elle englobe l’iniquité procédurale, la conduite équivalant à la rupture d’un contrat ou à une fausse déclaration et, à mon avis, le délai injustifié. J’ajouterais que tous les délais ne sont pas injustifiés; il faut tenir compte des causes du délai ainsi que des changements raisonnables de situation qui en ont résulté. [Je souligne.]

Cette méthode analytique, dans laquelle le délai déraisonnable est assimilé à une sorte d’abus, a aidé le juge Hollinrake à reconnaître que des effets préjudiciables autres que celui sur l’équité de l’audience peuvent être pris en considération indépendamment. Il écrit, au par. 19, que [TRADUCTION] «lorsque le délai est énorme au point de constituer un abus de pouvoir ou de pouvoir être qualifié d’oppressif, le fait que l’audience elle-même sera équitable importe peu ou pas du tout».

Le délai administratif abusif est répréhensible, et ce, peu importe qu’il ne ruine que la vie d’une personne sans affecter l’audition à laquelle elle a droit. La jurisprudence associée à cette évolution expose parfois ce point de vue différemment, mais le facteur clé est le suivant: le délai administratif jugé déraisonnable en raison de sa durée, de ses causes et de ses effets est abusif et contraire aux principes du droit administratif qui existent et qui devraient s’appliquer dans un système juridique équitable et efficace.

Un délai n’est pas déraisonnable uniquement dans le cas où le régime de protection des droits de la personne est déconsidéré en raison d’une atteinte à l’équité de l’audience ou du fait que le délai a franchi le seuil d’un abus scandaleux. Si c’était le cas, la personne lésée par un délai injustifié ne disposerait d’aucun recours à moins d’avoir eu la malchance d’être suffisamment lésée pour satisfaire à un autre critère externe, celui de la déconsidération du régime de protection des droits de la personne. Pareille restriction peut découler de la crainte que la principale réparation disponible ne soit l’arrêt pur et simple des procédures. Cependant, comme nous le verrons plus loin, une réparation différente de l’arrêt des procédures peut convenir dans d’autres cas où le délai qui s’écoule est abusif. Il est vrai que, dans certaines des décisions qui ont le plus contribué à l’établissement de la

154

155

warranted stays of proceedings. (see, e.g., the cases cited by Bastarache J. at paras. 117-18). They were cases that passed the highest threshold of abusiveness. Because of this, they did not discuss a lower threshold of unreasonable delay that might warrant some kind of judicial action and different, less radical, remedies than a stay in the administrative proceedings.

VII. Assessing Unreasonable Delay

156 The authorities and policy considerations that have been reviewed thus far confirm that modern administrative law is deeply averse to unreasonable delay. But nobody suggests the elimination of all delay *per se* — and with good reason. At the limit, a prohibition on delay *per se* would ban any and all delay. This would be an absurd result that would undermine rather than uphold a fair judicial system. Such an approach would, for example, deny parties on both sides the chance to prepare for the hearing (cf. *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1694). Thus, unreasonable delays must be identified within the specific circumstances of every case.

157 In assessing a particular delay in the process of a specific administrative body, we must keep in mind two principles: (1) not all delay is the same; and (2) not all administrative bodies are the same. First, there are different kinds of delay. There are two kinds of delay in an administrative context: general delay and individual delay. Each of these, in turn, may encompass both necessary and unnecessary delay. General delay may include certain kinds of delay due to substantive and procedural complexities inherent in the kind of matter the tribunal deals with, but it may also include delays from systemic problems. Individual delay may relate to the special complexity of a particular decision, but it may also include delays from inattention to a particular file. (See generally: S. N. McMurtrie, “The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner’s Response to Delay in

règle du délai abusif, il était question de périodes plus longues qui, en plus d’autres facteurs, justifiaient l’arrêt des procédures (voir, par exemple, la jurisprudence citée par le juge Bastarache, aux par. 117 et 118). Il s’agissait de cas qui satisfaisaient au critère le plus rigoureux du caractère abusif. À cause de cela, on n’y analysait pas le critère moins rigoureux du délai déraisonnable qui pourrait justifier une forme quelconque d’intervention judiciaire et d’autres réparations moins radicales que l’arrêt des procédures administratives.

VII. Détermination du délai déraisonnable

La doctrine, la jurisprudence et les considérations de principe qui ont été examinées jusqu’ici confirment la profonde aversion du droit administratif moderne pour le délai déraisonnable. Cependant, personne ne propose l’élimination de tout délai en soi, et ce, pour une bonne raison. À la limite, l’interdiction du délai en soi aurait pour effet d’interdire tout délai. Ce serait un résultat absurde qui minerait un système judiciaire équitable au lieu de le préserver. Une telle approche priverait notamment les deux parties de la possibilité de se préparer pour l’audience (comparer avec *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1694). Il faut donc déterminer si un délai est déraisonnable en fonction des circonstances particulières de chaque cas.

Pour évaluer un délai dans les procédures d’un organisme administratif donné, il faut conserver deux principes à l’esprit: (1) les délais ne sont pas tous les mêmes, et (2) les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. Premièrement, il existe différents types de délai. Dans le contexte administratif, il y en a deux: le délai général et le délai particulier. Chacun d’eux peut englober à son tour le délai nécessaire et le délai inutile. Le délai général peut comprendre certains types de délai dus à des difficultés de fond et de procédure inhérentes au genre d’affaire dont le tribunal est saisi, mais il peut aussi comprendre les délais dus à des problèmes systémiques. Le délai particulier peut être lié à la complexité particulière d’une décision donnée, mais il peut aussi comprendre le délai imputable au manque d’attention accordée à un dossier. (Voir, de manière générale, S. N.

Administrative Procedures”, [1997] *Public Law* 159; and L. S. Skiffington, “Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context” (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.)

Second, not all administrative bodies are the same. Indeed, this is an understatement. At first glance, labour boards, police commissions, and milk control boards may seem to have about as much in common as assembly lines, cops, and cows! Administrative bodies do, of course, have some common features, but the diversity of their powers, mandate and structure is such that to apply particular standards from one context to another might well be entirely inappropriate. Thus, inevitably, a court’s assessment of a particular delay in a particular case before a particular administrative body has to depend on a number of contextual analytic factors.

In order to differentiate reasonable and unreasonable delay, a balancing exercise becomes necessary. Courts must, indeed, remain alive not only to the needs of administrative systems under strain, but also to their good faith efforts to provide procedural protections to alleged wrongdoers. One must approach matters with some common sense and ask whether a lengthy delay that profoundly harms an individual’s life is really justified in the circumstances of a given case.

As indicated above, the central factors toward which the modern administrative law cases as a whole propel us are length, cause, and effects. Approaching these now with a more refined understanding of different kinds and contexts of delay, we see three main factors to be balanced in assessing the reasonableness of an administrative delay:

McMurtrie, «The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner’s Response to Delay in Administrative Procedures», [1997] *Public Law* 159, et L. S. Skiffington, «Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context» (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.)

Deuxièmement, les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. En fait, c’est le moins qu’on puisse dire. À première vue, un conseil des relations de travail, une commission de police et un office de contrôle laitier peuvent paraître avoir autant de points en commun qu’une ligne d’assemblage, un policier et une vache! Les organismes administratifs ont évidemment certaines caractéristiques en commun, mais en raison de la diversité de leurs attributions, de leur mandat et de leur organisation, il peut être totalement inapproprié d’appliquer les mêmes normes d’un contexte à l’autre. Par conséquent, l’évaluation judiciaire d’un délai dans une affaire particulière dont est saisi un organisme administratif donné doit inévitablement tenir compte d’un certain nombre de facteurs d’analyse contextuels.

Pour distinguer un délai raisonnable d’un délai déraisonnable, une évaluation s’impose. Les tribunaux doivent en effet être conscients non seulement des besoins des régimes administratifs soumis à des contraintes, mais aussi des efforts qu’ils déploient de bonne foi en vue d’offrir des protections procédurales aux présumés contrevenants. Il faut faire preuve de bon sens et se demander si le long délai qui ruine profondément l’existence d’une personne est véritablement justifié dans les circonstances d’une affaire donnée.

Comme nous l’avons vu, les principaux facteurs dont l’ensemble de la jurisprudence moderne en droit administratif nous invite à tenir compte sont la longueur, la cause et les effets. Grâce à une meilleure compréhension des différents types de délai et des différents contextes dans lesquels ils se situent, nous considérons que, pour évaluer le caractère raisonnable d’un délai administratif, trois facteurs principaux doivent être appréciés:

158

159

160

(1) the time taken compared to the inherent time requirements of the matter before the particular administrative body, which would encompass legal complexities (including the presence of any especially complex systemic issues) and factual complexities (including the need to gather large amounts of information or technical data), as well as reasonable periods of time for procedural safeguards that protect parties or the public;

(2) the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter, which would include consideration of such elements as whether the affected individual contributed to or waived parts of the delay and whether the administrative body used as efficiently as possible those resources it had available; and

(3) the impact of the delay, considered as encompassing both prejudice in an evidentiary sense and other harms to the lives of real people impacted by the ongoing delay. This may also include a consideration of the efforts by various parties to minimize negative impacts by providing information or interim solutions.

(See generally: *Ratzlaff, supra*, at p. 346; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.); *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *McMurtrie, supra*; and *Skiffington, supra*.) Obviously, considering all of these factors imposes a contextual analysis. Thus, our Court should avoid setting specific time limits in such matters. A judge should consider the specific content of the case he or she is hearing and make an assessment that takes into account the three main factors that have been identified above.

(1) le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire dont est saisi l'organisme administratif en cause, ce qui comprendrait la complexité juridique (y compris l'existence de questions systémiques particulièrement complexes) et la complexité factuelle (y compris la nécessité de recueillir de grandes quantités de renseignements ou de données techniques), ainsi que les délais raisonnables pour que les parties ou le public bénéficient de garanties procédurales;

(2) les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire, ce qui comprendrait notamment l'examen de la question de savoir si la personne touchée a contribué ou renoncé à certaines parties du délai, et celle de savoir si l'organisme administratif a utilisé aussi efficacement que possible les ressources dont il disposait;

(3) l'incidence du délai, considérée comme englobant le préjudice sur le plan de la preuve et les autres atteintes à l'existence des personnes touchées par le délai qui s'écoule. Cela peut également comprendre l'examen des efforts que les différentes parties ont déployés pour réduire au minimum les effets négatifs en fournissant des renseignements ou en apportant des solutions provisoires.

(Voir, de manière générale, *Ratzlaff*, précité, à la p. 346; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.); *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *McMurtrie, loc. cit.*; *Skiffington, loc. cit.*) L'examen de ces facteurs commande, de toute évidence, une analyse contextuelle. Notre Cour devrait donc éviter d'imposer des délais précis en la matière. Un juge devrait examiner les faits particuliers de l'affaire dont il est saisi et faire une évaluation qui tienne compte des trois principaux facteurs décrits plus haut.

161

A number of parties have raised the objection that the consideration of some of those factors may extend "special treatment" to certain kinds of individuals, whether these be people who commit more stigmatizing wrongs or who are more susceptible to harms like damage to their reputations. Some interveners were afraid that the application of such factors might indeed require preferential

Plusieurs parties ont soulevé l'objection selon laquelle l'examen de certains de ces facteurs peut avoir pour effet d'accorder un «traitement particulier» à certaines personnes, qu'il s'agisse de gens qui commettent des fautes plus stigmatisantes ou de gens qui sont plus exposés à des préjudices comme l'atteinte à la réputation. Certains intervenants craignaient que l'application de tels facteurs

treatment for powerful and influential people. These objections and fears are misplaced. It appears sound administrative practice for decision-making bodies to recognize the relevance of the identified factors while deciding how to process a particular case. For example, task forces analysing delay report that it is simply a good case management practice to send to different tracks cases of differing levels of complexity: see, e.g., Brookings Task Force on Civil Justice Reform, *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation* (1989), at p. 3. Similarly, it only makes sense for administrative bodies seeking to minimize their negative impacts on real people to consider the ramifications of their failure to act expeditiously. In any event, every case should be processed with due dispatch.

VIII. Delays Before the British Columbia Human Rights Commission in This Case

Unreasonable delay in administrative proceedings is illegal under administrative law. It is a breach of the duty to conduct administrative proceedings fairly. Because of the highly contextual nature of any assessment of delay, I turn now to an analysis of the identified factors in the case at bar. I eventually conclude that inefficiency in the Commission's handling of this matter has led to abuse of process that must be addressed with the appropriate remedies in the circumstances of the case and in consideration of the interests of the complainants.

A. *Length of Delay*

The first factor to be considered is the time taken relative to the inherent time requirements of the matter. In the Court of Appeal, McEachern C.J.B.C. characterized the allegations in the case at bar as "relatively simple complaints" ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, at para. 37), stated that "[t]hese kinds of disputes are quickly resolved by courts and tribunals all the time, and there are no complex

n'exige, en fait, que des personnes puissantes et influentes jouissent d'un traitement préférentiel. Ces objections et ces craintes ne sont pas fondées. Le fait qu'un organisme décideur reconnaisse la pertinence des facteurs décrits pour décider de la façon de traiter une affaire donnée semble être une saine pratique administrative. Par exemple, des groupes de travail qui analysent les délais signalent qu'une bonne pratique de gestion des dossiers consiste simplement à traiter différemment des affaires comportant des niveaux de complexité différents: voir, par exemple, Brookings Task Force on Civil Justice Reform, *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation* (1989), à la p. 3. De même, il est seulement logique qu'un organisme administratif qui cherche à réduire au minimum son incidence négative sur des personnes tienne compte des conséquences de son omission d'agir rapidement. Quoi qu'il en soit, toute affaire devrait être traitée avec célérité.

VIII. Délai écoulé en l'espèce dans les procédures devant la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique

En droit administratif, le délai déraisonnable dans des procédures administratives est illégal. Il constitue un manquement à l'obligation d'assurer un déroulement équitable des procédures. Vu le caractère hautement contextuel de l'évaluation du délai, je vais maintenant analyser les facteurs décrits dans la présente affaire. Je conclus, en définitive, que la façon inefficace dont la Commission a traité la présente affaire a donné lieu à un abus de procédure auquel il faut remédier en accordant la réparation appropriée dans les circonstances de l'affaire et en tenant compte des intérêts des plaignantes.

A. *La longueur du délai*

Le premier facteur à prendre en considération est le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire. Le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a qualifié les allégations en l'espèce de [TRADUCTION] «plaintes relativement simples» ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, au par. 37). Il a affirmé que «[l]es tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs règlent

legal or factual issues” (para. 37), and concluded that “a week at the outside would have sufficed” (para. 51) for the investigation. Although McEachern C.J.B.C. perhaps puts matters a bit optimistically in suggesting that the investigation could have been wrapped up within a week, there is a good measure of truth in what he says.

164

At this point, a closer scrutiny of the facts is necessary in order to establish the inherent time requirements of the case. Different kinds of “allegations of sexual discrimination” may be more or less complex. A pay equity case might properly involve complex statistical analysis and innovative legal arguments and take time for those reasons. A case about other forms of well-concealed systemic discrimination might involve numerous witnesses and take time for that reason. But other cases that involve “allegations of sexual harassment” between individuals may have few complex legal or factual elements and thus appropriately should take much less time.

165

Considering the complexity of the allegations should not be seen to reflect in any way on their merits. This being said, the case at bar falls within a relatively less complex category. The allegations with respect to Willis, an aide to Blencoe, were that Blencoe made sexual overtures to her and inappropriately kissed her when she came to work one evening in August 1994 and that he had subsequently put his arm on her arm in a sexual manner in March 1995. The allegations with respect to Schell were that Blencoe in March 1993 had inappropriately kissed and hugged Schell, who worked for a sports organization deriving funding from Blencoe’s ministry, and that he had subsequently on several occasions between July 1993 and July 1994 given her unwanted attention by inviting her for a drink. There were no other direct witnesses to any of the incidents, although there was some corroborating evidence from a small number of other

toujours rapidement ce genre de différend, et qu’aucune question juridique ou factuelle complexe ne se pose» (par. 37) et a conclu qu’«il aurait suffi tout au plus d’une semaine» (par. 51) pour effectuer l’enquête. Bien que le juge en chef McEachern soit quelque peu optimiste lorsqu’il laisse entendre que l’enquête aurait pu être complétée en moins d’une semaine, il y a une grande part de vérité dans ce qu’il dit.

À ce stade, un examen plus minutieux des faits s’impose pour déterminer le délai inhérent à l’affaire. Une «allégation de discrimination sexuelle» peut être plus ou moins complexe selon le cas. Une affaire d’équité salariale pourrait requérir, à juste titre, une analyse statistique complexe et une argumentation juridique novatrice, et durer ainsi un certain temps. Une affaire portant sur d’autres formes de discrimination systémique bien dissimulée pourrait faire intervenir de nombreux témoins et se prolonger pour cette raison. Cependant, il se peut que d’autres affaires où il est question d’«allégations de harcèlement sexuel» entre des personnes comportent peu d’éléments juridiques ou factuels complexes et durent éventuellement moins longtemps.

La complexité des allégations ne devrait pas être perçue comme ayant une incidence quelconque sur leur bien-fondé. Cela dit, le présent dossier tombe dans la catégorie des affaires relativement moins complexes. Il était allégué, au sujet de Willis, une adjointe de Blencoe, que ce dernier lui avait fait des avances sexuelles et l’avait embrassée inopportunément lorsqu’elle s’était rendue au bureau pour y travailler un soir du mois d’août 1994, et qu’en mars 1995 il avait appuyé son bras contre le sien dans un dessein apparemment sexuel. Il était allégué, au sujet de Schell, qu’en mars 1993 Blencoe l’avait embrassée et étreinte inopportunément alors qu’elle travaillait pour une association sportive financée par le ministère de Blencoe, et qu’à maintes reprises, entre juillet 1993 et juillet 1994, il lui avait accordé une attention non souhaitée en l’invitant à prendre un verre. Personne d’autre n’a été directement témoin de ces incidents, bien qu’il y ait eu témoignage corroborant de la part d’un petit nombre d’autres personnes. Les allégations

witnesses. Blencoe denied some aspects of the allegations and admitted others.

Recognizing that this case is far less complex than many other sexual discrimination cases does not alleviate the seriousness of the allegations, but it is clear from the record that the allegations were not of a nature that could justify a prolonged investigation. Ultimately, the case was about a “he said/she said” scenario concerning which there should have been an adjudication. In this sense, there was little or nothing to investigate, and there was no reason for the pre-hearing investigation to take a long period of time.

Lowry J. expressed serious misgivings about the delays in this case. He wrote at para. 46:

It may well be that the structure of the Commission should be such that, given the nature of the complaints made by Ms. Schell and Ms. Willis, two years would not be required to determine that they warrant a hearing. [Emphasis added.]

While Lowry J. went on to attribute the delay to a lack of resources, he questioned the effectiveness of the Commission, and his finding that two years was an inappropriately long time confirms my conclusion on this branch of the analysis. The inherent time requirements in this case were minimal.

By contrast, the time taken was anything but minimal. After five to six months spent on determining that it could hear the complaints, and once Blencoe had a chance to respond, the Commission then mysteriously took the five months from April 1996 to September 1996 to appoint the same investigator who had been working on the file all along despite having told Blencoe that it expected to do so within two months (appellants’ record, at p. 229). The investigation took some four months. The trial judge found at para. 44 that this investigation was concluded in January 1997. Given this finding, then after this conclusion of the investigation, it apparently took the investigator another two months to write and forward a 12-page

ont fait l’objet de dénégations de la part de Blencoe à certains égards et d’aveux à d’autres égards.

La reconnaissance que la présente affaire est beaucoup moins complexe que bien d’autres affaires de discrimination sexuelle n’atténue pas la gravité des allégations, mais il ressort clairement du dossier que ces allégations n’étaient pas de nature à justifier la tenue d’une enquête prolongée. En fin de compte, il était question de versions opposées des faits, qui auraient dû donner lieu à une décision. Il y avait donc peu ou pas matière à enquête, de sorte que rien ne justifiait que l’enquête préalable à l’audience se prolonge.

Le juge Lowry a exprimé de sérieuses réserves au sujet du délai écoulé en l’espèce. Il a écrit, au par. 46:

[TRADUCTION] Il se peut fort bien que la Commission doive être organisée de telle sorte que, compte tenu de la nature des plaintes de M^{mes} Schell et Willis, deux années ne soient pas nécessaires pour déterminer si elles justifient la tenue d’une audience. [Je souligne.]

Bien qu’il ait ensuite imputé le délai à un manque de ressources, le juge Lowry a mis en doute l’efficacité de la Commission, et sa conclusion qu’un délai de deux ans était trop long confirme la mienne en ce qui a trait à ce volet de l’analyse. Le délai inhérent à la présente affaire était minime.

Par contre, le délai écoulé était loin d’être minime. Après avoir mis cinq à six mois à décider qu’elle pourrait entendre les plaintes et après que Blencoe eut obtenu la possibilité de répondre, la Commission a mystérieusement mis cinq mois, soit d’avril à septembre 1996, à désigner le même enquêteur qui s’était occupé jusque-là du dossier, même si elle avait auparavant dit à Blencoe qu’elle s’attendait à le faire dans un délai de deux mois (dossier des appelants, à la p. 229). L’enquête a duré environ quatre mois. Le juge de première instance a conclu, au par. 44, que l’enquête avait pris fin en janvier 1997. Compte tenu de cette conclusion, après la fin de l’enquête, l’enquêteur aurait alors mis deux autres mois à rédiger un rapport de

166

167

168

report in early March 1997, and this only after letters from Blencoe's lawyer asking about the delay (appellants' record, at pp. 322-35). After another four months, in July 1997, the Commission finally told Blencoe that the matter would proceed to a Tribunal hearing. It then took another two months to get a date set for the hearing, which was scheduled to be some six months later in March 1998. In all, the time for the Commission to make the determination that the complaints should go to a hearing was approximately two years. The time from the initial filing of the complaints to the scheduled hearing was approximately 32 months. While it is true that the Commission's decision to send the matter to a hearing involved a number of steps, every one of these steps involved a significant delay.

169

A particularly egregious example of the Commission's unacceptable lack of diligence may be found in the events during the period from October 16, 1995 to December 21, 1995. During that time, the Commission breached procedural fairness by failing to send to Blencoe Willis's October 16 response to his submissions on the timeliness of her complaint. In response to an inquiry, Blencoe received the Commission's letter dated December 21 on December 27. Although the December 21 letter denied that a decision had been made on this issue, a January 22, 1996 letter revealed that the Commission had actually already made the decision on December 18, before it even sent Blencoe the documents to which he had wished to reply and that the Commission had possessed for three months (see pp. 290-300 of the appellants' record). The Commission essentially failed even to keep those affected by its decisions up to date with what was going on.

170

Regardless of any arguments that parts of the time were necessary for procedural safeguards, the facts are that the Commission was slow at every step along the way. This eventually added up to a delay measured in years for a decision that was not

12 pages qui a été transmis au début du mois de mars 1997, et ce, uniquement après que l'avocat de Blencoe eut envoyé des lettres dans lesquelles il posait des questions au sujet du délai écoulé (dossier des appelants, aux pp. 322 à 335). Quatre autres mois plus tard, en juillet 1997, la Commission a finalement avisé Blencoe que le Tribunal procéderait à l'audition de l'affaire. Deux autres mois se sont ensuite écoulés avant qu'une date d'audience soit fixée au mois de mars 1998, soit quelque six mois plus tard. En tout, il a fallu environ deux ans à la Commission pour décider que les plaintes feraient l'objet d'une audience. Environ 32 mois se sont écoulés entre le dépôt initial des plaintes et la date fixée pour leur audition. Même s'il est vrai que la Commission a dû franchir un certain nombre d'étapes pour décider que l'affaire ferait l'objet d'une audience, chacune de ces étapes a comporté un délai considérable.

Les événements qui se sont déroulés entre le 16 octobre et le 21 décembre 1995 sont un exemple particulièrement frappant du manque inacceptable de diligence de la Commission. Au cours de cette période, la Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale en ne transmettant pas à Blencoe la réponse du 16 octobre que Willis avait donnée à ses observations concernant le respect du délai imparti pour déposer la plainte. À la suite d'une demande de renseignements, Blencoe a reçu, le 27 décembre, la lettre de la Commission datée du 21 décembre. Même si, dans la lettre du 21 décembre, on niait qu'une décision avait été prise à ce sujet, une lettre datée du 22 janvier 1996 a révélé que la Commission avait déjà pris une décision le 18 décembre 1995, avant même d'envoyer à Blencoe les documents auxquels il voulait répondre et qu'elle avait en sa possession depuis trois mois (voir les pp. 290 à 300 du dossier des appelants). La Commission a essentiellement omis de tenir au courant de la situation les personnes touchées par ses décisions.

Indépendamment de tout argument que le délai était en partie nécessaire pour offrir des garanties procédurales, il reste que la Commission a été lente à toutes les étapes. Il lui a fallu, en définitive, plusieurs années pour prendre une décision non

inherently complex. Although a few letters back and forth might have been appropriate, nothing in the inherent time requirements of the case came close to requiring the delay that occurred.

B. *Cause of the Delay*

The second factor that we must consider is the cause of delay beyond the inherent time requirements of the matter. It is true that Blencoe sought to use those defences available to him, including an argument about whether the complaints had been correctly filed within the limitation period provided by the statute. But in so doing, he did not become responsible for the sheer inefficiency of the Commission in dealing with these and other matters.

A measure of Blencoe's determination to seek an end to the delay is that even after matters had been delayed to this point largely on account of the Commission's failures to comply with basic procedural fairness, he offered to forego the investigative stage of the complaints to bring them to a hearing. In so doing, we may infer that he made clear to the Commission that he was seeking a way past the delay and red tape in which his life had become bound. In his request, he was rebuffed, as the Commission would have required him to make major concessions on the existence of a *prima facie* case against him, if he wanted to proceed to the hearing. (Although Blencoe made the offer only on the Willis complaint, this seems to be explained by the fact that he was simultaneously trying to find out whether a decision on the timeliness issue in the Schell complaint had been made without notification as had occurred with the Willis complaint (see the appellants' record at pp. 220 and 301).) On numerous other occasions as well, Blencoe asked about when there would be a decision on the complaints. Indeed, Blencoe's inquiries of this nature comprise a significant number of the letters in the record. There can be no doubt that there was serious delay on both complaints and that Blencoe tried to find a way to end it. After being thus rebuffed, his counsel was under no obligation to beg and cry for an expedited hear-

complexe en soi. Même si un certain échange de correspondance avait pu être approprié, le délai inhérent à l'affaire était loin de correspondre à celui qui s'est écoulé.

B. *La cause du délai*

Le deuxième facteur que nous devons prendre en considération est la cause de la prolongation du délai inhérent à l'affaire. Il est vrai que Blencoe a tenté d'invoquer les moyens de défense dont il disposait, y compris l'argument de la question de savoir si les plaintes avaient été dûment déposées dans le délai prévu par la loi. Toutefois, ce faisant, il n'est pas devenu responsable de l'inefficacité pure et simple dont la Commission a fait preuve en traitant ces plaintes et d'autres questions.

Blencoe a montré à quel point il était déterminé à mettre fin au délai en offrant de renoncer à l'étape de l'enquête sur les plaintes et de passer directement à une audience, même si les choses avaient jusque-là traîné en longueur surtout à cause du manquement de la Commission à son obligation fondamentale d'équité procédurale. On peut déduire que, ce faisant, il a clairement signifié à la Commission qu'il souhaitait en finir avec les délais et les formalités administratives qui lui empoisonnaient la vie. Il a essuyé une rebuffade à ce sujet étant donné que, pour passer directement à l'audience, la Commission l'aurait obligé à faire des concessions importantes au sujet de l'existence d'une preuve *prima facie* contre lui. (Quoique Blencoe n'ait fait cette offre qu'à l'égard de la plainte de Willis, cela semble s'expliquer par le fait qu'il tentait, en même temps, de découvrir si une décision concernant le respect du délai imparti dans le cas de la plainte de Schell avait été rendue à son insu comme cela s'était produit relativement à la plainte de Willis (voir les pp. 220 et 301 du dossier des appelants).) Comme l'atteste un grand nombre de lettres versées au dossier, Blencoe a aussi maintes fois demandé à quel moment une décision serait rendue sur les plaintes. Il ne fait aucun doute que les deux plaintes ont fait l'objet d'un délai important auquel Blencoe a tenté de mettre fin. Après cette rebuffade, il n'était plus

171

172

ing to demonstrate to the Human Rights Commission the seriousness of his requests.

173 A further measure of the Commission's behaviour with respect to delay is that even at the Supreme Court of Canada, the Commission admits that it cannot explain what was going on for five months of the time that it was dealing with the allegations against Blencoe. On a matter that ideally should not even have taken five months, a five-month period of unexplained delay remains surprising and troubling. Lowry J. characterized this period as a "five-month hiatus when there appears to have been no activity in relation to the complaints" (para. 47). After the gap, the Commission sent Blencoe a letter dated September 6, 1996 to advise him that it was appointing the same person as investigator as had up to that point been dealing with the pre-investigation report. In other words, in five months, nothing happened. This five-month lapse is just the high mark of the Commission's ineptitude.

C. Impact of Delay on the Respondent

174 The third factor that we must consider is the harm accruing as a result of the delay. Although Lowry J. found "that no clear case of prejudice in terms of an inability to defend has been made out" (para. 10), there is no doubt that Blencoe and his family suffered serious harm in other ways. Lowry J. went so far as to write at para. 50:

There is, however, substance to the contention that the hardship Mr. Blencoe, his wife, and his children have suffered, and continue to suffer, is markedly disproportionate to the value there can now be in an adjudicated resolution. [Emphasis added.]

175 There can be no doubt about the impact of the allegations on the respondent and his family. The respondent's career is finished. He and his family have been chased twice across the country in their

nécessaire que l'avocat de Blencoe s'efforce de convaincre la Commission du sérieux des demandes de son client en faisant des pieds et des mains pour obtenir rapidement la tenue d'une audience.

Une autre exemple de la conduite que la Commission adopte en matière de délais est que, même devant la Cour suprême du Canada, elle reconnaît qu'elle ne peut pas expliquer ce qui s'est passé durant les cinq mois au cours desquels elle a traité les allégations formulées contre Blencoe. Dans une affaire qui, idéalement, n'aurait même pas dû se prolonger pendant cinq mois, un délai inexpliqué de cinq mois est à la fois étonnant et troublant. Le juge Lowry a qualifié cette période de [TRADUCTION] «vide de cinq mois pendant lequel rien ne semble s'être passé relativement aux plaintes» (par. 47). Après cette période, la Commission a envoyé à Blencoe une lettre datée du 6 septembre 1996 l'informant qu'elle désignait à titre d'enquêteur la personne qui, jusque-là, s'était occupée du rapport préalable à l'enquête. En d'autres termes, rien ne s'est passé pendant cinq mois. Cet intervalle n'est que le paroxysme de l'ineptie dont la Commission a fait preuve.

C. L'incidence du délai sur l'intimé

Le troisième facteur que nous devons prendre en considération est le préjudice résultant du délai. Même si le juge Lowry a conclu [TRADUCTION] «qu'il n'y a aucune preuve manifeste de préjudice en ce qui concerne la capacité de se défendre» (par. 10), il n'y a pas doute que Blencoe et sa famille ont subi un grave préjudice à d'autres égards. Le juge Lowry va jusqu'à écrire, au par. 50:

[TRADUCTION] Il y a toutefois de quoi prétendre que les difficultés que M. Blencoe, son épouse et ses enfants ont éprouvées et qu'ils continuent d'éprouver sont nettement disproportionnées à l'avantage qu'il peut maintenant y avoir d'obtenir une décision sur l'affaire. [Je souligne.]

Il n'y a aucun doute que les allégations ont une incidence sur l'intimé et sa famille. La carrière de l'intimé est terminée. Sa famille et lui ont été traqués à deux reprises lorsqu'ils ont tenté de

attempts to make a new life. He was under medical care for clinical depression for many months. In the wake of the outstanding complaints before the Commission, even such a normal aspect of life as coaching his youngest son's soccer team has been denied to Blencoe, since he has faced stigmatization in the form of presumed guilt as a sexual harasser. As Lowry J. wrote at para. 13:

The point need not be further stressed. The stigma attached to the outstanding complaints has certainly contributed in large measure to the very real hardship Mr. Blencoe has experienced. His public profile as a Minister of the Crown rendered him particularly vulnerable to the media attention that has been focused on him and his family, and the hardship has, in the result, been protracted and severe. [Emphasis added.]

Although I do not deny that Blencoe might have taken additional steps to make the Commission more fully aware of the impact on him of continued delay, he did try to move matters along. The Commission showed next to no regard for the possible impacts of its delays, often taking long periods of time even to respond to requests for information as to the progress of the file. It certainly did nothing to minimize the impact of the delay on the respondent.

It is true that administrative delay was not the only cause of the prejudice suffered by the respondent. Nevertheless, it contributed significantly to its aggravation. It must be added, though, that this delay also frustrated the complainants in their desire for a quick disposition of their complaints. Finally, the inefficient and delay-filled process at the Commission linked with the specific blunders made in the management of those particular complaints harmed all parties involved in this sorry process. Its flaws were such that it may rightly be termed to have been abusive in respect of the respondent. In this connection, I note that my colleague, Bastarache J., despite coming to the conclusion that the conduct of the Commission did not amount to an abuse of process, nevertheless found it necessary to award costs against the Commission in light of the "lack of diligence [it] displayed"

refaire leur vie ailleurs au pays. Pendant plusieurs mois, il a eu recours à des soins médicaux pour traiter une dépression clinique. À la suite des plaintes déposées devant la Commission, Blencoe a même été empêché d'exercer une activité aussi normale qu'entraîner l'équipe de soccer de son fils cadet en raison de la stigmatisation liée au fait d'être présumé coupable de harcèlement sexuel. Comme l'a écrit le juge Lowry, au par. 13:

[TRADUCTION] Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur ce point. La stigmatisation liée aux plaintes dont M. Blencoe faisait l'objet a sûrement contribué dans une large mesure aux difficultés très réelles qu'il a éprouvées. Du fait de sa visibilité en tant que ministre du gouvernement, il était davantage exposé à l'attention que les médias lui ont portée à lui-même et à sa famille, ce qui explique la longueur et la gravité des difficultés qui ont résulté. [Je souligne.]

Bien que je ne nie pas que Blencoe aurait pu prendre d'autres mesures pour que la Commission soit plus consciente de l'incidence que le délai avait sur lui, il reste qu'il a tenté de faire avancer les choses. La Commission s'est montrée presque indifférente aux effets possibles de ses délais, en mettant même souvent beaucoup de temps à répondre suite à des demandes de renseignements sur l'évolution du dossier. Elle n'a sûrement rien fait pour réduire au minimum l'incidence du délai sur l'intimé.

Il est vrai que le délai administratif n'a pas été la seule cause du préjudice subi par l'intimé. Néanmoins, il a beaucoup contribué à son aggravation. Il faut cependant ajouter que ce délai a également déjoué la volonté des plaignantes de voir leurs plaintes réglées rapidement. Enfin, l'inefficacité et les multiples délais qui ont caractérisé le processus devant la Commission et qui sont liés, en particulier, aux gaffes commises dans la gestion de ces plaintes ont lésé toutes les parties à ce processus déplorable. La procédure a été à ce point viciée qu'on peut à juste titre la qualifier d'abusives à l'égard de l'intimé. À cet égard, je constate que, même s'il conclut que la conduite qu'elle a adoptée n'a pas constitué un abus de procédure, mon collègue le juge Bastarache a néanmoins jugé nécessaire de condamner la Commission à payer des dépens en raison de «l'absence de diligence

176

177

(para. 136). In my view, this further demonstrates the tension in this appeal and the fact that the conduct of the Commission in dealing with this matter was less than acceptable.

IX. Administrative Remedy

178 In the end, the specific and unexplained delay entitles Blencoe to some kind of remedy. The choice of the appropriate redress requires, though, a careful analysis of the circumstances of the case, in order to identify the causes and nature of the delay and its impact on the process, because the courts always have some discretion on orders of remedies founded on the old prerogative writs. The selection of an appropriate remedy may also impose a delicate balancing exercise between competing interests. In proceedings like those that gave rise to this appeal, we must factor in the interest of the respondent, that of the complainants themselves and finally, the public interest of the community itself which wants basic rights enforced efficiently but fairly. As we have seen above, the courts must also consider the stage of the proceedings which has been affected by the delay. A distinction must be drawn between the process leading to the hearing and the hearing itself. A different balance between conflicting interests may have to be found at different stages of the administrative process.

179 Several kinds of remedies are available either to prevent or remedy abusive delay within an administrative process. The main forms of redress that we need address here are a stay of proceedings, orders for an expedited hearing and costs.

180 Whoever asks for a stay of proceedings carries a heavy burden. In a human rights proceeding, such an order not only stops the proceedings and negates the public interest in the enforcement of human rights legislation, but it also affects, in a radical way, the interest of the complainants who lose the opportunity to have their complaints heard

[qu'elle a] manifestée» (par. 136). À mon avis, cela est un autre indice de la tension qui existait en l'espèce et du caractère moins qu'acceptable de la conduite adoptée par la Commission en traitant cette affaire.

IX. Réparation issue du droit administratif

En définitive, le délai inexpliqué en cause justifie d'accorder une forme de réparation à Blencoe. Toutefois, le choix de la réparation appropriée requiert une analyse minutieuse des circonstances de l'affaire afin de déterminer les causes et la nature du délai ainsi que son incidence sur les procédures, étant donné que les tribunaux judiciaires détiennent toujours un certain pouvoir discrétionnaire en matière de réparations fondées sur les anciens brevets de prérogative. Le choix d'une réparation appropriée peut aussi commander une évaluation délicate d'intérêts opposés. Dans des procédures comme celles à l'origine du présent pourvoi, il nous faut tenir compte de l'intérêt de l'intimé, de celui des plaignantes et, enfin, de celui de la collectivité, laquelle souhaite une application efficace, mais équitable, des droits fondamentaux. Comme nous l'avons vu, les tribunaux judiciaires doivent également prendre en considération l'étape des procédures qui est touchée par le délai. Une distinction doit être établie entre les procédures menant à l'audience et l'audience elle-même. Une évaluation des intérêts opposés peut se révéler nécessaire à chacune des étapes des procédures administratives.

Plusieurs types de réparation permettent de prévenir le délai abusif dans des procédures administratives, ou d'y remédier. Les principales formes de réparation qu'il nous faut examiner en l'espèce sont l'arrêt des procédures, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée et l'adjudication de dépens.

Quiconque demande l'arrêt des procédures assume un lourd fardeau. Dans des procédures en matière de droits de la personne, en plus de mettre fin aux procédures et d'être contraire à l'intérêt du public dans l'application de la législation relatives aux droits de la personne, une telle ordonnance va, en outre, radicalement à l'encontre de l'intérêt du

and dealt with. The stay of proceedings should not generally appear as the sole or even the preferred form of redress: see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 68. A more prudent approach would limit it to those situations that compromise the very fairness of the hearing and to those cases where the delay in the conduct of the process leading to it would amount to a gross or shocking abuse of the process. In those two situations, the interest of the respondent and the protection of the integrity of the legal system become the paramount considerations. The interest of the complainants would undoubtedly be grievously affected by a stay, but the prime concern in such cases becomes the safeguarding of the basic rights of the respondent engaged in a human rights proceeding and the preservation of the essential fairness of the process itself: see *Ratzlaff*, *supra*, at para. 19. Whatever its consequences, a stay may thus become the sole appropriate remedy in those circumstances.

I note that my approach on the matter of a stay here is consistent with the approach that our Court has adopted in the slightly different context in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391. There, the Court, following *O'Connor*, *supra*, recognized a stay as appropriate in situations where the fairness of the hearing had been compromised as well as in situations falling within a residual category. For a residual case to give rise to a stay, the Court held in *Tobiass*, at paras. 90-91 that a stay could be granted where it was the only reasonable means of stopping an abuse that would be perpetuated and aggravated through the conduct of a trial. For a stay to be appropriate as a remedy for an abuse that has already occurred, the abuse must rise to a level such that the mere carrying forward of the case will offend society's sense of justice (*Tobiass*, at para. 91): i.e., in my analysis, where there is a gross or shocking abuse, or where the societal interest in proceeding does not outweigh the considerations I have enumerated.

plaignant qui perd la possibilité de voir sa plainte entendue et réglée. L'arrêt des procédures ne devrait pas généralement être considéré comme la seule réparation possible ni même comme la forme de réparation préférée: voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 68. Il serait plus prudent de limiter l'arrêt des procédures aux cas où l'équité même de l'audience est compromise et où le délai dans les procédures menant à l'audience constituerait un abus de procédure grossier ou scandaleux. Dans les deux cas, l'intérêt de l'intimé et la protection de l'intégrité du système judiciaire deviennent les facteurs prépondérants. L'arrêt des procédures porterait sans doute gravement atteinte à l'intérêt des plaignantes, mais la principale préoccupation, en pareil cas, devient la protection des droits fondamentaux de l'intimé impliqué dans des procédures en matière de droits de la personne et la protection de l'équité essentielle des procédures mêmes: voir *Ratzlaff*, précité, au par. 19. Quelles qu'en soient les conséquences, l'arrêt des procédures peut donc devenir la seule réparation appropriée dans ces circonstances.

Je souligne que mon point de vue concernant la question d'un arrêt des procédures en l'espèce est conforme à celui que notre Cour a adopté dans le contexte légèrement différent de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391. Dans cet arrêt, la Cour a suivi l'arrêt *O'Connor*, précité, et a reconnu qu'un arrêt des procédures peut être ordonné dans les cas où l'équité de l'audience a été compromise et dans ceux qui relèvent d'une catégorie résiduelle. En ce qui concerne l'arrêt en vertu d'une catégorie résiduelle, la Cour a statué, aux par. 90 et 91 de l'arrêt *Tobiass*, qu'il pourrait être accordé si c'était le seul moyen raisonnable de mettre fin à un abus que le déroulement d'un procès contribuerait à perpétuer ou à aggraver. Pour qu'un arrêt puisse être ordonné afin de remédier à un abus déjà commis, l'abus doit être tel que la seule poursuite de l'affaire choquera le sens de la justice de la société (*Tobiass*, au par. 91): autrement dit, il convient de l'ordonner, selon moi, lorsqu'il y a abus grossier ou scandaleux ou encore lorsque l'intérêt de la société dans la poursuite de l'affaire ne l'emporte pas sur les considérations que j'ai énumérées.

182 The approach of the courts should change when it appears that the hearing will remain fair, in spite of the delay and when the delay has not risen to the level of a shocking abuse, notwithstanding its seriousness. More limited and narrowly focused remedies would then become appropriate. In the context of a judicial review procedure akin to mandamus, the first objective of any intervention by a court should be to make things happen, where the administrative process is not working adequately. An order for an expedited hearing within such time frame and with such conditions as the Court might set would be the most practical and effective means of judicial action. Used at the right moment, such a remedy may safeguard the interest of all parties to the process. A litigant who believes he or she is facing undue delay should probably take that route rather than letting the process decay in the hope of stopping the old process on some future date.

183 An order for costs is a third kind of remedy. It will not address the delay directly, but some of its consequences. If a party must resort to the courts to secure a timely hearing or to speed up the process in which he or she is engaged, some form of compensation for costs should at least be considered by the courts in their discretion. Whenever parties are compelled to seek judicial interventions to safeguard their rights, costs must be considered to compensate at least in part the time, money and efforts expended in obtaining redress. Even if costs cannot indemnify the party for all the losses and prejudice arising from administrative delay, they afford at least a measure of compensation.

184 In the present appeal, the remedy of a pure stay of proceeding appears both excessive and unfair. First, in spite of the seriousness of the problems faced by Blencoe, the delay does not seem to compromise the fairness of the hearing. As the trial judge found at para. 10, the respondent has not established that the delay has deprived him of evi-

L'approche des tribunaux judiciaires devrait changer lorsqu'il appert que le délai ne portera pas atteinte à l'équité de l'audience et qu'il ne constitue pas un abus scandaleux en dépit de sa gravité. Des réparations plus limitées et mieux ciblées seraient alors appropriées. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire analogue au mandamus, toute intervention d'un tribunal judiciaire devrait, d'abord et avant tout, viser à faire avancer les choses lorsque les procédures administratives ne se déroulent pas adéquatement. L'intervention judiciaire la plus pratique et efficace serait d'ordonner la tenue d'une audience accélérée dans un délai et aux conditions prescrites par la cour. Si elle est accordée au bon moment, cette réparation peut protéger les intérêts de toutes les parties en cause. La partie qui se croit victime d'un délai injustifié devrait probablement procéder de cette façon plutôt que de laisser la situation se détériorer dans l'espoir de pouvoir mettre fin aux procédures ultérieurement.

L'adjudication de dépens est la troisième réparation possible. Elle touche non pas le délai directement, mais plutôt certaines de ses conséquences. Si une partie doit recourir aux tribunaux pour obtenir la tenue d'une audience en temps opportun ou pour accélérer les procédures dans lesquelles elle est impliquée, les tribunaux devraient au moins pouvoir envisager la possibilité d'accorder une forme quelconque d'indemnisation des dépens. Chaque fois qu'une partie doit faire appel à une cour de justice pour faire respecter ses droits, les dépens doivent être pris en compte pour compenser, du moins en partie, le temps, l'argent et les efforts consacrés à l'obtention d'une réparation. Même si les dépens ne permettent pas d'indemniser la partie de toutes les pertes et de tout le préjudice résultant d'un délai administratif, ils assurent au moins une certaine indemnisation.

En l'espèce, la réparation consistant à ordonner l'arrêt pur et simple des procédures paraît à la fois excessive et inéquitable. Premièrement, malgré la gravité des difficultés éprouvées par Blencoe, le délai ne semble pas compromettre l'équité de l'audience. Comme le juge de première instance l'a conclu, au par. 10, l'intimé n'a pas établi que le

dence or information important to his defence. The delay rather concerns the process leading to the hearing. It arises from a variety of causes that do not evince an intent from the Commission to harm him wilfully, but rather demonstrate grave negligence and important structural problems in the processing of the complaints. Second, a stay of proceedings in a situation that does not compromise the fairness of the hearing and does not amount to shocking or gross abuse requires the consideration of the interest of the complainants in the choice of the proper remedy (*Tobiass, supra*, at para. 92). In the present matter, the judgment of the Court of Appeal completely omitted any consideration of this interest (see para. 39). The lifting of the stay is thus both justified and necessary.

However, rejecting the stay as a proper remedy in the present case does not mean that Blencoe should be deprived of any redress. On the contrary, an order for an expedited hearing should have been considered as the remedy of choice. There will be some irony in granting such a remedy more than five years after the proceedings began. Such an outcome offers the respondent little solace. Nevertheless, in spite of its rather symbolic value, at the present stage of the proceedings, it appears as a critically important remedy that should have been used at an earlier stage to prod the Commission along and to control the inefficiency of its process.

In spite of the partial success of this appeal, as I agree that the stay should be lifted, Blencoe is entitled to some compensation in the form of costs in our Court and in the courts below. Section 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, grants our Court broad discretion when awarding costs. In the present case, it would be both fair and appropriate to use this power as the respondent has established that the process initiated against him was deeply flawed and that its defects justified his search for a remedy, at least in administrative law. He had to fight for his rights, and it would be unfair for him to bear the costs personally.

délat l'a privé d'un élément de preuve ou d'un renseignement important pour sa défense. Le délai concerne plutôt les procédures menant à l'audience. Il est dû à une gamme de causes qui traduisent non pas l'intention de la Commission de léser délibérément l'intimé, mais plutôt une négligence grave et l'existence de problèmes structurels importants en matière de traitement des plaintes. Deuxièmement, pour ordonner l'arrêt des procédures dans le cas où l'équité de l'audience n'est pas compromise et où il n'y a pas d'abus scandaleux ou grossier, il faut tenir compte l'intérêt du plaignant dans le choix de la réparation appropriée (*Tobiass*, précité, au par. 92). Dans la présente affaire, la Cour d'appel a complètement omis de tenir compte de cet intérêt (voir le par. 39). L'annulation de l'arrêt des procédures est donc à la fois justifiée et nécessaire.

Cependant, le rejet de l'arrêt des procédures à titre de réparation appropriée en l'espèce ne signifie pas pour autant que Blencoe devrait être privé de toute réparation. Au contraire, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée aurait dû être envisagée à titre de réparation appropriée. Il est quelque peu ironique d'accorder une telle réparation plus de cinq ans après le début des procédures. Un tel résultat offre une mince consolation à l'intimé. Néanmoins, malgré sa valeur plutôt symbolique à l'étape actuelle des procédures, cette réparation apparaît comme une mesure d'une importance cruciale et aurait dû être accordée plus tôt pour inciter la Commission à agir et pour remédier à l'inefficacité de ses procédures.

En dépit de la réussite partielle du présent appel et étant donné que je conviens qu'il y a lieu d'annuler l'arrêt des procédures, Blencoe a droit à une indemnisation sous forme de dépens devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. L'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, investit notre Cour d'un large pouvoir discrétionnaire en matière d'adjudication de dépens. En l'espèce, il serait à la fois juste et opportun d'exercer ce pouvoir étant donné que l'intimé a établi que les procédures engagées contre lui étaient entachées de vices importants qui le justifiaient de demander une réparation au moins

Although ultimately unsuccessful in his application for a stay, Blencoe brought to the attention of the courts the grave deficiency of the administrative processes of the Commission. He should at least not be penalized for this mixture of success and failure (e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 726).

X. Section 7 of the Charter

187 The application of the general principles of administrative law would have justified the intervention of the trial court without any need to demonstrate a breach of an interest protected by s. 7 of the *Charter*. As I think that this matter should have been resolved on the basis of administrative law principles, I do not think I have to express a definite opinion on the application of s. 7 of the *Charter* in the present case.

188 We must remember though that s. 7 expresses some of the basic values of the *Charter*. It is certainly true that we must avoid collapsing the contents of the *Charter* and perhaps of Canadian law into a flexible and complex provision like s. 7. But its importance is such for the definition of substantive and procedural guarantees in Canadian law that it would be dangerous to freeze the development of this part of the law. The full impact of s. 7 will remain difficult to foresee and assess for a long while yet. Our Court should be alive to the need to safeguard a degree of flexibility in the interpretation and evolution of s. 7 of the *Charter*. At the same time, the Court should remind litigants that not every case can be reduced to a *Charter* case.

189 Assuming that the *Charter* must solve every legal problem would be a recipe for freezing and sterilizing the natural and necessary evolution of the common law and of the civil law in this country. In the present appeal, the absence of a *Charter* remedy does not mean that administrative law

fondée sur le droit administratif. Il a dû lutter pour faire respecter ses droits et il serait injuste qu'il assume personnellement les frais de cette lutte. Même si sa demande d'arrêt des procédures a finalement été rejetée, Blencoe a attiré l'attention des tribunaux sur les graves lacunes des procédures administratives de la Commission. Il n'y a pas lieu, à tout le moins, de le pénaliser en raison de ce mélange de réussite et d'échec (par exemple, *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 726).

X. L'article 7 de la Charte

L'application des principes généraux du droit administratif aurait justifié l'intervention du tribunal de première instance sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer l'existence d'une atteinte à un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Comme j'estime que la présente affaire aurait dû être réglée en fonction des principes du droit administratif, il me paraît inutile d'exprimer une opinion précise sur l'application de l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce.

Nous devons toutefois nous rappeler que l'art. 7 énonce certaines valeurs fondamentales de la *Charte*. Il est sûrement vrai qu'il nous faut éviter de ramener la *Charte*, voire le droit canadien, à une disposition souple et complexe comme l'art. 7. Toutefois, son importance est telle pour la définition des garanties de fond et de procédure en droit canadien qu'il serait périlleux de bloquer l'évolution de cette partie du droit. Il restera difficile pendant encore assez longtemps de prévoir et d'évaluer toutes les répercussions de l'art. 7. Notre Cour devrait être consciente de la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte* et dans l'évolution de son application. En même temps, notre Cour devrait rappeler aux parties que les affaires ne peuvent pas toutes être plaidées sur le fondement de la *Charte*.

Supposer que tout problème juridique doit se régler en fonction de la *Charte* contribuerait à bloquer et à stériliser l'évolution naturelle et nécessaire de la common law et du droit civil dans notre pays. Comme nous l'avons vu, l'absence en l'espèce d'une réparation fondée sur la *Charte* ne

remedies could not have been identified and applied, as we have seen above.

XI. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal in part, lift the stay of proceedings and order an expedited hearing of the complainants Schell and Willis. I would also order the appellant British Columbia Human Rights Commission to pay costs on a party-to-party basis to the respondent Blencoe in this Court and in the British Columbia courts.

Appeal allowed with costs against the appellant Commission, IACOBUCCI, BINNIE, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellants the British Columbia Human Rights Commission and the Commissioner of Investigation and Mediation: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Human Rights Tribunal: Morley & Ross, Victoria.

Solicitor for the appellant Andrea Willis: Robert B. Farvolden, Victoria.

Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitors for the intervener Irene Schell: Allard & Company, Vancouver.

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 Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Saskatchewan Human Rights Commission: Milton Woodard, Saskatoon.

signifie pas qu'aucune réparation n'aurait pu être trouvée et accordée en application du droit administratif.

XI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler l'arrêt des procédures et d'ordonner la tenue d'une audition accélérée des plaintes de Schell et Willis. Je suis également d'avis d'ordonner à l'appelante, la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique, de payer à l'intimé Blencoe des dépens comme entre parties devant notre Cour et les tribunaux de la Colombie-Britannique.

Pourvoi accueilli avec dépens contre la Commission appelante, les juges IACOBUCCI, BINNIE, ARBOUR et LEBEL sont dissidents en partie.

Procureurs des appelants la British Columbia Human Rights Commission et le Commissioner of Investigation and Mediation: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le British Columbia Human Rights Tribunal: Morley & Ross, Victoria.

Procureur de l'appelante Andrea Willis: Robert B. Farvolden, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Arvay Finlay, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Irene Schell: Allard & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante la Saskatchewan Human Rights Commission: Milton Woodard, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Cathryn Pike and Jennifer Scott, Toronto.

Solicitor for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission: Lara J. Morris, Halifax.

Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Fiona Keith, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Hélène Tessier, Montréal.

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Coalition: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Jennifer L. Conkie and Dianne Pothier, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Cathryn Pike et Jennifer Scott, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Nova Scotia Human Rights Commission: Lara J. Morris, Halifax.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Fiona Keith, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Hélène Tessier, Montréal.

Procureur de l'intervenante la British Columbia Human Rights Coalition: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Jennifer L. Conkie et Dianne Pothier, Vancouver.

The Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish *Appellants*

v.

The Attorney General of Alberta, the Government of Alberta and the Minister of Education *Respondents*

and between

The Public School Boards' Association of Alberta

and

The Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 and Margaret Ward Lounds *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of Alberta and the Minister of Education *Respondents*

and

The Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando *Respondents*

and

The Alberta School Boards' Association (*Plaintiff*)

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney

Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish *Appellants*

c.

Le procureur général de l'Alberta, le gouvernement de l'Alberta et le ministre de l'Éducation *Intimés*

et entre

Public School Boards' Association of Alberta

et

Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 et Margaret Ward Lounds *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de l'Éducation *Intimés*

et

Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando *Intimés*

et

Alberta School Boards' Association (*Demanderesse*)

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick,

General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Ontario Public School Boards' Association, the Ontario English Catholic Teachers' Association, the Saskatchewan School Trustees Association, the British Columbia School Trustees Association, the Ontario Catholic School Trustees' Association, the Catholic Section of the Saskatchewan School Trustees Association, St. Paul's Roman Catholic Separate School Division No. 20, the Boards of Education of the Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Estevan School Division No. 95, Melfort School Division No. 100, Moose Jaw School Division No. 1, Battlefords School Division No. 118, and Saskatoon School Division No. 13 *Interveniers*

le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Ontario Public School Boards' Association, l'Association des enseignants catholiques de langue anglaise de l'Ontario, Saskatchewan School Trustees Association, l'Association des commissaires d'écoles de la Colombie-Britannique, Ontario Catholic School Trustees' Association, Catholic Section de la Saskatchewan School Trustees Association, St. Paul's Roman Catholic Separate School Division No. 20, Boards of Education de la Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Estevan School Division No. 95, Melfort School Division No. 100, Moose Jaw School Division No. 1, Battlefords School Division No. 118, et Saskatoon School Division No. 13 *Intervenants*

INDEXED AS: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2000 SCC 45.

File No.: 26701.

2000: March 21, 22; 2000: October 6.

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 — Education — Funding — School boards — Reasonable autonomy — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether school boards have constitutionally guaranteed rights to reasonable auto-

RÉPERTORIÉ: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA c. ALBERTA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre: 2000 CSC 45.

N° du greffe: 26701.

2000: 21, 22 mars; 2000: 6 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'ALBERTA

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Autonomie raisonnable — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit

nomy — Constitution Act, 1867, s. 93 — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1.

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Discrimination — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether allowing only separate school boards to opt out of scheme constituted discrimination within meaning of s. 17(2) of Alberta Act — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Mirror equality — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether s. 17(1) of Alberta Act importing principle of mirror equality — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

The *School Amendment Act, 1994* and the *Government Organization Act*, together with the *Framework for Funding School Boards in the 1995-96 School Year*, introduced a new school funding scheme. The Alberta Government chose to pool all revenues in a central fund and to distribute funding to school boards in a provincially stipulated per-student amount multiplied by the number of students enrolled within each board's jurisdiction. With one exception, public school boards may no longer retain money raised through direct taxation. As a result of their constitutional status, separate school boards could and did opt out of the fund and continue to requisition taxes directly from ratepayers. Separate school boards, however, may not retain an amount less than or greater than the allotment they would have received from the fund. In the event of a deficiency, an opted-out board receives a payment from the fund and, in the event of a surplus, opted-out boards must remit to the fund any amount in excess of the allotment they

— Les conseils scolaires possèdent-ils des droits constitutionnels à une autonomie raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1.

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Discrimination — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — Le fait d'autoriser uniquement les conseils des écoles séparées à se retirer du régime est-il discriminatoire au sens de l'art. 17(2) de la Loi sur l'Alberta? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Égalité intégrale — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — L'article 17(1) de la Loi sur l'Alberta importe-t-il un principe d'égalité intégrale? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

The *School Amendment Act, 1994* et la *Government Organization Act*, avec le *Framework for Funding School Boards in the 1995-96 School Year* («document-cadre»), ont introduit un nouveau régime de financement des écoles. Le gouvernement de l'Alberta a choisi de mettre en commun les sources de revenus dans un fonds central et de distribuer les fonds aux conseils scolaires selon un taux par élève fixé par la province, multiplié par le nombre d'élèves inscrits dans chaque conseil scolaire. À part une exception, les conseils des écoles publiques ne sont désormais plus autorisés à conserver les sommes prélevées par voie d'imposition directe. En raison de leur statut constitutionnel, les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du fonds, et certains l'ont fait, et à continuer de prélever des taxes directement auprès des contribuables. Les conseils des écoles séparées, cependant, ne peuvent prélever un taux inférieur ou supérieur au taux qu'ils auraient reçu du fonds. En cas de déficit, le fonds verse un montant aux

would have received had they participated in the fund. All boards also receive provincial grants determined by the Framework based upon three blocks: instruction, support and capital. Each school receives the same allotment per student for basic instruction. Additional funding is provided to equalize the effect of school-specific factors. Several school board associations and others challenged the constitutionality of the scheme arguing that school boards had a constitutional right to reasonable autonomy, that the new scheme discriminated against public school boards, and that it violated a constitutional principle of mirror equality that guarantees equivalent rights to public and separate school boards. The trial judge rejected the reasonable autonomy and discrimination arguments but accepted the mirror equality argument, finding the scheme invalid to the extent that it does not allow public school boards to opt out of the funding scheme. The Court of Appeal upheld the trial judge's decision on the reasonable autonomy and discrimination issues but held that s. 17(1) did not import a principle of mirror equality and found the new scheme constitutional.

Held: The appeal should be dismissed. The new school funding scheme is constitutional.

School boards do not enjoy reasonable autonomy from provincial control. School boards are a form of municipal institution and are delegates of provincial jurisdiction under s. 92(8) of the *Constitution Act, 1867*. Municipal institutions do not have an independent constitutional status. School boards are subject to legislative reform even though they are unique vehicles through which denominational rights are realized. Under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, the provinces have a plenary jurisdiction over education. A claim to an institutional sphere of reasonable autonomy is inconsistent with, and would impair, this plenary power. Section 17 of the *Alberta Act* does not alter this position. Alberta may alter educational institutions within its borders, subject only to those rights afforded through the combined effect of s. 93 and s. 17. Moreover, no constitutional convention demonstrates reasonable autonomy. The historical evidence indicates that significant centralized control existed when Alberta joined Confederation and the grant to the provinces of plenary jurisdiction over

conseils qui ont opté pour le retrait, et ces derniers sont tenus de remettre au fonds tout montant excédant la somme qu'ils auraient reçue s'ils avaient participé au fonds. Tous les conseils reçoivent également des subventions de la province, prévues dans le document-cadre selon trois catégories: l'enseignement, le soutien et le capital. Chaque école reçoit un montant fixe par élève pour l'enseignement de base. Il est prévu des crédits supplémentaires pour compenser l'effet des facteurs propres à l'école. Plusieurs associations de conseils scolaires et d'autres intervenants contestent la constitutionnalité du régime, soutenant que les conseils scolaires ont un droit constitutionnel à une autonomie raisonnable, que le nouveau régime est discriminatoire à l'égard des conseils des écoles publiques et qu'il enfreint le principe constitutionnel d'une égalité intégrale qui garantit des droits équivalents aux conseils des écoles publiques et à ceux des écoles séparées. Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'autonomie raisonnable et l'argument de discrimination, mais a accepté l'argument sur l'égalité intégrale, concluant que le régime est inconstitutionnel dans la mesure où il ne permet pas aux conseils des écoles publiques de se retirer du régime de financement. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance sur la question de l'autonomie raisonnable et celle de la discrimination, mais a conclu que le par. 17(1) n'importait pas un principe d'égalité intégrale et que le nouveau régime était constitutionnel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Le nouveau régime de financement des écoles est constitutionnel.

Les conseils scolaires ne jouissent pas d'une autonomie raisonnable. Les conseils scolaires sont une forme d'institution municipale et sont des délégués de pouvoirs de la province en vertu du par. 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les institutions municipales n'ont pas de statut constitutionnel indépendant. Les conseils scolaires sont soumis aux réformes législatives même s'ils sont des moyens exceptionnels par lesquels se concrétisent les droits de nature confessionnelle. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces pleine compétence en matière d'éducation. La prétention à une sphère institutionnelle d'autonomie raisonnable est incompatible avec ce pouvoir absolu et y porterait atteinte. L'article 17 de la *Loi sur l'Alberta* ne change en rien ce point de vue. L'Alberta est autorisée à restructurer les établissements d'enseignement situés à l'intérieur de ses frontières, à la seule condition de respecter les droits conférés par les effets conjugués des art. 93 et 17. En outre, aucune convention constitutionnelle ne démontre que les conseils scolaires

education suggests that the framers of the Constitution did not feel bound by convention to restrict the provinces to historic structures or models. Legislative reform since Alberta joined Confederation denies the existence of a belief in binding models of education. The new scheme therefore does not violate a constitutional principle or convention of reasonable autonomy.

Neither the amended legislation nor the conditions or restrictions on funding developed under this legislation violate s. 17(2) of the *Alberta Act* by discriminating against public school boards in the appropriation or distribution of money for the support of schools. Section 17(2) carries forward a principle of proportionality between the educational opportunities of separate and public school supporters by imposing a standard of fairness upon the distribution of government monies. This standard of fairness does not guarantee absolute or formalistic equality, does not prohibit all distinctions in funding, and deals only with general fairness in the distribution of monies rather than distinctions in the distribution of rights. It follows that it is unnecessary to ascertain the scope of separate school rights under s. 17(1) of the *Alberta Act* to determine whether the funding scheme meets a standard of fairness under s. 17(2). Equally, the unique ability of separate school boards to opt out is not a source of discrimination under s. 17(2). The amended legislation is fair. The scheme seeks to provide an equal per-student distribution of the fund and provides redress against prior intra-provincial funding inequities. Finally, for the reasons given by the majority in the Court of Appeal, the discretion granted to the Lieutenant Governor in Council under s. 13(2) of the *Government Organization Act* does not violate s. 17(2).

Lastly, s. 17(1) of the *Alberta Act* does not import a principle of mirror equality. Legislation applicable before Alberta joined Confederation did not equate the rights of public schools to those of separate schools. Section 17(1) is primarily separate school protective legislation which affords only limited and non-equivalent protection to public schools. Section 17(1) freezes in time the rights and privileges of separate

jouissent d'une autonomie raisonnable. La preuve historique montre l'existence d'une grande centralisation du contrôle quand l'Alberta est entrée dans la Confédération, et le fait que les provinces aient reçu pleine compétence en matière d'éducation donne à penser que les rédacteurs de la Constitution ne se sentaient pas obligés par convention de restreindre les provinces aux structures et modèles du passé. Les réformes législatives depuis l'entrée de l'Alberta dans la Confédération réfutent l'idée de modèles scolaires obligatoires. Le nouveau régime n'enfreint donc pas une convention ou un principe constitutionnel en matière d'autonomie raisonnable.

Ni la loi modifiée ni les conditions ou restrictions au financement établies en vertu de cette loi ne contreviennent au par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta* en traitant de façon discriminatoire les conseils des écoles publiques dans l'affectation ou la distribution de deniers pour financer les écoles. Le paragraphe 17(2) vise à garantir la proportionnalité dans l'égalité des chances en matière d'éducation aux tenants des écoles séparées et à ceux des écoles publiques en imposant une norme d'équité pour la répartition des crédits du gouvernement. Cette norme d'équité ne garantit pas l'égalité absolue ou formaliste, elle n'interdit pas toutes les distinctions en matière de financement et elle traite d'équité globale dans la répartition des fonds plutôt que de distinctions dans la répartition des droits. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer l'étendue des droits dont jouissent les écoles séparées en vertu du par. 17(1) de la *Loi sur l'Alberta* pour décider si le régime de financement est conforme à la norme d'équité établie par le par. 17(2). De même, le droit exclusif des conseils des écoles séparées de se retirer n'est pas source de discrimination au sens du par. 17(2). La loi modifiée est équitable. Le régime vise à assurer une répartition égale des fonds en fonction du nombre d'élèves inscrits et corrige les inégalités de financement qui existent dans la province. Enfin, pour les motifs exposés par la majorité en cour d'appel, le pouvoir discrétionnaire conféré au lieutenant-gouverneur en conseil en vertu du par. 13(2) de la *Government Organization Act* ne contrevient pas au par. 17(2).

En dernier lieu, le par. 17(1) de la *Loi sur l'Alberta* n'importe pas un principe d'égalité intégrale. La loi applicable avant l'entrée de l'Alberta dans la Confédération n'assimilait pas les droits des écoles publiques à ceux des écoles séparées. Le paragraphe 17(1) est essentiellement une mesure législative visant la protection des écoles séparées qui ne consent aux écoles publiques qu'une protection limitée et non équivalente. Le para-

schools and the rights to religious instruction of both public and separate schools as they existed in 1905. Subject to constitutionalization of then existing rights and the continuing effect of s. 17(2) of the *Alberta Act*, separate and public schools were free to evolve independently after 1905 under the plenary jurisdiction of the Province. Furthermore, the inability of public school boards to opt out of the fund does not infringe the rights to religious instruction afforded public schools under s. 17(1). There is no evidence that the public school boards' inability to opt out has a prejudicial effect upon these rights.

Cases Cited

Referred to: *Godbout v. Longueil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Alder v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Regina Public School District v. Graton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589; *Calgary Board of Education v. Attorney General for Alberta*, [1980] 1 W.W.R. 347, aff'd [1981] 4 W.W.R. 187, leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. vi; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Reference Re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] S.C.R. 364; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20], s. 17(1), (2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7.
Constitution Act, 1867, ss. 92(8), 93.
Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13(2).
Magna Carta (1215).
School Act, S.A. 1988, c. S-3.1 [am. 1994, c. 29; am. 1994, c. G-8.5], ss. 15(c.1), 25(1)(e), (f), 28(6), 32, 94(1), (4), 94.1, 155(6), 157.1(1), (2), (8), 158(1), (2),

graphe 17(1) fige dans le temps les droits et privilèges des écoles séparées, de même que les droits des écoles publiques et des écoles séparées en matière d'enseignement confessionnel, tels qu'ils existaient en 1905. Sous réserve de la constitutionnalisation des droits qui existaient alors et de l'effet continu du par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta*, il était loisible aux écoles séparées et aux écoles publiques d'évoluer de façon indépendante après 1905 sous la compétence absolue de la province. En outre, l'incapacité des conseils des écoles publiques de se retirer du fonds ne contrevient pas aux droits en matière d'enseignement confessionnel consentis aux écoles publiques en vertu du par. 17(1). Rien ne prouve que l'incapacité des conseils des écoles publiques de se retirer a un effet préjudiciable sur ces droits.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Godbout c. Longueil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Alder c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Regina Public School District c. Graton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589; *Calgary Board of Education c. Attorney General for Alberta*, [1980] 1 W.W.R. 347, conf. par [1981] 4 W.W.R. 187, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. vi; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Reference Re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] R.C.S. 364; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7.
Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13(2).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(8), 93.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20], art. 17(1), (2).
Magna Carta (1215).
School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1 [mod. 1994, ch. 29; mod. 1994, ch. G-8.5], art. 15c.1), 25(1)e), f), 28(6), 32, 94(1), (4), 94.1, 155(6), 157.1(1), (2), (8), 158(1),

(4), (8), 159.1(1), (2), (3), (4), (7), 167(2), (3.1), 181.1, 187, 192, 237.
School Amendment Act, 1994, S.A. 1994, c. 29.
School Assessment Ordinance, O.N.W.T. 1901, c. 30.
School Ordinance, O.N.W.T. 1901, c. 29, ss. 45, 137-139.

Authors Cited

Funding for School Authorities in the 1995-1996 School Year: A Manual for School Jurisdictions, Private Schools and Private ECS Operators. Alberta: Alberta Education, 1995.
 Lupul, Manoly R. *The Roman Catholic Church and the North-West School Question: a study in church-state relations in western Canada, 1875-1905*. Toronto: University of Toronto Press, 1974.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 62, 216 A.R. 201, 175 W.A.C. 201, 158 D.L.R. (4th) 267, [1998] A.J. No. 317 (QL), allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Smith J. (1995), 198 A.R. 204, [1995] A.J. No. 1317 (QL), declaring the impugned legislation invalid. Appeal dismissed.

Dale Gibson, Ritu Khullar and Rang J. Jeerakathil, for the appellants the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish.

Eric P. Groody and David H. de Vlieger, for the appellants the Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 and Margaret Ward Lounds.

Robert C. Maybank, Margaret Unsworth and Roderick Wiltshire, for the respondents the Attorney General of Alberta, the Government of Alberta, Her Majesty the Queen in right of Alberta, and the Minister of Education.

Kevin P. Feehan and James E. Redmond, Q.C., for the respondents the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando.

(2), (4), (8), 159.1(1), (2), (3), (4), (7), 167(2), (3.1), 181.1, 187, 192, 237.
School Amendment Act, 1994, S.A. 1994, ch. 29.
School Assessment Ordinance, O.N.W.T. 1901, ch. 30.
School Ordinance, O.N.W.T. 1901, ch. 29, art. 45, 137-139.

Doctrine citée

Funding for School Authorities in the 1995-1996 School Year: A Manual for School Jurisdictions, Private Schools and Private ECS Operators. Alberta: Alberta Education, 1995.
 Lupul, Manoly R. *The Roman Catholic Church and the North-West School Question: a study in church-state relations in western Canada, 1875-1905*. Toronto: University of Toronto Press, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 62, 216 A.R. 201, 175 W.A.C. 201, 158 D.L.R. (4th) 267, [1998] A.J. No. 317 (QL), qui a accueilli l'appel et rejeté l'appel incident contre un jugement du juge Smith (1995), 198 A.R. 204, [1995] A.J. No. 1317 (QL), qui avait déclaré inconstitutionnelle la loi contestée. Pourvoi rejeté.

Dale Gibson, Ritu Khullar et Rang J. Jeerakathil, pour les appelants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish.

Eric P. Groody et David H. de Vlieger, pour les appelants Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 et Margaret Ward Lounds.

Robert C. Maybank, Margaret Unsworth et Roderick Wiltshire, pour les intimés le procureur général de l'Alberta, le gouvernement de l'Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de l'Éducation.

Kevin P. Feehan et James E. Redmond, c.r., pour les intimés Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando.

Robert E. Charney and Janet E. Minor, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Written submissions only by *Eugene B. Szach* and *Darrin R. Davis*, for the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Michael A. Hines, for the intervener the Ontario Public School Boards' Association.

Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday, for the intervener the Ontario English Catholic Teachers' Association.

LaVonne R. Beriault, for the intervener the Saskatchewan School Trustees Association.

Judith Anderson and Katherine Arnold, for the intervener the British Columbia School Trustees Association.

Peter D. Lauwers, for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association.

John R. Beckman, Q.C., and *L. J. Dick Batten*, for the interveners the Catholic Section of the Saskatchewan School Trustees Association and St. Paul's Roman Catholic Separate School Division No. 20.

Robert G. Richards, Q.C., and *Debra G. Burnett*, for the interveners the Boards of Education of Regina School Division No. 4, et al.

Robert E. Charney et Janet E. Minor, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Eugene B. Szach* et *Darrin R. Davis*, pour le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *George H. Copley, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Michael A. Hines, pour l'intervenante Ontario Public School Boards' Association.

Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday, pour l'intervenante l'Association des enseignants catholiques de langue anglaise de l'Ontario.

LaVonne R. Beriault, pour l'intervenante Saskatchewan School Trustees Association.

Judith Anderson et Katherine Arnold, pour l'intervenante l'Association des commissaires d'écoles de la Colombie-Britannique.

Peter D. Lauwers, pour l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association.

John R. Beckman, c.r., et *L. J. Dick Batten*, pour les intervenantes Catholic Section de la Saskatchewan School Trustees Association et St. Paul's Roman Catholic Separate School Division No. 20.

Robert G. Richards, c.r., et *Debra G. Burnett*, pour les intervenants Boards of Education de la Regina School Division No. 4 et autres.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MAJOR J. — The appellants challenge provisions of the *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, c. 29, and the *Government Organization Act*, S.A. 1994, c. G-8.5. These provisions, together with the adoption of the *Framework for Funding School Boards in the 1995-96 School Year* (“Framework”), centralized the control and funding of primary and secondary education in Alberta. The scheme created the Alberta School Foundation Fund (“ASFF”), implemented spending restrictions upon school boards, and strengthened ministerial control over school board senior staff.

LE JUGE MAJOR — Les appelants contestent la validité de diverses dispositions de la *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, ch. 29, et de la *Government Organization Act*, S.A. 1994, ch. G-8.5. Ces lois, avec le *Framework for Funding School Boards in the 1995-96 School Year* («document-cadre»), centralisent le contrôle et le financement des écoles primaires et secondaires en Alberta. Ce régime crée l’Alberta School Foundation Fund («Fonds»), impose aux conseils scolaires des restrictions aux dépenses et augmente le pouvoir de contrôle du ministre sur les cadres supérieurs des conseils scolaires.

Simply speaking, the impugned scheme was a cost-cutting measure implemented to reduce overall funding to education and to address past discrepancies in school resources. To this end, the Alberta Government chose to pool all revenues and distribute funding based upon the number of students enrolled in each school board’s jurisdiction. The level of per-student funding would be determined by the Province so that total funding could be both controlled and allocated equitably. Separate school boards retained the ability to opt out of the scheme and continue to raise funds directly from their supporters. It is the inability of public boards also to opt out that is the centre of this appeal.

En d’autres termes, il s’agit de mesures de compression budgétaire visant à diminuer le financement global des écoles et à s’attaquer au problème de l’inégalité de la répartition des ressources scolaires. Pour ce faire, le gouvernement de l’Alberta a choisi de mettre en commun les sources de revenus et de répartir les fonds en fonction du nombre d’élèves inscrits dans chaque conseil scolaire. Le niveau de financement par élève serait déterminé par la province, de sorte que celle-ci puisse à la fois contrôler le financement total et allouer les fonds de manière équitable. Les conseils des écoles séparées conservaient le droit de se retirer du régime et de continuer à faire appel directement à leurs commettants pour se financer. C’est précisément l’incapacité des conseils des écoles publiques de se retirer, eux aussi, du régime qui est au cœur du présent pourvoi.

I. Factual Background

At Confederation, Roman Catholics in Ontario and Protestants in Quebec were afforded constitutional guarantees with respect to the ability to provide a denominational education. These principles, embodied in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, were affirmed in s. 17 of the *Alberta Act, S.C. 1905, c. 3*, upon the Province of Alberta’s creation. Presently, both Protestant and Roman Catholic

I. Les faits

Au temps de la Confédération, les catholiques romains de l’Ontario et les protestants du Québec se sont vu accorder des garanties constitutionnelles touchant leur capacité de dispenser un enseignement confessionnel. Garanties à l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces principes ont été repris à l’art. 17 de la *Loi sur l’Alberta, S.C. 1905, ch. 3*, au moment de la création de l’Alberta. À

“separate” schools co-exist within Alberta alongside public schools. Public schools are generally not religiously affiliated, but specific population patterns have given rise to at least one Roman Catholic public school in Alberta. In addition, there are private schools, usually religious, that operate independently but within the public curriculum and with some provincial aid.

4 Prior to the introduction of the amendments in question, primary and secondary education in Alberta was funded partly by the provincial government and partly by local boards. Provincial funding was provided through grants and property taxes. Local boards also imposed taxes supplementary to those implemented by the Province. The ratio of local to provincial funding ebbed and flowed over time.

5 To limit the ability of local boards to tax at will, the Province placed caps upon local education taxes which could be exceeded only through plebiscite. In the mid-1970s plebiscites were replaced by a less onerous by-law requirement and as a result, or by coincidence, local requisitions increased substantially. Given the disparities among local assessment bases, intra-provincial mill rates and expenditures per student varied widely. These inequities were partially remedied through provincial equalization payments.

6 To address disparate local funding levels, the Legislature of Alberta passed the impugned legislation creating the ASFF. The ASFF scheme appropriates all local requisitions to the control of the Province. With the exception of a limited plebiscite levy, public school boards may no longer retain money raised through direct taxation. The pooled ASFF funds are distributed to school boards in provincially stipulated per-student incre-

l'heure actuelle, les écoles «séparées» protestantes et catholiques romaines coexistent en Alberta avec les écoles publiques. En règle générale, les écoles publiques n'ont aucune appartenance confessionnelle, mais certaines situations démographiques ont donné lieu à la création d'au moins une école publique catholique romaine en Alberta. En outre, il existe des écoles privées, généralement confessionnelles, dont la gestion est indépendante mais qui sont soumises au programme d'enseignement public et bénéficient d'une aide provinciale.

Avant l'adoption des modifications en cause, les écoles primaires et secondaires en Alberta étaient financées par le gouvernement provincial et par les conseils locaux. Les fonds fournis par la province provenaient de subventions et de taxes foncières. Les conseils locaux prélevaient également des taxes, en plus de celles perçues par la province. Les proportions de financement local et de financement provincial ont varié au cours des années.

Pour limiter le pouvoir de taxation des conseils locaux, la province a établi un plafond pour les taxes scolaires locales qui ne pouvait être dépassé que par plébiscite. Au milieu des années 70, l'exigence de recourir au plébiscite a été remplacée par celle moindre de l'adoption de règlements et, en conséquence ou par pure coïncidence, les taxes locales ont considérablement augmenté. En raison des écarts entre les assiettes fiscales locales, les dépenses admises par élève et les taux d'imposition au sein de la province variaient énormément. Les paiements de péréquation effectués par la province ont remédié en partie à ces disparités.

Pour résoudre le problème de la disparité des niveaux de financement local, l'Assemblée législative de l'Alberta a adopté la loi contestée en l'espèce, qui établit le Fonds. Le Fonds place toutes les taxes locales sous le contrôle de la province. À l'exception d'un pouvoir limité de taxation assujéti à plébiscite, les conseils des écoles publiques ne sont désormais plus autorisés à conserver les sommes prélevées par voie d'imposition directe.

ments multiplied by the number of students enrolled within each board's jurisdiction.

As a result of their constitutional status, separate school boards could and did opt out of the ASFF and continue to requisition taxes directly from ratepayers. Nevertheless, on a per-student basis these boards may not retain an amount less than or greater than the provincially stipulated amount. Thus, in the event of a deficiency the ASFF provides a top-up payment. Conversely, pursuant to s. 159.1(4) of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, opted-out separate boards must remit to the ASFF any amount in excess of the provincial per-student budget (the "claw-back").

Subsequent to the 1994 amendments, both public and separate school boards continued to receive provincial grants in addition to ASFF or directly requisitioned monies, as the case may be. At the relevant time, grant levels were determined in accordance with the Framework.

The Framework determined each board's allocation of funding based upon three blocks: instruction, support and capital. Each school received the same allotment per student for basic instruction. Additional funding is provided to equalize the effect of school-specific factors such as student transportation requirements or the number of special needs students in attendance. The size of an individual board's provincial grant is then determined by subtracting the amount available to that board from property assessments (whether sourced via the ASFF, direct assessment or a combination thereof) from the total funding allotment calculated in accordance with the Framework.

The Framework also placed restrictions upon a board's use of funds by prescribing budgeted allotments for each of the instruction, support and capi-

Celles-ci sont affectées au Fonds pour être ensuite distribuées aux conseils scolaires selon un taux par élève fixé par la province, multiplié par le nombre d'élèves inscrits dans chaque conseil scolaire.

En raison de leur statut constitutionnel, les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du Fonds, et certains l'ont fait, et à continuer de prélever des taxes directement auprès des contribuables. Quoi qu'il en soit, ils ne peuvent prélever, par élève, un taux inférieur ou supérieur au taux fixé par la province. En conséquence, en cas de déficit, le Fonds verse un montant complémentaire. À l'inverse, en application du par. 159.1(4) de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, les conseils qui ont opté pour le retrait sont tenus de remettre au Fonds tout montant excédant le budget par élève alloué par la province (disposition de récupération).

À la suite des modifications survenues en 1994, les conseils des écoles publiques et ceux des écoles séparées ont continué à recevoir des subventions de la province en plus de bénéficier, selon le cas, du Fonds ou des sommes prélevées directement. Au cours de la période visée, les niveaux de subvention étaient déterminés selon le document-cadre.

Le document-cadre prévoit la répartition des fonds entre les conseils scolaires selon trois catégories: l'enseignement, le soutien et le capital. Chaque école reçoit un montant fixe par élève pour l'enseignement de base. Il est prévu des crédits supplémentaires pour compenser l'effet des facteurs propres à l'école, comme l'obligation d'assurer le transport scolaire ou le nombre d'élèves aux besoins spéciaux qui sont inscrits. On calcule ensuite le montant de la subvention provinciale accordée à un conseil scolaire en soustrayant le montant des taxes foncières auquel le conseil a droit (que ces sommes proviennent du Fonds, de l'imposition directe ou d'une combinaison des deux) du montant total du financement prévu dans le document-cadre.

Le document-cadre impose également au conseil scolaire des restrictions à l'utilisation des fonds en prescrivant leur répartition budgétaire entre les

7

8

9

10

tal blocks. Transferring funds between blocks is either precluded or limited to specified percentages.

11 The Alberta Government maintained that the Framework's spending restrictions apply equally to boards that opt out. It also took the position that a failure to comply with the restrictions will result in penalties being assessed against future grants. The Framework itself, however, is silent on these points.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

12 *Constitution Act, 1867*

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20)

17. Section 93 of the *Constitution Act, 1867*, shall apply to the said province, with the substitution for paragraph (1) of the said section 93, of the following paragraph:—

“(1) Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have at the date of the passing of this Act, under the terms of chapters 29 and 30 of the Ordinances of the North-west Territories, passed in the year 1901, or with respect to religious instruction in any public or separate school as provided for in the said ordinances.”

(2) In the appropriation by the Legislature or distribution by the Government of the province of any moneys for the support of schools organized and carried on in accordance with the said chapter 29 or any Act passed in amendment thereof, or in substitution therefor, there shall be no discrimination against schools of any class described in the said chapter 29.

catégories d'enseignement, de soutien et de capital. Le transfert des fonds entre ces catégories est soit interdit, soit limité à un pourcentage précis.

Le gouvernement de l'Alberta maintient que les restrictions aux dépenses prévues dans le document-cadre s'appliquent également aux conseils ayant exercé leur droit de retrait. Il affirme en outre que le défaut de s'y conformer entraînerait des pénalités sur les subventions futures alors que le document-cadre reste muet sur ces questions.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1867

93. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes:—

(1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (*denominational*)

Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20)

17. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique à la dite province sauf substitution de l'alinéa suivant à l'alinéa 1 du dit article 93:

«(1) Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées à la date de la présente loi aux termes des chapitres 29 et 30 des ordonnances des territoires du Nord-Ouest rendues en l'année 1901, ou au sujet de l'instruction religieuse dans toute école publique ou séparée ainsi que prévu dans les dites ordonnances.»

(2) Dans la répartition par la législature ou la distribution par le gouvernement de la province, de tous deniers destinés au soutien des écoles organisées et conduites en conformité du dit chapitre 29 ou de toute loi le modifiant ou le remplaçant, il n'y aura aucune inégalité ou différence de traitement au détriment des écoles d'aucune classe visée au dit chapitre 29.

School Act, S.A. 1988, c. S-3.1 (as of May 25, 1994)

157.1(1) Subject to a resolution of a board under subsection (2), this Division applies to all boards.

(2) The board of a separate school district or a division made up only of separate school districts may, pursuant to a resolution, certify to the Minister under the seal of the district or division that this Division does not apply to it.

(8) A board of a district or division to which this Division applies shall requisition a municipality under Division 3 only in accordance with a special school tax levy or an additional requisition under Division 7.

158(1) The Lieutenant Governor in Council shall in each year establish one or more rates expressed in mills.

(2) Each municipality shall pay annually into the Alberta School Foundation Fund a sum equal to the amount that results from applying the mill rates referred to in subsection (1) in accordance with the order that establishes them to the equalized assessment of the municipality as established for the year by the Alberta Assessment Equalization Board under section 21(7) of the *Municipalities Assessment and Equalization Act*.

(4) Each municipality shall pay into the Alberta School Foundation Fund the amount calculated by applying the mill rates set pursuant to subsection (1).

(8) If it is determined on appeal under the *Municipalities Assessment and Equalization Act* that a municipality has paid an amount into the Alberta School Foundation Fund in excess of the sum that it is required to pay under subsection (2), the Minister may order the repayment of the excess to the municipality from the Alberta School Foundation Fund.

159.1(1) Subject to regulations made under subsection (7), the Minister shall make payments from the Alberta School Foundation Fund to all boards, whether or not

School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1 (au 25 mai 1994)

[TRADUCTION]

157.1(1) Sous réserve de l'adoption d'une résolution du conseil en vertu du paragraphe (2), la présente section s'applique à tous les conseils.

(2) Le conseil d'un district d'écoles séparées ou d'une division composée uniquement de districts d'écoles séparées peut certifier au ministre au moyen d'une résolution, sous le sceau du district ou de la division, que la présente section ne lui est pas applicable.

(8) Le conseil d'un district ou d'une division visés par la présente section ne prélève des taxes municipales aux termes de la section 3 qu'en conformité avec la section 7, qui prévoit le prélèvement d'une taxe scolaire spéciale ou le prélèvement additionnel d'impôt.

158(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil établit annuellement un ou plusieurs taux calculés au millième.

(2) Chaque municipalité verse annuellement à l'Alberta School Foundation Fund un montant équivalant à celui calculé selon les taux visés au paragraphe (1), conformément à l'ordonnance les établissant par suite de la cotisation de péréquation municipale que prévoit pour l'année l'Alberta Assessment Equalization Board, aux termes du paragraphe 21(7) de la *Municipalities Assessment and Equalization Act*.

(4) Chaque municipalité verse à l'Alberta School Foundation Fund le montant calculé selon les taux du millième visés au paragraphe (1).

(8) S'il est déterminé en appel aux termes de la *Municipalities Assessment and Equalization Act* qu'une municipalité a versé à l'Alberta School Foundation Fund un paiement en trop, le ministre peut ordonner à celui-ci de remettre à la municipalité le trop-payé.

159.1(1) Sous réserve des règlements pris en vertu du paragraphe (7), le ministre verse à tous les conseils des paiements prélevés sur l'Alberta School Foundation

the board has a subsisting resolution that this Division does not apply to it.

(2) In this section, "amount per student" with respect to a board means the amount obtained when

(a) the total amount received by the board pursuant to a payment from the Alberta School Foundation Fund and a requisition under section 150, other than pursuant to a special school tax levy or an additional requisition under Division 7,

is divided by

(b) the number of eligible students enrolled in schools operated by the board.

(3) The Minister shall calculate the amount to be paid from the Alberta School Foundation Fund to all boards in such a way that the payment for a school year to one board is consistent with the principle that each board is entitled to receive the same amount per student for the school year.

(4) If a separate school district or division to which Division 4 does not apply receives from municipalities requisitioned by the board an amount per student for a school year that is greater than the amount per student for the school year used by the Minister to calculate payments from the Alberta School Foundation Fund under subsection (3) and subject to the rights under the Constitution of Canada of separate school electors, the board of that district or division shall pay the difference between the amounts into the Alberta School Foundation Fund.

. . .

(7) The Lieutenant Governor in Council may make regulations respecting payments to boards from the Alberta School Foundation Fund for the purposes of education under this Act.

Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5

13 . . .

(2) The Lieutenant Governor in Council may make regulations applicable to a Minister

. . .

(d) respecting the persons or organizations or classes of persons or organizations eligible for grants;

Fund, qu'ils aient en vigueur ou non une résolution portant que la présente section ne leur est pas applicable.

(2) Pour l'application du présent article, dans le cas d'un conseil, «montant par élève» s'entend du montant obtenu lorsqu'on divise le montant total du paiement versé au conseil par prélèvement sur l'Alberta School Foundation Fund et du montant provenant du prélèvement d'impôt foncier aux termes de l'article 150, à l'exception du prélèvement d'une taxe scolaire spéciale et du prélèvement additionnel d'impôt prévus à la section 7, par le nombre d'élèves admissibles inscrits aux écoles gérées par le conseil.

(3) Le ministre calcule le montant à verser aux conseils par prélèvement sur l'Alberta School Foundation Fund, de manière que chaque conseil reçoive, pour l'année scolaire, un montant fixe par élève.

(4) Sous réserve des droits accordés dans la Constitution du Canada aux électeurs des écoles séparées, si un district ou une division d'écoles séparées non visés par la section 4 reçoit des municipalités imposées par le conseil un montant par élève pour l'année scolaire qui est supérieur à celui dont se sert le ministre pour calculer les paiements versés par prélèvement sur l'Alberta School Foundation Fund aux termes du paragraphe (3), le conseil de ce district ou de cette division remet à l'Alberta School Foundation Fund la différence.

. . .

(7) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut par règlement, en vertu de la présente loi, établir les paiements à verser aux conseils par prélèvement sur l'Alberta School Foundation Fund aux fins de l'enseignement.

Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5

[TRADUCTION]

13 . . .

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut par règlement applicable au ministre

. . .

d) préciser les personnes, les organisations ou les catégories de personnes ou d'organisations admissibles aux subventions;

- (e) respecting the conditions required to be met by any applicant for a grant to render that person or organization eligible for the grant;
- (f) empowering the Minister in particular circumstances to waive eligibility criteria prescribed under clause (d) or (e). . . .

- e) préciser les conditions d'admissibilité à une subvention;
- f) habiliter le ministre, dans des circonstances particulières, à dispenser le requérant des exigences des alinéas d) ou e). . . .

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1995), 198 A.R. 204

The Alberta School Boards' Association ("ASBA"), the Public School Boards' Association of Alberta ("PSBAA") and others challenged the constitutionality of the amendments and the Framework's spending restrictions on three bases. First, it was alleged that school boards were guaranteed a sphere of reasonable autonomy under s. 93 of the *Constitution Act, 1867* or s. 17 of the *Alberta Act*, under ss. 2(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or through convention. Second, it was alleged that allowing only separate school boards to opt out of the ASFF violated a prohibition against discrimination contained in s. 17(2). Third, it was alleged that the differential manner in which the amendments treated separate and public boards violated a principle of "mirror equality" implicit in s. 17(1).

The Alberta Catholic School Trustees' Association and others joined in the litigation to ensure that existing s. 17(1) separate school rights were not addressed or abrogated in resolving the mirror equality or discrimination arguments.

The trial judge rejected the reasonable autonomy argument. He also held that the amendments and the application of the Framework's spending restrictions did not discriminate against public schools within the meaning of s. 17(2).

III. Les décisions antérieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1995), 198 A.R. 204

Invokant trois moyens, l'Alberta School Boards' Association («ASBA»), la Public School Boards' Association of Alberta («PSBAA») et d'autres intervenants contestent la constitutionnalité des modifications de la loi et des restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre. En premier lieu, ils affirment que les conseils scolaires se sont vu accorder une sphère d'autonomie raisonnable en vertu de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, de l'al. 2b) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou encore en vertu d'une convention. En second lieu, ils plaident que le fait d'autoriser uniquement les conseils des écoles séparées à se retirer du Fonds viole le par. 17(2), qui interdit les pratiques discriminatoires. En troisième lieu, ils soutiennent que la différence de traitement entre les conseils scolaires des écoles séparées et ceux des écoles publiques par suite des modifications contrevient au principe d'une «égalité intégrale» qui est implicite au par. 17(1).

L'Alberta Catholic School Trustees' Association et d'autres intervenants se sont joints à l'instance pour veiller à ce que les droits accordés aux écoles séparées par le par. 17(1) ne soient ni touchés ni abrogés dans la résolution du litige relatif à l'égalité intégrale ou à la discrimination.

Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'autonomie raisonnable. Il a également conclu que les modifications des lois et les restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre n'étaient pas discriminatoires à l'égard des écoles publiques au sens du par. 17(2).

13

14

15

- 16 The trial judge held that the impugned legislation violated a principle of mirror equality implicit in s. 17(1) and found the amendments invalid because they allowed only separate school boards to opt out of the ASFF. He did not address the scope of separate school rights.
- 17 Smith J. declared the impugned legislation invalid, but suspended the declaration of invalidity until June 15, 1996. In February 1996, an order staying the judgment was granted pending an appeal. The order provided for a further stay of six months in the event the Government was unsuccessful on appeal.
- B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 62
- 18 The PSBAA, the ASBA and the Government filed appeals on each of the reasonable autonomy, discrimination and mirror equality issues. The appeal was allowed in part.
- 19 Additionally, the Government brought two applications to adduce fresh evidence. The first application concerned two documents: *Funding for School Authorities in the 1995-96 School Year*, and an excerpt from *Funding for School Authorities in the 1996-97 School Year*. These documents were tendered to counter the s. 17(2) discrimination argument by demonstrating that the Framework applied equally to both public boards and separate boards, whether opted-out or not, and that non-compliance would result in penalties being assessed against future grants.
- 20 The second application related to three charts comparing enrollment, fiscal inequity and administrative costs for separate school boards in school years prior and subsequent to the impugned amendments. This evidence was tendered to demonstrate that the ASFF scheme had not prejudicially affected the rights of separate schools.
- Le juge de première instance a statué que la loi contestée enfreignait le principe de l'égalité intégrale implicite au par. 17(1) et conclu à l'inconstitutionnalité des modifications parce qu'elles ne permettaient qu'aux conseils des écoles séparées de se retirer du Fonds. Il n'a pas abordé la question des droits des écoles séparées.
- Le juge Smith a déclaré inconstitutionnelle la loi contestée, mais a suspendu l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité jusqu'au 15 juin 1996. En février 1996, une ordonnance a sursis au jugement jusqu'à ce que l'appel soit tranché. L'ordonnance prévoyait un sursis additionnel de six mois au cas où le gouvernement serait débouté en appel.
- B. *Cour d'appel de l'Alberta* (1998), 60 Alta L.R. (3d) 62
- La PSBAA, l'ASBA et le gouvernement ont interjeté appel sur les questions de l'autonomie raisonnable, de la discrimination et de l'égalité intégrale. L'appel a été accueilli en partie.
- En outre, le gouvernement a déposé deux demandes pour présenter de nouveaux éléments de preuve. La première concernait deux documents, *Funding for School Authorities in the 1995-96 School Year* et un extrait de *Funding for School Authorities in the 1996-97 School Year*. Ces documents visaient à contredire l'argument de discrimination fondé sur le par. 17(2) en démontrant que le document-cadre s'appliquait de la même façon aux conseils des écoles publiques et aux conseils des écoles séparées, retirés du régime ou non, et que le défaut de s'y conformer entraînerait des pénalités sur les subventions futures.
- La seconde demande porte sur trois graphiques représentant, pour les années scolaires antérieures et postérieures à l'adoption des modifications contestées, le nombre d'inscriptions, les inégalités fiscales et les coûts administratifs des conseils des écoles séparées. Cet élément de preuve vise à démontrer que le régime du Fonds ne porte pas préjudice aux droits des écoles séparées.

(a) Majority Decision of Russell J.A. (Picard J.A. concurring)

Addressing the fresh evidence, Russell J.A. admitted the documents forming the subject matter of the first application because they could be determinative of the s. 17(2) discrimination issue. However, she refused to admit the subject matter of the second application as she was not satisfied it would be practically conclusive of any issue.

Russell J.A. rejected the argument that school boards have a constitutionally guaranteed right to reasonable autonomy. She declined to address whether ss. 2(b) and 7 of the *Charter* supported a claim to reasonable autonomy. She also declined to recognize a right to reasonable autonomy grounded in constitutional convention.

The majority concluded that the reference to “discrimination” in s. 17(2) imported a standard of fairness. This standard was not violated by granting only separate boards the ability to opt out of the ASFF or by the discretion granted to the Minister of Education by s. 13(2) of the *Government Organization Act*.

Russell J.A. held that s. 17(1) did not import a principle of mirror equality. Therefore, the inability of public boards to opt out of the ASFF did not violate s. 17(1).

Russell J.A. dismissed the appeal brought by the ASBA and PSBAA and allowed the Government’s cross-appeal on the trial judge’s finding on mirror equality.

(b) Berger J.A. (concurring in the result)

Berger J.A. substantially agreed with the reasons of the majority on the reasonable autonomy and mirror equality issues.

a) Décision majoritaire du juge Russell (avec l’appui du juge Picard)

Examinant les nouveaux éléments de preuve, le juge Russell a accepté les documents faisant l’objet de la première demande parce qu’ils pouvaient être déterminants quant à la question de la discrimination soulevée en vertu du par. 17(2). Cependant, elle a refusé les documents visés par la seconde demande, n’étant pas convaincue qu’ils permettraient réellement de régler une question quelconque.

Le juge Russell a rejeté l’argument selon lequel les conseils scolaires possèdent un droit constitutionnel à une autonomie raisonnable. Elle a refusé d’examiner si l’al. 2b) et l’art. 7 de la *Charte* étaient l’argument de l’autonomie raisonnable. Elle a également refusé de reconnaître un droit quelconque à l’autonomie raisonnable qui serait fondé sur une convention constitutionnelle.

Les juges majoritaires ont conclu que la mention «*discrimination*», au par. 17(2), importait une norme d’équité. Le fait de n’accorder qu’aux conseils des écoles séparées le droit de se retirer du Fonds ou de conférer au ministre de l’Éducation un pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 13(2) de la *Government Organization Act* n’ont pas enfreint cette norme.

Le juge Russell a conclu que le par. 17(1) ne comportait pas le principe de l’égalité intégrale. En conséquence, l’incapacité des conseils des écoles publiques de se retirer du Fonds ne va pas à l’encontre du par. 17(1).

Le juge Russell a rejeté l’appel interjeté par l’ASBA et la PSBAA et accueilli l’appel incident du gouvernement contre la conclusion du juge de première instance relative à l’égalité intégrale.

b) Le juge Berger (souscrivant au résultat)

Le juge Berger a, pour l’essentiel, souscrit aux motifs de la majorité sur les questions de l’autonomie raisonnable et de l’égalité intégrale.

21

22

23

24

25

26

27 Berger J.A. addressed the scope of separate school rights under s. 17(1) in determining whether the impugned provisions discriminated against public schools under s. 17(2). He held that the claw-back and the Framework's spending restrictions violated the s. 17(1) rights of separate schools and were inapplicable to them. Nevertheless, opted-out separate boards which failed to raise the provincial per-student average amount through direct requisitions would have the right to claim top-up funds from the ASFF.

28 As with the majority, Berger J.A. concluded that s. 17(2) imported a standard of fairness. Because the impugned scheme provided minimum per capita grants, it did not discriminate against public schools.

29 Therefore, subject to his findings with respect to separate schools, Berger J.A. agreed that the public boards' appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

IV. Issues

30 On June 24, 1999, Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

1. Are ss. 15(c.1), 25(1)(e) and (f), 28(6), 32, 94(1) and (4), 94.1, 155(6), 157.1, 167(2) and (3.1), 181.1, 187, 192 and 237 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, as amended, unconstitutional to the extent that they violate the principle of reasonable autonomy for municipal institutions, including school boards, as may be contained in the Constitution of Canada, including the preamble or ss. 92(8) or 93 of the *Constitution Act, 1867*, in s. 17 of the *Alberta Act*, or in a constitutional convention?
2. (a) Do ss. 157.1 or 158 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1 (as amended by the *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, c. 29), or s. 13 of the *Government*

Pour déterminer si les dispositions contestées étaient discriminatoires à l'égard des écoles publiques aux termes du par. 17(2), le juge Berger a examiné l'étendue des droits conférés aux écoles séparées en vertu du par. 17(1). Il a jugé que la disposition de récupération et les restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre violaient les droits des écoles séparées prévus au par. 17(1) et qu'elles ne leur étaient pas applicables. Néanmoins, les conseils des écoles séparées qui ont exercé leur droit de retrait et qui n'auraient pas recueilli, par perception directe, le montant provincial moyen par élève auraient droit à des crédits complémentaires prélevés sur le Fonds.

Comme les juges majoritaires, le juge Berger a conclu que le par. 17(2) importait une norme d'équité. Du fait qu'il établissait un montant de subvention de base par élève, le régime contesté n'est pas discriminatoire envers les écoles publiques.

En conséquence, sous réserve de ses conclusions relativement aux écoles séparées, le juge Berger est aussi d'avis de rejeter l'appel interjeté par les conseils des écoles publiques et d'accueillir l'appel incident.

IV. Les questions en litige

Le 24 juin 1999, le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les dispositions 15c.1), 25(1)e) et f), 28(6), 32, 94(1) et (4), 94.1, 155(6), 157.1, 167(2) et (3.1), 181.1, 187, 192 et 237 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, et ses modifications sont-elles inconstitutionnelles dans la mesure où elles violent le principe de l'autonomie raisonnable des institutions municipales, dont les conseils scolaires, qui peut figurer dans la Constitution du Canada, y compris le préambule ou encore le par. 92(8) ou l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* ou dans une convention constitutionnelle?
2. a) Les articles 157.1 ou 158 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1 (modifiée par la *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, ch. 29), ou encore l'art. 13 de la

Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, and the imposition of conditions or restrictions on funding developed under the authority of that legislation, insofar as they provide for "opting-out" from the Alberta School Foundation Fund by Separate but not Public School Boards, contravene s. 17(2) of the *Alberta Act*, which amends s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, by discriminating against Public Schools in the appropriation by the Legislature or distribution by the Government of Alberta of any moneys for the support of schools? If so, in what respects do they do so?

(b) Do ss. 157.1(8) or 158 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1 (as amended by the *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, c. 29), or s. 13 of the *Government Organization Act*, S.A. 1994, c. G-8.5, and the imposition of conditions or restrictions on funding developed under the authority of that legislation, insofar as they provide for "opting-out" from the Alberta School Foundation Fund by Separate but not Public School Boards, contravene s. 17 of the *Alberta Act*, which amends s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, by violating an implicit guarantee in s. 17(1) of the equality between Separate and Public Schools? If so, in what respects do they do so?

V. Analysis

A. *Constitutional Question 1*

Are ss. 15(c.1), 25(1)(e) and (f), 28(6), 32, 94(1) and (4), 94.1, 155(6), 157.1, 167(2) and (3.1), 181.1, 187, 192 and 237 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, as amended, unconstitutional to the extent that they violate the principle of reasonable autonomy for municipal institutions, including school boards, as may be contained in the Constitution of Canada, including the preamble or ss. 92(8) or 93 of the *Constitution Act, 1867*, in s. 17 of the *Alberta Act*, or in a constitutional convention?

The appellants took the position that school boards may lay claim to a sphere of reasonable autonomy based upon implicit legal norms derived from ss. 92(8) and 93 of the *Constitution Act, 1867* and from s. 17 of the *Alberta Act*. Alternatively, it

Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, et l'imposition de conditions ou de restrictions au financement établi en vertu de cette loi, dans la mesure où ils prévoient le «retrait» des conseils des écoles séparées mais non celui des conseils des écoles publiques de l'Alberta School Foundation Fund, contreviennent-ils au par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta*, qui modifie l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en traitant de façon discriminatoire les écoles publiques dans l'affectation par la législature ou la distribution par le gouvernement de l'Alberta de deniers pour financer les écoles? Dans l'affirmative, à quels égards?

b) Les dispositions 157.1(8) ou 158 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1 (modifiée par la *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, ch. 29), ou encore l'art. 13 de la *Government Organization Act*, S.A. 1994, ch. G-8.5, et l'imposition de conditions ou de restrictions au financement établi en vertu de cette loi, dans la mesure où ils prévoient le «retrait» des conseils des écoles séparées mais non celui des conseils des écoles publiques de l'Alberta School Foundation Fund, contreviennent-ils à l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, qui modifie l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en violant une garantie implicite d'égalité des écoles séparées et des écoles publiques contenue au par. 17(1)? Dans l'affirmative, à quels égards?

V. Analyse

A. *Première question constitutionnelle*

Les dispositions 15c.1), 25(1)(e) et (f), 28(6), 32, 94(1) et (4), 94.1, 155(6), 157.1, 167(2) et (3.1), 181.1, 187, 192 et 237 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, et ses modifications sont-elles inconstitutionnelles dans la mesure où elles violent le principe de l'autonomie raisonnable des institutions municipales, dont les conseils scolaires, qui peut figurer dans la Constitution du Canada, y compris le préambule ou encore le par. 92(8) ou l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* ou dans une convention constitutionnelle?

Selon les appelants, les conseils scolaires peuvent revendiquer une sphère d'autonomie raisonnable en vertu des normes juridiques implicites découlant du par. 92(8) et de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 17 de la *Loi*

was submitted that constitutional convention supported such a right. School boards were described as municipal institutions founded upon democratic principles. Such a foundation, it was argued, should insulate school boards to a degree from the unfettered legislative interference of provincial government. The appellants cited historical material in support of the proposition that educational institutions in the Northwest Territories exercised a broad degree of autonomy prior to the constitutionalization of denominational education rights in the *Alberta Act*.

32 Before addressing these arguments, I note that it was argued before the Court of Appeal that the impugned provisions violated ss. 2(b) and 7 of the *Charter*. As I am in substantial agreement with the Court of Appeal's conclusion on this issue, I do not propose to address the *Charter* as a basis for a claim to reasonable autonomy.

33 The appellants' submission that ss. 92(8) and 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 17 of the *Alberta Act* provide a legal basis for reasonable autonomy fails. I agree with the PSBAA that school boards are a form of municipal institution. However, municipal institutions take various forms and are not identical. Although their characteristics and historical backgrounds differ, all municipal institutions are delegates of provincial jurisdiction under s. 92(8) of the *Constitution Act, 1867*. See *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at paras. 51-52; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668; and *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 31.

34 Municipal institutions do not have an independent constitutional status. School boards are somewhat unique, however, as they represent the vehicles through which the constitutionally entrenched

sur l'Alberta. Subsidiairement, ils soutiennent que ce droit existe en vertu d'une convention constitutionnelle. On décrit les conseils scolaires comme étant des institutions municipales fondées sur des principes démocratiques. Un tel fondement, selon eux, devrait, dans une certaine mesure, protéger les conseils scolaires contre une ingérence législative sans entrave du gouvernement provincial. Les appelants ont cité des documents historiques pour étayer l'affirmation que les établissements d'enseignement des Territoires du Nord-Ouest jouissaient d'une grande autonomie avant que le droit à l'enseignement confessionnel ne soit constitutionnalisé dans la *Loi sur l'Alberta*.

Avant de me pencher sur ces arguments, je note qu'on a fait valoir devant la Cour d'appel que les dispositions contestées enfreignent l'al. 2b) et l'art. 7 de la *Charte*. Comme je partage essentiellement l'avis de la Cour d'appel sur cette question, je ne traiterai pas de la *Charte* comme fondement de l'argument de l'autonomie raisonnable.

La prétention des appelants selon laquelle le par. 92(8) et l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* sont le fondement juridique de l'autonomie raisonnable doit être rejetée. Je partage le point de vue de la PSBAA que les conseils scolaires sont une forme d'institution municipale. Cependant, les institutions municipales se présentent sous différentes formes et ne sont pas identiques. Même si leurs attributs et leur contexte historique diffèrent, elles sont toutes des déléguaires de pouvoirs de la province en vertu du par. 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, aux par. 51 et 52; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668; et *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, au par. 31.

Les institutions municipales n'ont pas de statut constitutionnel indépendant. Les conseils scolaires se trouvent toutefois dans une situation quelque peu exceptionnelle, car c'est par leur intermédiaire

denominational rights of individuals are realized. Yet that is not to say that the institutions themselves are entrenched or must remain mired in their historical form to fulfill these constitutional guarantees.

The proposition that educational institutions are malleable and subject to legislative reform is sound. The introductory language of s. 93 has been found to confer upon the provinces a plenary jurisdiction over education. See *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1169, *per* Wilson J., and at p. 1202, *per* Estey J.; *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 530-31, 541-42 and 564-65. *Per* Gonthier J., at pp. 541-42:

What s. 93 of the Constitution guarantees . . . is the right to dissent itself, not the form of the institutions which have made it possible to exercise that right since 1867. This means, for example, that while the right of dissent obviously includes the means and framework in which it is exercised, the latter are not in themselves constitutionally guaranteed. The framers of the Constitution were wise enough not to determine finally the form of institutions, as it is those very institutions which must be capable of change in order to adapt to the varying social and economic conditions of society.

This conclusion is applicable to public schools. See *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at paras. 47-48, *per* Iacobucci J.:

. . . public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools, which are open to all members of society, without distinction, that is constitutionally entrenched. . . .

One thing should, however, be made clear. The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1).

A claim to an institutional sphere of reasonable autonomy is inconsistent with, and would impair, this plenary power. Section 17 of the *Alberta Act*

que se concrétisent les droits de nature confessionnelle qui sont constitutionnellement protégés. Cela ne signifie pas pour autant que ces institutions soient elles-mêmes protégées ou que leur structure historique doive demeurer figée pour que ces garanties constitutionnelles soient respectées.

L'affirmation que les établissements d'enseignement sont malléables et soumis aux réformes législatives est juste. Le libellé de la partie introductive de l'art. 93 confère aux provinces pleine compétence en matière d'éducation: voir *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1169, le juge Wilson, et à la p. 1202, le juge Estey; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 530, 531, 541, 542, 564 et 565. Dans ce renvoi, le juge Gonthier écrit ce qui suit (aux pp. 541 et 542):

Ce que l'art. 93 de la Constitution garantit [. . .], c'est le droit à la dissidence lui-même, non la forme des structures qui ont permis de l'exercer depuis 1867. Cela signifie, par exemple, que si le droit de dissidence comprend évidemment les moyens et le cadre dans lequel l'exercer, ceux-ci, en eux-mêmes, ne représentent pas des modalités constitutionnellement garanties. Le Constituant a été assez sage pour ne pas figer les structures car celles-ci doivent justement pouvoir être modifiées pour s'adapter aux conditions sociales et économiques variables de la société.

Cette conclusion s'applique aux écoles publiques. Le juge Iacobucci déclare ce qui suit dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, aux par. 47 et 48:

. . . les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisé . . .

Cependant, une chose doit être claire. La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1).

La prétention à une sphère institutionnelle d'autonomie raisonnable est incompatible avec ce pouvoir absolu et y porterait atteinte. L'article 17 de la

35

36

37

does not alter this position. The Province of Alberta may alter educational institutions within its borders as it sees fit, subject only to those rights afforded through the combined effect of s. 93 and s. 17. Whether the impugned provisions infringe these rights in respect of public schools in Alberta is the subject matter of the following two constitutional questions in this appeal.

38 While constitutional convention has been argued, none has been identified which would demonstrate that school boards have a sphere of reasonable autonomy. See *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 888:

The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative. We adopt the following passage of Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959), at p. 136:

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? . . .

39 The appellant PSBAA referred to historical material dating as far back as the *Magna Carta* (1215) to establish a convention of local institution independence. Of more recent date, the PSBAA alleged that prior to the introduction of the impugned legislation in 1994, school governance in Alberta displayed *de facto* reasonable autonomy.

40 The submission that in 1905 educational institutions in Alberta operated under a precedent of local autonomy is unconvincing. In fact, the historical evidence submitted by the respondent Province of Alberta indicates a significant degree of centralized control. Such control was exhibited, for example, through the imposition of mill rate caps on local boards under *The School Assessment Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 30, and through the

Loi sur l'Alberta ne change en rien ce point de vue. L'Alberta est autorisée à restructurer comme elle l'entend les établissements d'enseignement situés à l'intérieur de ses frontières, à la seule condition de respecter les droits conférés par les effets conjugués des art. 93 et 17. La question de savoir si les dispositions contestées contreviennent à ces droits relatifs aux écoles publiques en Alberta fait l'objet des deux questions constitutionnelles suivantes dans le présent pourvoi.

Bien que la question des conventions constitutionnelles ait été soulevée, aucune convention comme telle n'a été avancée pour démontrer que les conseils scolaires jouissent d'une sphère d'autonomie raisonnable. Voir *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 888:

Les conditions à remplir pour établir une convention ressemblent à celles qui s'appliquent au droit coutumier. Les précédents et l'usage sont nécessaires mais ne suffisent pas. Ils doivent être normatifs. Nous adoptons le passage suivant de l'ouvrage de sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., 1959, à la p. 136:

[TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? . . .

L'appelante PSBAA a cité des documents historiques remontant à la *Magna Carta* (1215) pour démontrer l'existence d'une convention établissant une indépendance institutionnelle locale. La PSBAA a allégué que, plus récemment, avant l'adoption en 1994 de la loi contestée, la gestion des écoles en Alberta démontrait l'existence d'une autonomie raisonnable de fait.

L'allégation qu'en 1905, les établissements d'enseignement en Alberta étaient gérés suivant un précédent d'autonomie locale est peu convaincante. En fait, la preuve historique présentée par la province d'Alberta montre une centralisation importante du contrôle. Ce contrôle s'exerçait, par exemple, par l'imposition aux conseils locaux de plafonds sur les taux du millième aux termes de la *School Assessment Ordinance*, O.N.W.T. 1901,

administrative oversight of territorial commissioners, superintendents and inspectors.

Even if there had been clearer precedents in favour of local school board autonomy and powers of taxation prior to Confederation, the fact that the framers of s. 93 and of s. 17 respectively conferred on provinces a plenary jurisdiction over education, suggests that the framers did not feel bound by convention to restrict the provinces to the educational structures and models of the past. On the contrary, both of these reasons reflect a social compromise viewed as necessary to achieving Confederation, rather than a will to entrench existing institutional structures. See *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1173-74, *per* Wilson J.; *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589, at pp. 595-98, Fitzpatrick C.J. dissenting. The continuing legislative reform of educational institutions since that time further denies the existence of any belief in the binding nature of particular pre-Confederation models of education governance. Therefore, it is my conclusion that the appellants have failed to satisfy the requirements for establishing a binding constitutional convention of reasonable autonomy.

The answer to the first constitutional question is "no". The PSBAA's request for a declaration that a binding convention of autonomy exists fails.

B. Constitutional Question 2

Do ss. 157.1 or 158 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1 (as amended by the *School Amendment Act*, 1994, S.A. 1994, c. 29), or s. 13 of the *Government Organization Act*, S.A. 1994, c. G-8.5, and the imposition of conditions or restrictions on funding developed under the authority of that legislation, insofar as they provide for "opting-out" from the Alberta School Foundation Fund by Separate but not Public School Boards, contravene s. 17(2) of the *Alberta Act*, which amends s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, by discriminating against Public Schools in the appropriation by the Leg-

ch. 30, et la surveillance administrative des commissaires, surintendants et inspecteurs des Territoires.

Même s'il avait existé des précédents plus clairs en faveur de l'autonomie et des pouvoirs d'imposition des conseils scolaires locaux avant la Confédération, le fait que les rédacteurs des art. 93 et 17 aient donné aux provinces pleine compétence en matière d'éducation donne à penser qu'ils ne se sentaient pas obligés par convention de restreindre les provinces aux structures et modèles du passé. Cela traduit, au contraire, un compromis social considéré comme nécessaire pour la concrétisation de la Confédération et non la volonté de consolider les structures institutionnelles existantes. Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, aux pp. 1173 et 1174, le juge Wilson; *Regina Public School District c. Gratton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589, aux pp. 595 à 598, le juge en chef Fitzpatrick (dissident). La poursuite des réformes législatives des établissements d'enseignement depuis cette époque réfute également l'idée du caractère obligatoire de modèles particuliers de gestion scolaire d'avant la Confédération. Par conséquent, je suis d'avis que les appelants n'ont pas réussi à établir l'existence d'une convention constitutionnelle obligatoire en matière d'autonomie raisonnable.

La réponse à la première question constitutionnelle est négative. La demande formulée par la PSBAA pour l'obtention d'un jugement déclarant l'existence d'une convention obligatoire d'autonomie est rejetée.

B. Deuxième question constitutionnelle

Les articles 157.1 ou 158 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1 (modifiée par la *School Amendment Act*, 1994, S.A. 1994, ch. 29), ou encore l'art. 13 de la *Government Organization Act*, S.A. 1994, ch. G-8.5, et l'imposition de conditions ou de restrictions au financement établi en vertu de cette loi, dans la mesure où ils prévoient le «retrait» des conseils des écoles séparées mais non celui des conseils des écoles publiques de l'Alberta School Foundation Fund, contreviennent-ils au par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta*, qui modifie l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en traitant de façon discriminatoire

islature or distribution by the Government of Alberta of any moneys for the support of schools? If so, in what respects do they do so?

43

The PSBAA submits that drawing any distinction between the rights of separate and public schools constitutes discrimination within the meaning of s. 17(2). It states that applying the claw-back and the Framework's spending restrictions to funds raised directly by opted-out separate school boards violates those school boards' rights under s. 17(1). The PSBAA then uses its interpretation of discrimination as a springboard for claiming that these aspects of the scheme are equally inapplicable to public boards. It further submits that the scheme discriminates against public boards by granting only separate boards the right to opt out.

44

Must separate school rights under s. 17(1) be delineated in adjudicating the appellants' claim? In my opinion, the answer to this preliminary question depends upon the meaning of "discrimination" within s. 17(2).

45

The meaning of "discrimination" cannot be divorced from the broader purpose for which s. 17(2) was enacted. Fitzpatrick C.J., in his dissenting opinion in *Gratton, supra*, commented on the purpose underlying s. 17(2) of the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42 (which is identical to s. 17(2) of the *Alberta Act*), at pp. 598-99:

It was also said and insisted upon at the time that the intention of Parliament was to secure to all the schools, whether public or separate, their fair share in the appropriation and distribution of any moneys for the support of schools, which in practice they had always received and which was necessary to place them in a position to play their necessary part in the general scheme of national education, and this explains why sub-section 2 was made a part of section 17.

les écoles publiques dans l'affectation par la législature ou la distribution par le gouvernement de l'Alberta de deniers pour financer les écoles? Dans l'affirmative, à quels égards?

La PSBAA soutient que l'établissement d'une distinction entre les droits des écoles séparées et ceux des écoles publiques est discriminatoire au sens du par. 17(2). Elle affirme que l'application de la disposition de récupération et des restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre à des fonds prélevés directement par les conseils des écoles séparées ayant exercé leur droit de retrait porte atteinte aux droits de ces conseils aux termes du par. 17(1). Elle se sert ensuite de l'interprétation qu'elle fait de la discrimination comme d'un tremplin pour avancer que ces attributs du régime ne s'appliquent pas non plus aux conseils publics. Elle plaide en outre que le régime est discriminatoire envers les conseils publics parce qu'il n'accorde le droit de retrait qu'aux conseils des écoles séparées.

Doit-on définir les droits que le par. 17(1) confère aux écoles séparées pour statuer sur la demande des appelants? J'estime que la réponse à cette question préliminaire dépend de l'interprétation de discrimination, au par. 17(2).

Le sens de discrimination ne peut être dissocié de l'objet général du par. 17(2). Le juge en chef Fitzpatrick, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Gratton*, précité, s'est prononcé sur l'objet du par. 17(2) de la *Loi sur la Saskatchewan*, L.C. 1905, ch. 42 (qui est identique au par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta*), aux pp. 598 et 599:

[TRADUCTION] À l'époque, on a également affirmé et souligné l'idée que l'intention du législateur était de permettre à toutes les écoles, qu'elles soient publiques ou séparées, de recevoir leur juste part des crédits affectés aux écoles, qu'elles avaient toujours reçus dans les faits et dont elles avaient besoin pour assumer leur rôle dans le système de l'éducation nationale. C'est la raison de l'insertion du paragraphe 2 à l'article 17.

The section, I repeat, makes provision for the equitable distribution of moneys levied for the support of schools and nothing more.

Gratton's interpretation was applied to s. 17(2) of the *Alberta Act* in *Calgary Board of Education v. Attorney General for Alberta*, [1980] 1 W.W.R. 347 (Alta. Q.B.), aff'd [1981] 4 W.W.R. 187 (Alta. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. vi, where, at trial, Stevenson J. succinctly noted "subs. [17](2) is designed to ensure fairness" (p. 356).

In this sense, s. 17(2) carries forward a principle of proportionality which this Court has described as a constitutional right embodied in s. 93(1). In *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, this Court had the opportunity to describe the proportionality principle as applicable to s. 20 of *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("*Scott Act*"). See Iacobucci J., at para. 73:

In my view, when one reviews the history and purpose of s. 93(1), the principle of proportionality can be seen for what it really is, namely, the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. . . . While the notion of proportionality contained in s. 20 of the *Scott Act* is a constitutional right embodied in s. 93(1), the substantive purpose of this notion must be borne in mind: the achievement of an educational system that distributes provincial funds in a fair and non-discriminatory manner to common and separate schools alike. . . . As the Court *per* Gonthier J. stated in *Reference re Education Act (Qué.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 567:

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull*, *supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory

L'article, je le répète, prévoit la répartition équitable des taxes scolaires, sans plus.

L'interprétation adoptée dans l'arrêt *Gratton* a été transposée au par. 17(2) de la *Loi sur l'Alberta* dans *Calgary Board of Education c. Attorney General for Alberta*, [1980] 1 W.W.R. 347 (B.R. Alb.), conf. par [1981] 4 W.W.R. 187 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. vi, quand, en première instance, le juge Stevenson a noté de façon succincte, que [TRADUCTION] «le par. 17(2) visait à assurer l'équité» (p. 356).

En ce sens, le par. 17(2) reprend le principe de la proportionnalité que notre Cour a décrit comme étant un droit constitutionnel consacré au par. 93(1). Dans *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, notre Cour a caractérisé le principe de la proportionnalité comme étant applicable à l'art. 20 de l'Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («*Loi Scott*»). Voici ce que déclare le juge Iacobucci (au par. 73):

À mon avis, l'étude de l'historique et de l'objet du par. 93(1) nous permet de découvrir la véritable nature du principe de la proportionnalité, savoir un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. [. . .] Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1), il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental de cette notion: la création d'un système d'enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. [. . .] Comme l'a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est

46

47

distribution is recognized. [Emphasis added by Gonthier J.]

reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination. [Souligné par le juge Gonthier.]

48

Section 17(2) is equally intended to guarantee proportionality between the educational opportunities of separate and public school supporters. It does so by imposing a standard of fairness upon the distribution by the Government of monies for the support of schools. There are two significant limits, however, on the content of this notion of fairness. First, it does not prohibit all distinctions in funding, as it does not guarantee absolute or formalistic equality but rather a general concept of fairness. Second, it does not deal with distinctions in the distribution of rights, but only with a general fairness in the distribution of monies.

Le paragraphe 17(2) vise également à garantir la proportionnalité dans l'égalité des chances en matière d'éducation aux tenants des écoles séparées et à ceux des écoles publiques en imposant une norme d'équité pour la répartition par le gouvernement des crédits destinés aux écoles. La notion de l'équité comporte toutefois deux limites importantes. Premièrement, elle n'interdit pas toutes les distinctions en matière de financement, car elle garantit non pas l'égalité absolue ou formaliste mais plutôt un concept général d'équité. Deuxièmement, il est question non pas de distinctions dans la répartition des droits, mais d'équité globale dans la répartition des fonds.

49

It follows that it is unnecessary to ascertain the scope of separate school rights under s. 17(1) in adjudicating whether the impugned funding scheme meets a standard of fairness under s. 17(2). Equally, the unique ability of separate schools to opt out of the scheme cannot be a source of discrimination under s. 17(2).

Il n'est donc pas nécessaire de déterminer l'étendue des droits dont jouissent les écoles séparées en vertu du par. 17(1) pour décider si le régime de financement contesté est conforme à la norme d'équité établie par le par. 17(2). De même, le droit exclusif conféré aux écoles séparées de se retirer du régime ne peut être source de discrimination au sens du par. 17(2).

50

Regardless, the constitutionality of applying the claw-back to funds directly requisitioned by opted-out separate boards does not affect the public schools' s. 17(2) claim. If the claw-back was unconstitutional in this sense, the scheme's formula for determining provincial grants could result in opted-out separate boards obtaining a global level of funding greater than that of public boards. Nevertheless, this would result only from the retention of directly requisitioned monies, monies not appropriated or distributed at any point by the Government.

Quoi qu'il en soit, la constitutionnalité de l'application de la disposition de récupération aux fonds prélevés directement par les conseils des écoles séparées ayant exercé leur droit de retrait n'a aucune incidence sur l'argument des écoles publiques fondé sur le par. 17(2). Si la disposition de récupération était en ce sens inconstitutionnelle, il pourrait résulter de la formule prévue par le régime pour déterminer le montant des subventions provinciales que les conseils des écoles séparées qui se sont retirés obtiennent un niveau global de financement plus élevé que celui des conseils des écoles publiques. Néanmoins cela résulterait uniquement de la retenue de sommes prélevées directement et non de crédits affectés par la législation ou répartis par le gouvernement.

51

It is clear that s. 17(2) does not apply to property assessment monies not appropriated by the Legislature or distributed by the Government. See *Calgary Board of Education, supra*, at p. 359, per Stevenson J. Therefore, the property assessments

Il est clair que le par. 17(2) ne s'applique pas aux montants d'impôts fonciers qui ne sont pas affectés par la législation ou répartis par le gouvernement. Voir *Calgary Board of Education*, précité, à la p. 359, le juge Stevenson. Par conséquent, les

of opted-out boards retained as a result of the claw-back's unconstitutionality could not be scrutinized under s. 17(2)'s fairness standard. ASFF monies, which are collected by the Government, pooled and redistributed are, however, subject to a fair distribution.

Similarly, even if the Framework's spending conditions were inapplicable to the directly requisitioned funds of opted-out boards, a fairness standard would not be contravened. Equitable funding would continue. Only the allocation of funding amongst spending priorities would differ.

These reasons reach no conclusion on the s. 17(1) constitutionality of applying the claw-back or the Framework's spending restrictions to the directly requisitioned funds of opted-out separate school boards. Evidence has not been presented to the effect that the Framework's conditions or the claw-back have ever been applied to opted-out separate school boards. Accordingly, it is premature to address the effect, if any, that such an application would have upon such boards' ability to fulfill the denominational education rights of dissentients.

Correspondingly, the fresh evidence admitted by the Court of Appeal, which was tendered only to show equal application of the claw-back and spending conditions, need not be considered to dispose of the discrimination issue. Thus, the propriety of its admission below need not be addressed.

The question remains, is the impugned legislation fair? I conclude that it is. If anything, the scheme as a whole, which seeks to provide an equal per-student distribution of funds, gives effect

taxes foncières des conseils ayant exercé leur droit de retrait qui seraient retenues par suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition de récupération ne pourraient faire l'objet d'un examen fondé sur la norme d'équité du par. 17(2). Par contre, l'argent du Fonds, qui est perçu, mis en commun et redistribué par le gouvernement, est assujéti à la règle d'équité en matière de répartition.

De manière analogue, même si les restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre ne s'appliquaient pas aux fonds prélevés directement par les conseils ayant exercé leur droit de retrait, il n'y aurait pas atteinte à la norme d'équité. Le financement équitable continuerait d'être la règle, avec comme seule différence la répartition des crédits entre diverses priorités de dépense.

Ces motifs ne décident pas de la constitutionnalité du par. 17(1) au regard de l'application de la disposition de récupération ou des restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre, aux fonds prélevés directement par les conseils des écoles séparées qui ont choisi de se retirer. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que les restrictions du document-cadre ou la disposition de récupération ont déjà été imposées à des conseils des écoles séparées ayant exercé leur droit de retrait. Il est donc prématuré de considérer l'effet qu'un tel scénario pourrait avoir sur la capacité de ces conseils de satisfaire aux droits des écoles dissidentes en matière d'enseignement confessionnel.

De ce fait, il n'y a pas lieu, pour trancher la question de la discrimination, d'examiner les nouveaux éléments de preuve acceptés par la Cour d'appel, car ils visaient uniquement à démontrer l'application égale de la disposition de récupération et des contraintes relatives aux dépenses. En conséquence, il n'y a pas lieu de débattre du bien-fondé de l'admission de ces preuves par la Cour d'appel.

Une question demeure: la loi contestée est-elle équitable? Je suis d'avis qu'elle l'est. Pour le moins, le régime, qui vise dans son ensemble à assurer une répartition égale des fonds en fonction

52

53

54

55

to s. 17(2) fairness, as interpreted in *Gratton, supra*, and *Calgary Board of Education, supra*, through providing redress against prior intra-provincial funding inequities.

56 For the reasons of the majority in the Court of Appeal below, I am equally of the view that the discretion granted to the Lieutenant Governor in Council under s. 13(2) of the *Government Organization Act* does not violate s. 17(2).

57 The answer to the Constitutional Question 2 is “no”.

C. Constitutional Question 3

Do ss. 157.1(8) or 158 of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1 (as amended by the *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, c. 29), or s. 13 of the *Government Organization Act*, S.A. 1994, c. G-8.5, and the imposition of conditions or restrictions on funding developed under the authority of that legislation, insofar as they provide for “opting-out” from the Alberta School Foundation Fund by Separate but not Public School Boards, contravene s. 17 of the *Alberta Act*, which amends s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, by violating an implicit guarantee in s. 17(1) of the equality between Separate and Public Schools? If so, in what respects do they do so?

58 Resolution of the third constitutional question depends upon whether a principle of “mirror equality” as between public and separate schools is implicit in s. 17(1). In advancing such a principle, the appellants emphasized s. 45 of *The School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 29:

45. After the establishment of a separate school district under the provisions of this Ordinance such separate school district and the board thereof shall possess and exercise all rights, powers, privileges and be subject to the same liabilities and method of government as is herein provided in respect of public school districts.

du nombre d'élèves inscrits, respecte la norme d'équité prévue au par. 17(2), selon l'interprétation qui en est donnée dans *Gratton* et *Calgary Board of Education*, précités, en corrigeant les inégalités de financement qui existaient dans la province.

Pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel, je suis également d'avis que le pouvoir discrétionnaire conféré au lieutenant-gouverneur en conseil en vertu du par. 13(2) de la *Government Organization Act* ne contrevient pas au par. 17(2).

La réponse à la deuxième question constitutionnelle est négative.

C. Troisième question constitutionnelle

Les dispositions 157.1(8) ou 158 de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1 (modifiée par la *School Amendment Act, 1994*, S.A. 1994, ch. 29), ou encore l'art. 13 de la *Government Organization Act*, S.A. 1994, ch. G-8.5, et l'imposition de conditions ou de restrictions au financement établi en vertu de cette loi, dans la mesure où ils prévoient le «retrait» des conseils des écoles séparées mais non celui des conseils des écoles publiques de l'Alberta School Foundation Fund, contreviennent-ils à l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, qui modifie l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en violant une garantie implicite d'égalité des écoles séparées et des écoles publiques contenue au par. 17(1)? Dans l'affirmative, à quels égards?

La réponse à la troisième question constitutionnelle dépend de la question de savoir si le principe de l'«égalité intégrale» entre les écoles publiques et les écoles séparées est implicite au par. 17(1). Pour défendre un tel principe, les appelants se fondent sur l'art. 45 de la *School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, ch. 29:

[TRADUCTION]

45. Suivant la mise sur pied d'un district d'écoles séparées aux termes de la présente ordonnance, ce district d'écoles séparées et le conseil qui en relève possèdent et exercent tous les droits, pouvoirs et privilèges prévus par la présente ordonnance pour les districts d'écoles publiques et sont soumis aux responsabilités et méthodes de gestion qui y sont prévues.

It is difficult to envision s. 45 as equating the rights of public schools to those of separate schools. The text of s. 17(1) appears much more restrictive and is appropriately read in two parts, the first of which refers only to separate schools:

Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have at the date of the passing of this Act. . . . [Emphasis added.]

Only the second portion of s. 17(1) refers to public schools:

Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to . . . religious instruction in any public or separate school as provided for in the said ordinances. [Emphasis added.]

This interpretation follows the jurisprudence stating that s. 17(1) is primarily separate school protective legislation which affords only limited and non-equivalent protection to public schools. With respect to the identical s. 17(1) of the *Saskatchewan Act*, see *Gratton*, *supra*, at p. 600, *per* Fitzpatrick C.J. dissenting, and at p. 621, *per* Anglin J. dissenting. With respect to the *Alberta Act*, see *Reference Re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] S.C.R. 364, at p. 373, and *Calgary Board of Education*, *supra*, at p. 355, *per* Stevenson J.:

I come to the conclusion that subs. [17](1) is protective legislation. It guarantees certain rights to the minority residents and the boards established by them and it does not lie in the mouth of the public board to attack legislation on the basis that its rights are prejudiced.

This position was affirmed on appeal. See *McDermid J.A.*, at pp. 191-92:

In any event, the clear purpose of s. 93(1), and the section substituted for it in respect of Alberta, is to give constitutional protection to the rights of certain minorities, rights which had already been yielded by the majority, and not to give constitutional protection against these minority rights.

Il est difficile d'imaginer que l'art. 45 assimile les droits des écoles publiques à ceux des écoles séparées. Le libellé du par. 17(1) semble être beaucoup plus restrictif et il devrait être compris comme comportant deux parties, la première ne visant que les écoles séparées:

Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées à la date de la présente loi . . . [Je souligne.]

Seule la deuxième partie du par. 17(1) traite aussi des écoles publiques:

Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège [. . .] au sujet de l'instruction religieuse dans toute école publique ou séparée ainsi que prévu dans les dites ordonnances. [Je souligne.]

Cette interprétation découle de la jurisprudence selon laquelle le par. 17(1) est essentiellement une loi visant la protection des écoles séparées qui ne consent aux écoles publiques qu'une protection limitée et non équivalente. En ce qui a trait au par. 17(1) de la *Loi sur la Saskatchewan*, qui lui est identique, voir l'arrêt *Gratton*, précité, à la p. 600, le juge en chef Fitzpatrick (dissident), et à la p. 621, le juge Anglin (dissident). Quant à la *Loi sur l'Alberta*, voir l'arrêt *Reference Re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] R.C.S. 364, à la p. 373, et l'affaire *Calgary Board of Education*, précité, à la p. 355, où le juge Stevenson déclare:

[TRADUCTION] J'arrive à la conclusion que le par. [17](1) est une mesure législative protectrice. Il garantit un certain nombre de droits aux résidents minoritaires et aux conseils que ces derniers ont mis sur pied, et il n'appartient pas au conseil des écoles publiques de contester une loi au motif qu'il a été porté atteinte à ses droits.

Ce point de vue a été confirmé en appel par le juge *McDermid* (aux pp. 191 et 192):

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, le par. 93(1), de même que l'article qui le remplace en ce qui concerne l'Alberta, vise clairement à accorder une protection constitutionnelle aux droits de certaines minorités, ces droits ayant déjà été cédés par la majorité, et non à donner une protection constitutionnelle contre ces droits.

59

60

61

62

63

In addition, this Court has stated that public school rights are not constitutionally entrenched under s. 93(1). See *Adler, supra*, at p. 648, *per* Iacobucci J. This is relevant because the Court has also stated that given the clear similarities in language between s. 93 and s. 17(1), the jurisprudence of the former is relevant in interpreting the latter. See *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 381.

64

In the same manner as s. 93(1), s. 17(1) “fr[eezes] in time” the rights and privileges of separate schools and the rights to religious instruction of both public and separate schools as they existed in 1905. See *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at p. 400. Subject to constitutionalization of then existing rights and the continuing effect of s. 17(2), separate and public schools were free to evolve independently after 1905 under the plenary jurisdiction of the Province. Section 17(1) was not intended to be a basis for a “continuous mirroring” of the rights and privileges of separate and public schools. Because separate school rights do not serve as a benchmark for public school rights, they need not be addressed in resolving the final constitutional question.

65

It remains to be considered whether those rights granted to public schools by the second portion of s. 17(1) are violated by a prohibition against opting-out or by the application of the Framework’s spending restrictions. In my opinion they are not.

66

Section 17(1) constitutionalized the rights and privileges of separate schools, and certain rights with respect to “religious instruction” for all schools, as such rights existed under chapters 29 and 30 of the 1901 Northwest Territories Ordinances. See *Gratton, supra*, at pp. 619-20, *per* Anglin J. dissenting.

En outre, notre Cour a déjà déclaré que les droits des écoles publiques n’étaient pas constitutionnellement protégés aux termes du par. 93(1). Voir *Adler*, précité, à la p. 648, le juge Iacobucci. Cela est pertinent car notre Cour a aussi affirmé qu’en raison des similitudes manifestes entre le libellé de l’art. 93 et celui du par. 17(1), la jurisprudence concernant le premier pouvait servir à interpréter le second. Voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 381.

Comme le par. 93(1), le par. 17(1) «fig[e]» dans le temps les droits et privilèges des écoles séparées, de même que les droits des écoles publiques et des écoles séparées en matière d’enseignement confessionnel, tels qu’ils existaient en 1905. Voir *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, à la p. 400. Sous réserve de la constitutionnalisation des droits qui existaient alors et de l’effet continu du par. 17(2), il était loisible aux écoles séparées et aux écoles publiques d’évoluer de façon indépendante après 1905 sous la compétence absolue de la province. Le paragraphe 17(1) n’était pas conçu pour constituer le fondement d’un «parallélisme permanent» des droits et privilèges des écoles séparées et des écoles publiques. Les droits des écoles séparées ne servant pas de points de comparaison pour les droits des écoles publiques, il n’est pas nécessaire de les examiner pour trancher la dernière question constitutionnelle.

Reste à savoir si l’interdiction relative à l’exercice du droit de retrait ou l’application des restrictions imposées aux dépenses par le document-cadre portent atteinte aux droits conférés aux écoles publiques par la seconde partie du par. 17(1). Je suis d’avis qu’elles n’y portent pas atteinte.

Le paragraphe 17(1) constitutionnalise les droits et privilèges des écoles séparées, de même que certains droits relatifs à l’«instruction religieuse» pour toutes les écoles, tels qu’ils existaient en vertu des chapitres 29 et 30 des Ordonnances des Territoires du Nord-Ouest de 1901. Voir *Gratton*, précité, aux pp. 619 et 620, le juge Anglin (dissident).

I am persuaded by authorities that suggest the rights of religious instruction were inserted as a second part to s. 17(1) to preserve a right to deliver religious content in those circumstances where Roman Catholic school supporters formed the majority and therefore constituted the public school. See M. R. Lupul, *The Roman Catholic Church and the North-West School Question: a study in church-state relations in western Canada, 1875-1905* (1974).

The full extent of these rights to religious instruction is found in ss. 137-139 of *The School Ordinance*:

137. No religious instruction except as hereinafter provided shall be permitted in the school of any district from the opening of such school until one half hour previous to its closing in the afternoon after which time any such instruction permitted or desired by the board may be given.

(2) It shall however be permissible for the board of any district to direct that the school be opened by the recitation of the Lord's prayer.

138. Any child shall have the privilege of leaving the school room at the time at which religious instruction is commenced as provided for in the next preceding section or of remaining without taking part in any religious instruction that may be given if the parents or guardians so desire.

139. No teacher, school trustee or inspector shall in any way attempt to deprive such child of any advantage that it might derive from the ordinary education given in such school and any such action on the part of any school trustee, inspector or teacher shall be held to be a disqualification for and voidance of the office held by him.

These limited rights would include those ancillary rights necessary to maintain them. Such a conclusion is consistent with this Court's interpretation of the broader denominational rights granted separate schools under s. 17(1) and s. 93. See *Mahe, supra*, at pp. 381-82, *per* Dickson C.J.; *Greater Montreal Protestant School Board, supra*,

Je suis convaincu par les études indiquant qu'on a inséré les droits relatifs à l'instruction religieuse en deuxième partie du par. 17(1) pour préserver le droit d'intégrer un contenu religieux à l'enseignement, là où les tenants des écoles catholiques romaines formeraient la majorité et établiraient donc des écoles publiques de confession catholique. Voir M. R. Lupul, *The Roman Catholic Church and the North-West School Question: a study in church-state relations in western Canada, 1875-1905* (1974).

L'éventail complet de ces droits à l'instruction religieuse se trouve aux art. 137 à 139 de la *School Ordinance*:

[TRADUCTION]

137. Aucune instruction religieuse, à l'exception de celle qui est prévue ci-après, n'est tolérée au sein d'une école d'un district à partir de l'ouverture de l'école jusqu'à la demi-heure précédant sa fermeture dans l'après-midi, auquel temps un tel enseignement peut être donné, selon ce qui est autorisé ou prévu par le conseil.

(2) Il est cependant loisible au conseil d'un district d'ordonner que la journée à l'école débute par la récitation du Notre Père.

138. L'enfant a le droit de quitter la salle de cours au moment où débute l'instruction religieuse, conformément à ce que prévoit la disposition précédente, ou de demeurer sur les lieux sans pour autant prendre part à l'instruction religieuse qui est donnée, selon la volonté de ses parents ou tuteurs.

139. Ni l'enseignant, ni le syndic de l'école, ni l'inspecteur ne peuvent tenter de priver l'enfant des bénéfices qu'il pourrait tirer de l'enseignement ordinaire donné dans cette école, et toute mesure en ce sens prise par eux a pour effet de les disqualifier ou de les écarter des postes qu'ils occupent.

Ces droits limités comprendraient les droits accessoires qui sont nécessaires à leur réalisation. Une telle conclusion est compatible avec la façon dont notre Cour a interprété les droits confessionnels plus généraux accordés aux écoles séparées en vertu du par. 17(1) et de l'art. 93. Voir *Mahe*, précité, aux pp. 381 et 382, le juge en chef Dickson;

67

68

69

at pp. 410-11, *per* Beetz J.; *Reference Re Education Act*, *supra*, at p. 541.

Commission des écoles protestantes, précité, aux pp. 410 et 411, le juge Beetz; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, précité, à la p. 541.

70 Nevertheless, it would be only in the rarest and most implausible of circumstances that these limited rights of religious instruction would engage an ancillary and subsidiary right to tax, as argued by the PSBAA. In addition, evidence of a legislative initiative's prejudicial effect upon these rights would be required. Evidence has not been presented that the public schools' inability to opt out of the ASFF gives rise to such prejudicial effect. In my mind, such evidence would be hard to find while a minimum level of funding is present.

Il n'en reste pas moins qu'il ne serait que très rare et très peu vraisemblable que, comme le soutient la PSBAA, de ces droits limités à l'instruction religieuse puisse découler un droit accessoire et subsidiaire de prélèvement d'impôt. En outre, des éléments de preuve établissant l'effet préjudiciable de la mesure législative à l'égard de ces droits seraient requis. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que l'incapacité des écoles publiques de se retirer du Fonds a donné lieu à un tel effet préjudiciable. À mon avis, il serait difficile de le prouver tant qu'il y a un minimum de financement.

71 I emphasize that these reasons do not deal with the extent of those rights granted to separate schools under the first portion of s. 17(1), nor the character of those non-denominational rights necessary to maintain them.

Je souligne une fois de plus que les présents motifs ne traitent pas de l'étendue des droits accordés aux écoles séparées en vertu de la première partie du par. 17(1), ni du genre de droits non confessionnels qui sont nécessaires à leur réalisation.

72 I conclude that s. 17(1) does not import a principle of mirror equality. Furthermore, the inability of public schools to opt out of the ASFF scheme does not infringe those narrow rights afforded public schools under s. 17(1). Accordingly, I would answer "no" to the final constitutional question.

Je suis d'avis que le par. 17(1) n'importe pas un principe d'égalité intégrale. De plus, l'incapacité des écoles publiques de se retirer du régime du Fonds ne contrevient pas aux droits limités consentis aux écoles publiques en vertu du par. 17(1). En conséquence, la réponse à la dernière question constitutionnelle est négative.

73 I would dismiss the appeal with costs.

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

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs des appelants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitors for the appellants the Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 and Margaret Ward Lounds: Code Hunter Wittmann, Calgary.

Procureurs des appelants Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 et Margaret Ward Lounds: Code Hunter Wittmann, Calgary.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Alberta, the Government of Alberta, Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Education: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando: Fraser Milner, Edmonton.

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 for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

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 Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Ontario Public School Boards' Association: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario English Catholic Teachers' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitor for the intervener the Saskatchewan School Trustees Association: LaVonne R. Beriault, Regina.

Procureur des intimés le procureur général de l'Alberta, le gouvernement de l'Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de l'Éducation: Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs des intimés Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando: Fraser Milner, Edmonton.

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 du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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 procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Ontario Public School Boards' Association: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des enseignants catholiques de langue anglaise de l'Ontario: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureur de l'intervenante Saskatchewan School Trustees Association: LaVonne R. Beriault, Regina.

Solicitors for the intervener the British Columbia School Trustees Association: Harris & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association: Milner Thomson LLP, Toronto.

Solicitors for the interveners the Catholic Section of the Saskatchewan School Trustees Association and St. Paul's Roman Catholic Separation School Division No. 20: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Solicitors for the interveners the Boards of Education of the Regina School Division No. 4, et al.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Association des commissaires d'écoles de la Colombie-Britannique: Harris & Company, Vancouver.

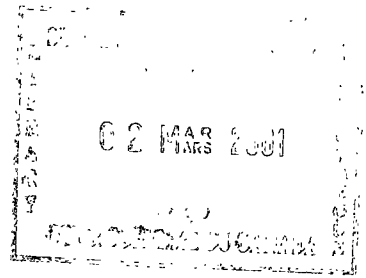
Procureurs de l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association: Milner Thomson LLP, Toronto.

Procureurs des intervenantes Catholic Section de la Saskatchewan School Trustees Association et St. Paul's Roman Catholic Separate School Division No. 20: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Procureurs des intervenants Boards of Education de la Regina School Division No. 4 et autres: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2000 Vol. 2

3^e cahier, 2000 Vol. 2

Cited as [2000] 2 S.C.R. 443-631

Renvoi [2000] 2 R.C.S. 443-631

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

R. v. Darrach..... 443

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Right to make full answer and defence — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether substantive aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to make full answer and defence or his right to a fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(1), (2)(c), 276.2(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Right not to be compelled to be a witness in proceedings against oneself — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether procedural aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to silence and his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276.1(2), 276.2(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Voir dire — Whether s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protecting accused against self-incrimination on voir dire — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.2.

R. v. J.-L.J..... 600

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Mohan criteria — Accused charged with sexual assaults on two young male children — Expert witness testifying that accused's personality incompatible with any predisposition to commit such offences — Whether trial judge erred in excluding expert evidence.

R. v. Lévesque..... 487

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Appeals against sentence — Criteria applicable to admission of fresh evidence on appeal from sentence — Whether criteria are the same regardless of whether appeal relates to verdict or to sentence — Whether Court of Appeal erred in admitting fresh evidence.

R. v. M.O..... 594

Criminal law — Sexual assault — Consent — Mistaken belief in consent.

R. v. Sutton..... 595

Criminal law — Charge to jury — Misdirections — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Crown and defence agreeing that trial judge made errors in his formulation of test for determining admissibility of co-conspirator hearsay evidence — Whether Crown established that verdict would not necessarily have been the same had errors not occurred.

Continued on next page

SOMMAIRE

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W..... 519

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant porte-t-elle atteinte aux droits des parents à la sécurité de leur personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils la tenue d'une audience prompte et équitable après l'appréhension? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Audience après appréhension — Délai de six mois écoulé entre l'appréhension de l'enfant et l'audience relative à la protection de l'enfant — Le délai de l'audience relative à la protection de l'enfant à la suite de l'appréhension porte-t-il atteinte aux droits des parents garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit de la famille — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

R. c. Darrach..... 443

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de fond de l'art. 276 du Code criminel portent-elles atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou à son droit à un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(1), (2)c), 276.2(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de l'art. 276 du Code criminel qui énoncent la procédure à suivre portent-elles atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W. 519

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child infringing parental right to security of person — If so, whether infringement contrary to principles of fundamental justice — Whether prior judicial authorization of apprehension in “non-emergency” situations needed to comply with principles of fundamental justice — Whether fair and prompt post-apprehension hearing needed to comply with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Post-apprehension hearing — Six-month delay between apprehension of child and child protection hearing — Whether delay in post-apprehension child protection hearing infringing parental rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Family law — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child without prior authorization in non-emergency situations constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

SOMMAIRE (Fin)

être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.1(2), 276.2(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Voir-dire — L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés protège-t-il un accusé contre l'auto-incrimination lors d'un voir-dire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.2.

R. c. J.-L.J. 600

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Critères de l'arrêt Mohan — Accusé inculpé d'avoir agressé sexuellement deux garçonnets — Expert témoignant que la personnalité de l'accusé ne permet pas de conclure qu'il est prédisposé à commettre de telles infractions — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve d'expert?

R. c. Lévesque 487

Droit criminel — Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Appels de la sentence — Critères applicables à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence — Ces critères sont-ils les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou sur une sentence? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en admettant les éléments de preuve nouveaux?

R. c. M.O. 594

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement.

R. c. Sutton 595

Droit criminel — Exposé au jury — Directives erronées — Acquiescement de l'accusé annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Ministère public et défense reconnaissant que le juge du procès avait commis des erreurs dans son exposé sur le critère relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire d'un coauteur d'un complot — Le ministère public a-t-il établi que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si les erreurs n'avaient pas été commises?

Andrew Scott Darrach *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DARRACH

Neutral citation: 2000 SCC 46.

File No.: 26564.

2000: February 23; 2000: October 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 ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Right to make full answer and defence — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether substantive aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to make full answer and defence or his right to a fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(1), (2)(c), 276.2(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Right not to be compelled to be a witness in proceedings against oneself — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether procedural aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to silence and his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c)

Andrew Scott Darrach *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. DARRACH

Référence neutre: 2000 CSC 46.

N^o du greffe: 26564.

2000: 23 février; 2000: 12 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 — Procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de fond de l'art. 276 du Code criminel portent-elles atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou à son droit à un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(1), (2)c), 276.2(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de l'art. 276 du Code criminel qui énoncent la procédure à suivre portent-elles atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas

— *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276.1(2), 276.2(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Voir dire — Whether s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protecting accused against self-incrimination on voir dire — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.2.

The accused was charged with sexual assault and, at his trial, attempted to introduce evidence of the complainant's sexual history. He unsuccessfully challenged the constitutionality of s. 276.1(2)(a) of the *Criminal Code* (which requires that the affidavit contain "detailed particulars" about the evidence), ss. 276(1) and 276(2)(c) (which govern the admissibility of sexual conduct evidence generally), and s. 276.2(2) (which provides that the complainant is not a compellable witness at the hearing determining the admissibility of evidence of prior sexual activity). At the trial proper, the complainant testified and was cross-examined. The defence was allowed a *voir dire* to introduce evidence about her past sexual activity where the accused presented his own detailed affidavit but refused to be cross-examined on it. After the *voir dire*, the trial judge refused to allow the accused to adduce the evidence of the complainant's sexual history. The accused was subsequently convicted of sexual assault. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal, concluding that the impugned provisions did not violate the accused's right to make full answer and defence, his right not to be compelled to testify against himself or his right to a fair trial as protected by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

The current version of s. 276 of the *Criminal Code* is in essence a codification by Parliament of the Court's guidelines in *Seaboyer*. Section 276 contains both a substantive part that prevents a complainant's past sexual activity from being used for improper purposes and a procedural part that enforces this rule. In view of *Seaboyer*, the constitutionality of both the rule and the procedure has already been established at a general level. Section 276 is carefully crafted to comport with the principles of fundamental justice. It protects the

être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.1(2), 276.2(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Voir-dire — L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés protège-t-il un accusé contre l'auto-incrimination lors d'un voir-dire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.2.

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et a tenté, à son procès, de présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Il a contesté en vain la constitutionnalité du par. 276.1(2) du *Code criminel* (dans la mesure où il exige que l'affidavit contienne «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause), celle du par. 276(1) et de l'al. 276(2)c) (qui régissent l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel en général), de même que celle du par. 276.2(2) (qui prévoit que le plaignant n'est pas un témoin contraignable à l'audition portant sur l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur). Lors du procès comme tel, la plaignante a témoigné et a été contre-interrogée. La défense a demandé avec succès la tenue d'un voir-dire afin de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Lors du voir-dire, l'accusé a produit son propre affidavit détaillé, mais a refusé d'être contre-interrogé sur celui-ci. Après le voir-dire, le juge du procès n'a pas permis à l'accusé de soumettre la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé, concluant que les dispositions contestées ne violaient pas le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à un procès équitable qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le texte actuel de l'art. 276 du *Code criminel* est essentiellement une codification par le législateur des lignes directrices que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Seaboyer*. Cet article contient des dispositions de fond qui empêchent d'utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant, ainsi que d'autres dispositions qui énoncent la procédure à suivre pour appliquer cette règle. Compte tenu de l'arrêt *Seaboyer*, la constitutionnalité de la règle et de la procédure a déjà été établie de façon générale.

integrity of the judicial process while at the same time respecting the rights of the people involved.

The substantive aspect of s. 276 does not infringe the accused's s. 7 right to make full answer and defence or his s. 11(d) right to a fair trial. Far from being a "blanket exclusion", s. 276(1) only prohibits the use of evidence of past sexual activity when it is offered to support two specific, illegitimate inferences, namely, that a complainant is more likely to have consented to the alleged assault and that she is less credible as a witness by virtue of her prior sexual experience. These "twin myths" are simply not relevant at trial. They are not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process. Because s. 276(1) is an evidentiary rule that only excludes material that is not relevant, it cannot infringe an accused's right to make full answer and defence. An accused has never had a right to adduce irrelevant or misleading evidence. Further, the fact that s. 276(2)(c) requires that the evidence tendered to support a permitted inference has "significant probative value" does not raise the threshold for the admissibility of evidence to the point that it is unfair to the accused. The word "significant", on a textual level, is reasonably capable of being read in accordance with ss. 7 and 11(d) and the fair trial they protect. The requirement of "significant probative value" serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the "proper administration of justice". In sum, s. 276 enhances the fairness of the hearing by excluding misleading evidence from trials of sexual offences. It preserves the accused's right to adduce relevant evidence that meets certain criteria and so to make full answer and defence.

With respect to the procedural aspect of s. 276, the requirement that an accused present an affidavit and establish on a *voir dire* that the evidence is admissible in accordance with established criteria does not infringe his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, nor a right not to reveal his defence. The procedure mandated by s. 276 is consistent with the law of evidence and with *Seaboyer*. It is a basic rule of evidence that the party seeking to introduce evidence must be prepared to satisfy the court that it is relevant

L'article 276 a été soigneusement rédigé de manière à être compatible avec les principes de justice fondamentale. Il préserve l'intégrité du processus judiciaire tout en respectant les droits des personnes en cause.

Les dispositions de fond de l'art. 276 ne portent atteinte ni au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ni à son droit à un procès équitable que lui garantissent respectivement l'art. 7 et l'al. 11d). Loin d'être une «exclusion générale», le par. 276(1) ne fait qu'interdire l'utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur pour étayer deux déductions illégitimes particulières, à savoir que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'agression alléguée ou qu'elle est un témoin moins crédible en raison de ses activités sexuelles antérieures. Ces «deux mythes» ne sont simplement pas pertinents au procès. Ils ne sont pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et ils peuvent dénaturer gravement le procès. Comme le par. 276(1) établit une règle de preuve qui n'exclut que les éléments de preuve non pertinents, il ne peut pas porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Un accusé n'a jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents ou trompeurs. En outre, l'exigence de l'al. 276(2)c) que la preuve produite pour étayer une déduction permise ait une «valeur probante» («*significant probative value*») n'a pas pour effet de hausser le critère d'admissibilité de la preuve au point de le rendre injuste pour l'accusé. Le mot «*significant*», pris dans son sens littéral, peut raisonnablement être interprété d'une manière conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d), et au droit à un procès équitable qu'ils garantissent. L'exigence que la preuve ait une «valeur probante» sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s'ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la «bonne administration de la justice». Somme toute, l'art. 276 favorise l'équité de l'audience en excluant les éléments de preuve trompeurs des procès portant sur des infractions d'ordre sexuel. Il protège le droit de l'accusé de produire une preuve pertinente qui respecte certains critères et ainsi, de présenter une défense pleine et entière.

En ce qui concerne les dispositions de l'art. 276 qui énoncent la procédure à suivre, l'exigence que l'accusé produise un affidavit et établisse, au moyen d'un *voir dire*, que la preuve est admissible selon des critères établis ne porte atteinte ni à son droit de ne pas être contraint de témoigner dans toute poursuite intentée contre lui, ni à son droit de ne pas divulguer ses moyens de défense. La procédure prescrite par l'art. 276 est compatible avec le droit de la preuve et avec l'arrêt *Seaboyer*. Une règle de preuve fondamentale veut que la partie qui

and admissible. Therefore, if the defence seeks to adduce evidence of sexual activity, it must establish that it supports at least some relevant inference. Further, the particular *voir dire* required by s. 276 does not offend the principle against self-incrimination because the requirement that the accused establish a legitimate use for evidence of sexual activity does not compel him to testify. In applications under s. 276, there is free and informed consent when the accused participates in order to exculpate himself. Where there is neither a legal obligation nor an evidentiary burden on the accused, the mere tactical pressure on the accused to participate in the trial does not offend the principle against self-incrimination or the right to a fair trial. Lastly, s. 276 does not offend the presumption of innocence because nothing in s. 276 obviates the Crown's basic duty to establish all the elements of a sexual offence beyond a reasonable doubt.

Section 276.1(2)(a) of the *Code* requires the defence to enter an affidavit with "detailed particulars" of the evidence it seeks to adduce. The affidavit requirement does not infringe the accused's right to silence. The right to silence in s. 7 comprises the right to silence before trial and the privilege against self-incrimination at trial; it is inaccurate to speak of an absolute right to silence at the trial stage of the criminal process. Moreover, s. 276 does not require the accused to make premature or inappropriate disclosure to the Crown. The accused is not forced to embark upon the process under s. 276 at all. If the defence is going to raise the complainant's prior sexual activity, it cannot do so in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush.

If the trial judge is satisfied that the affidavit meets the requirements of s. 276.1, the accused has the right under s. 276.2 of the *Code* to an *in camera* hearing to decide whether the evidence is admissible. The non-compellability of the complainant at the *voir dire* and the requirement to submit to cross-examination on the affidavit do not infringe the accused's right not to be compelled to testify at his own trial. An accused does not face a legal compulsion to testify and the tactical pressure he encounters is not unfair. The basic rules of evidence require the accused, having produced his affidavit, to submit to cross-examination because the right

cherche à présenter un élément de preuve soit prête à convaincre le tribunal de sa pertinence et de son admissibilité. En conséquence, la défense qui cherche à présenter une preuve de comportement sexuel doit établir que cette preuve étaye au moins une déduction pertinente quelconque. De plus, le voir-dire requis par l'art. 276 ne contrevient pas au principe interdisant l'auto-incrimination parce que l'exigence que l'accusé établisse une utilisation légitime de la preuve du comportement sexuel ne le contraint pas à témoigner. Dans le cas des demandes fondées sur l'art. 276, il y a consentement libre et éclairé lorsque l'accusé participe dans le but de se disculper. Lorsqu'aucune obligation juridique ni aucun fardeau de présentation n'incombent à l'accusé, la simple pression d'ordre tactique qui peut amener ce dernier à participer au procès ne contrevient ni au principe interdisant l'auto-incrimination ni au droit à un procès équitable. Enfin, l'art. 276 ne contrevient pas à la présomption d'innocence parce que rien dans cet article ne supprime l'obligation fondamentale du ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une infraction d'ordre sexuel.

Le paragraphe 276.1(2) du *Code* oblige la défense à produire un affidavit énonçant «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause. L'obligation de produire un affidavit ne porte pas atteinte au droit de l'accusé de garder le silence. Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 comprend le droit de garder le silence avant le procès et le privilège de ne pas s'incriminer au procès; il est inexact de parler d'un droit absolu de garder le silence à l'étape du procès en matière criminelle. En outre, l'art. 276 n'exige pas que l'accusé fasse une divulgation prématurée ou inappropriée au ministère public. L'accusé n'est nullement obligé de s'engager dans le processus décrit à l'art. 276. Si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre.

Si le juge du procès est d'avis que l'affidavit satisfait aux exigences de l'art. 276.1, l'accusé a droit, en vertu de l'art. 276.2 du *Code*, à une audience à huis clos pour déterminer si la preuve est admissible. La non-contrainctibilité de la plaignante au voir-dire et l'obligation de l'accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit ne portent pas atteinte au droit de ce dernier de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès. L'accusé n'est pas contraint de témoigner par la loi, et la pression d'ordre tactique qu'il ressent n'est pas injuste. Une fois que l'accusé a produit son affidavit, les règles fondamentales de la preuve exigent qu'il soit assujéti à

to cross-examine is essential to give any weight to an affidavit. An accused's refusal to submit to cross-examination on his sworn affidavit in effect reduces its weight to that of an unsworn statement, and it is well settled that an accused cannot make an unsworn statement. The Crown's right to cross-examine on the affidavit under s. 276 is essential to protect the fairness of the trial. Cross-examination is required to enable the trial judge to decide relevance by assessing the affiant's credibility and the use to which he intends to put the evidence. The cross-examination must be confined to what is necessary to determine whether the evidence is admissible. Furthermore, on the *voir dire*, s. 13 of the *Charter* protects an accused against self-incrimination. This privilege against self-incrimination applies because a *voir dire* is an "other proceeding" within the meaning of s. 13.

The complainant's non-compellability at the *voir dire* is based on sound legislative goals. To compel the complainant to be examined on her sexual history before the subject has been found to be relevant to the trial would invade the complainant's privacy and discourage the reporting of crimes of sexual violence. The right to make full answer and defence, moreover, does not provide a right to cross-examine an accuser. The fair trial protected by s. 11(d) is one that does justice to all the parties.

Cases Cited

Applied: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; **approved:** *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184; *R. v. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340; *R. v. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427; **referred to:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Santoccono* (1996), 91 O.A.C. 26; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103;

un contre-interrogatoire, car le droit de contre-interroger est essentiel pour appuyer la crédibilité de l'affidavit. Le refus de l'accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit a pour effet d'en réduire l'importance à celle d'une déclaration non solennelle, et il est bien établi qu'un accusé ne peut pas faire une déclaration non solennelle. Le droit du ministère public d'effectuer un contre-interrogatoire sur l'affidavit, que prévoit l'art. 276, est essentiel pour assurer l'équité du procès. Le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre au juge du procès de décider de la pertinence en évaluant la crédibilité de l'auteur de l'affidavit et l'utilisation qu'il compte faire de la preuve. Le contre-interrogatoire doit se limiter à ce qui est nécessaire pour déterminer si la preuve proposée est admissible. De plus, l'art. 13 de la *Charte* protège un accusé contre l'auto-incrimination lors du voir-dire. Le privilège de ne pas s'incriminer s'applique parce qu'un voir-dire est une «autre procédure» au sens de l'art. 13.

La non-contraignabilité de la plaignante lors du voir-dire repose sur des objectifs législatifs légitimes. Contraindre la plaignante à subir un interrogatoire sur son comportement sexuel antérieur avant même que ce sujet n'ait été jugé pertinent aux fins du procès porterait atteinte à la vie privée de la plaignante et découragerait la dénonciation des crimes de violence sexuelle. En outre, le droit à une défense pleine et entière ne confère pas un droit de contre-interroger l'accusateur. Le procès équitable garanti par l'al. 11d) est celui qui permet de rendre justice à toutes les parties.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; **arrêts approuvés:** *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184; *R. c. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340; *R. c. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427; **arrêts mentionnés:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Santoccono* (1996), 91 O.A.C. 26; *R.*

R. v. Whyte, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 13.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 10; am. 1994, c. 44, s. 19], 276 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203; am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 276.1 [ad. 1992, c. 38, s. 2], 276.2 [*idem*], 278.3 [ad. 1997, c. 30 s. 1].

Authors Cited

Boyle, Christine, and Marilyn MacCrimmon. "The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered" (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198.

Kelly, Katharine D. "“You must be crazy if you think you were raped”: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178.

Schwartz, Hart. "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection" (1994), 31 *C.R.* (4th) 232.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 1, 107 O.A.C. 81, 122 C.C.C. (3d) 225, 13 C.R. (5th) 283 (*sub nom. R. v. D. (A.S.)*), [1998] O.J. No. 397 (QL), dismissing the accused’s appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

Lawrence Greenspon and Blair Crew, for the appellant.

Rosella M. Cornaviera and Karen Shai, for the respondent.

Graham R. Garton, Q.C., and *Robin Parker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Joanne Marceau and Marie-Claude Gilbert, for the intervener the Attorney General of Quebec.

c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 13.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 10; mod. 1994, ch. 44, art. 19], 276 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203; mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 12; abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 276.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 276.2 [*idem*], 278.3 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].

Doctrine citée

Boyle, Christine, and Marilyn MacCrimmon. «The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered» (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198.

Kelly, Katharine D. «“You must be crazy if you think you were raped”: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178.

Schwartz, Hart. «Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection» (1994), 31 *C.R.* (4th) 232.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 1, 107 O.A.C. 81, 122 C.C.C. (3d) 225, 13 C.R. (5th) 283 (*sub nom. R. c. D. (A.S.)*), [1998] O.J. No. 397 (QL), qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Lawrence Greenspon et Blair Crew, pour l’appellant.

Rosella M. Cornaviera et Karen Shai, pour l’intimée.

Graham R. Garton, c.r., et *Robin Parker*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Joanne Marceau et Marie-Claude Gilbert, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Alexander Budlovsky and *Marian K. Brown*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Elizabeth Thomas and *Carissima Mathen*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

The proper use of a complainant's sexual history in sexual offence prosecutions was last before this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. There the Court struck down an earlier version of s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, because it excluded all evidence about a complainant's sexual history from the judicial process, subject to three exceptions. The majority found that s. 276 could potentially exclude evidence of critical relevance (at p. 616). Parliament then enacted the current s. 276 in Bill C-49 in 1992 (now S.C. 1992, c. 38). It essentially codifies the decision in *Seaboyer* and provides a mechanism for the trial judge to determine the admissibility of evidence of prior sexual activity.

The current s. 276 categorically prohibits evidence of a complainant's sexual history only when it is used to support one of two general inferences. These are that a person is more likely to have consented to the alleged assault and that she is less credible as a witness by virtue of her prior sexual experience. Evidence of sexual activity may be admissible, however, to substantiate other infer-

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Alexander Budlovsky et *Marian K. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Elizabeth Thomas et *Carissima Mathen*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

C'est dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, que notre Cour a examiné pour la dernière fois l'utilisation appropriée du comportement sexuel antérieur d'un plaignant dans des poursuites pour une infraction d'ordre sexuel. Dans cet arrêt, notre Cour a invalidé une version antérieure de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, parce qu'elle excluait du processus judiciaire tous les éléments de preuve relatifs au comportement sexuel antérieur d'un plaignant, sauf dans trois cas. Les juges majoritaires ont conclu que l'art. 276 risquait d'écarter une preuve fort pertinente (à la p. 616). Le législateur a ensuite adopté, en 1992, le texte actuel de l'art. 276 dans le projet de loi C-49 (aujourd'hui L.C. 1992, ch. 38). Cet article codifie essentiellement l'arrêt *Seaboyer* et établit un mécanisme permettant au juge du procès de déterminer l'admissibilité d'une preuve de comportement sexuel antérieur.

L'article 276 actuel n'interdit catégoriquement la preuve du comportement sexuel d'un plaignant que lorsqu'elle sert à étayer l'une des deux déductions générales suivantes, à savoir qu'une personne est plus susceptible d'avoir consenti à l'agression alléguée ou qu'elle est un témoin moins crédible en raison de ses activités sexuelles antérieures. La preuve du comportement sexuel peut toutefois être

1

2

ences. Sections 276.1 and 276.2 provide a procedure to determine the admissibility of such evidence. In brief, the defence must file a written affidavit; if the judge finds that it discloses relevant evidence capable of being admissible under s. 276(2), the judge will hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence the defence seeks to adduce.

3

The accused challenges the constitutionality of parts of s. 276 under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the way in which they were interpreted by the trial judge. In my view, his challenge fails. The current version of s. 276 is carefully crafted to comport with the principles of fundamental justice. It protects the integrity of the judicial process while at the same time respecting the rights of the people involved. The complainant's privacy and dignity are protected by a procedure that also vindicates the accused's right to make full answer and defence. The procedure does not violate the accused's s. 7 *Charter* right to a fair trial nor his s. 11(c) right not to testify against himself or his s. 11(d) right to a fair hearing. For the reasons below, I find that the impugned sections of the law are constitutional and that their application by the trial judge was beyond reproach.

II. Facts

4

The accused met the complainant in October 1991, when she began working at the retail store where he worked as a supervisor. They became friends and began a sexual relationship. After their sexual relationship ended, they saw each other casually, largely because they lived two doors apart on the same street. At some point, the accused lent the complainant \$20. On November 6, 1992, he called her at work (he no longer worked there) and asked to be repaid. The complainant met him that night and, later that evening, they walked home together. The accused asked her to come into his apartment. Once inside, the accused sexually assaulted the complainant.

admissible pour étayer d'autres déductions. Les articles 276.1 et 276.2 établissent une procédure permettant de déterminer l'admissibilité d'une telle preuve. Bref, la défense doit déposer un affidavit écrit; s'il conclut que l'affidavit divulgue une preuve pertinente susceptible d'être admissible en vertu du par. 276(2), le juge tient un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité de la preuve que la défense cherche à présenter.

L'accusé conteste la constitutionnalité de certaines parties de l'art. 276 selon la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que l'interprétation que le juge du procès leur a donnée. À mon avis, sa contestation doit être rejetée. Le texte actuel de l'art. 276 a été soigneusement rédigé de manière à être compatible avec les principes de justice fondamentale. Il préserve l'intégrité du processus judiciaire tout en respectant les droits des personnes en cause. La dignité du plaignant et son droit à la vie privée sont protégés par une procédure qui reconnaît aussi le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Cette procédure ne viole pas le droit de l'accusé à un procès équitable, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à une audience équitable qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que les dispositions législatives contestées sont constitutionnelles et que le juge du procès les a appliquées de manière irréprochable.

II. Les faits

L'accusé a rencontré la plaignante en octobre 1991 lorsqu'elle a commencé à travailler au magasin de détail où il occupait le poste de superviseur. Ils sont devenus amis et ensuite, amants. Après que leur liaison eut pris fin, ils continuaient de se rencontrer à l'occasion, surtout parce qu'ils habitaient la même rue à deux portes l'un de l'autre. À un moment donné, l'accusé a prêté 20 \$ à la plaignante. Le 6 novembre 1992, il lui a téléphoné au travail (il ne travaillait plus au même endroit) et lui a demandé de le rembourser. La plaignante l'a rencontré ce soir-là et, plus tard, au cours de la soirée, ils sont rentrés ensemble à pied. L'accusé a invité la plaignante à son appartement. Une fois à l'intérieur, il l'a agressée sexuellement.

The trial judge accepted the complainant's testimony about the assault as "clear, she was consistent and straightforward". It was uncontradicted and unshaken by cross-examination. The accused called no evidence and made no submissions. All the elements of the offence were proven by the Crown and the accused was convicted of sexual assault under s. 271 of the *Criminal Code*. He was sentenced to nine months' imprisonment.

III. Judgments Below

A. *Ontario Court of Justice (Provincial Division)*

The trial judge, Judge Blishen, made many rulings in the course of the trial, which lasted over a year. Most were about the constitutionality of subsections of s. 276, all of which she upheld. She also ruled on the procedure to be followed on applications under s. 276.1 and s. 276.2 to introduce evidence of the complainant's prior sexual activity. I shall discuss only those findings that were appealed before this Court. The correctness of the others is not in dispute. The operation of the legislation is best understood in the context of the proceedings, so I shall discuss the issues in the order in which they arose at trial.

The accused tried early on to introduce evidence about the complainant's sexual history in the form of a brief affidavit signed by a lawyer at the firm by which he was represented. He also initially challenged the constitutionality of s. 276.1(2)(a), which requires that the affidavit contain "detailed particulars" about the evidence, on the grounds that it violates his rights under ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Charter*. The trial judge ruled on December 20, 1993 that the affidavit must contain detailed particulars if she is to be able to decide whether to proceed to a *voir dire*. Although this may require the accused to reveal his defence, the rule is constitutional on the basis of *Seaboyer* and consistent with the procedure for *Charter* applica-

5
Le juge du procès a reconnu que, dans son témoignage au sujet de l'agression, la plaignante avait été [TRADUCTION] «claire, cohérente et directe». Ce témoignage n'a été ni contredit ni ébranlé par le contre-interrogatoire. L'accusé n'a présenté aucune preuve ni aucun argument. Le ministère public a prouvé tous les éléments de l'infraction et l'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*. Il a été condamné à neuf mois d'emprisonnement.

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale)*

6
Le juge du procès, madame le juge Blishen, a rendu de nombreuses décisions au cours du procès qui a duré plus d'un an. Ses décisions portaient, pour la plupart, sur la constitutionnalité de certains paragraphes de l'art. 276, qu'elle a tous jugés constitutionnels. Elle s'est aussi prononcée sur la procédure applicable aux demandes fondées sur les art. 276.1 et 276.2 visant la présentation d'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Je n'examinerai que les conclusions qui ont été portées en appel devant notre Cour. La justesse des autres conclusions n'est pas contestée. L'application de la mesure législative se comprend mieux dans le contexte des procédures en cause et je vais donc analyser les questions litigieuses selon l'ordre dans lequel elles se sont posées au procès.

7
D'entrée de jeu, l'accusé a tenté de présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante sous la forme d'un court affidavit signé par un avocat du cabinet qui le représentait. Il a également contesté, au départ, la constitutionnalité de l'exigence du par. 276.1(2) que l'affidavit contienne «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause, pour le motif qu'elle porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et par les al. 11(c) et 11(d) de la *Charte*. Le juge du procès a décidé, le 20 décembre 1993, que l'affidavit devait contenir toutes les précisions pour qu'elle puisse être en mesure de déterminer s'il y avait lieu de tenir un voir-dire. Même si cela peut obliger l'accusé à divulguer ses moyens de défense, la règle

tions. Before she would require the detailed particulars, however, the trial judge had to decide the constitutionality of the sections that govern the admissibility of evidence of sexual activity generally, namely s. 276(1) and s. 276(2)(c).

8 The trial judge upheld the constitutionality of ss. 276(1) and 276(2)(c) on February 3, 1994 ((1994), 17 O.R. (3d) 481, at pp. 493 and 497). She found that these sections are faithful to *Seaboyer* and that they are capable of being read so as not to offend the Constitution. Section 276(1) prohibits only general inferences about consent and credibility. Evidence to support specific inferences may be admissible if it meets the criteria in ss. 276(2) and 276(3). Section 276(2)(c) requires that evidence have “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. The trial judge upheld this section because it too faithfully “mirror[s]” Justice McLachlin’s (as she then was) requirement in *Seaboyer* that the trial judge exercise discretion to admit only evidence with “sufficient probative value” (p. 495). The balance between protecting the accused’s right to present evidence and ensuring that the court is not misled by highly prejudicial material is properly struck. Last, *Seaboyer* contemplated that the accused may have to testify on a *voir dire* before the evidence of sexual activity could be admitted. This requirement does not offend s. 7 or s. 11(c).

9 On May 3, 1994, the trial judge confirmed that the Crown has the right to see the particulars and to review them with the complainant “to properly prepare a response” for the *voir dire*. The accused’s lawyer had argued against this on the grounds that the element of surprise was essential to his cross-examination, but the trial judge

est constitutionnelle d’après l’arrêt *Seaboyer* et est conforme à la procédure applicable aux demandes fondées sur la *Charte*. Avant de demander les précisions, le juge du procès devait toutefois décider de la constitutionnalité des dispositions qui régissent l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel en général, à savoir le par. 276(1) et l’al. 276(2)c).

Le 3 février 1994, le juge du procès a confirmé la constitutionnalité du par. 276(1) et de l’al. 276(2)c ((1994), 17 O.R. (3d) 481, aux pp. 493 et 497). Elle a conclu que ces dispositions sont fidèles à l’arrêt *Seaboyer* et qu’elles peuvent être interprétées d’une manière non contraire à la Constitution. Le paragraphe 276(1) n’interdit que les déductions générales relatives au consentement et à la crédibilité. Les éléments de preuve à l’appui de déductions particulières peuvent être admissibles s’ils respectent les critères énoncés aux par. 276(2) et 276(3). L’alinéa 276(2)c exige que «le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de [la] preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante». Le juge du procès a confirmé la validité de cette disposition parce qu’elle [TRADUCTION] «reflète» elle aussi fidèlement l’exigence, formulée par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Seaboyer*, que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de manière à n’admettre que la preuve qui a une «force probante suffisante» (p. 495). L’équilibre est atteint entre la protection du droit de l’accusé de présenter des éléments de preuve et la nécessité d’assurer que la cour ne soit pas induite en erreur par des éléments très préjudiciables. Enfin, l’arrêt *Seaboyer* prévoyait que l’accusé pourrait avoir à témoigner au cours d’un *voir-dire* avant que la preuve du comportement sexuel puisse être admise. Cette exigence ne contrevient pas ni à l’art. 7 ni à l’al. 11c).

Le 3 mai 1994, le juge du procès a confirmé que le ministère public a le droit de prendre connaissance des précisions et de les examiner avec la plaignante [TRADUCTION] «afin de préparer une réponse adéquate» pour le *voir-dire*. L’avocat de l’accusé s’y était opposé pour le motif que l’élément de surprise était essentiel à son

rejected this notion. Part of the purpose of the s. 276.1 proceeding was to prepare the witness for a potential intrusion into her privacy.

The trial judge then ruled on a new information and belief affidavit signed by a lawyer and submitted on May 10, 1994. The threshold test in s. 276.1(4)(c) for admitting the affidavit is whether the evidence is “capable of being admissible under s. 276(2)” ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 19). She found that there was no requirement for a hearing at this stage; the point of the two-stage process is to have a hearing at the second stage, and only if it is warranted (para. 21). There is inconsistent case law on the application of the test to the affidavit. The trial judge concluded that the proper approach was to ask “firstly, whether [the evidence] was barred absolutely by s. 276(1), and secondly, whether it was capable of meeting the criteria outlined in s. 276(2), and the general concerns and interests of justice as outlined in s. 276(3)” (para. 28).

The affidavit met this test and the accused was allowed to proceed to a *voir dire*. The defence then challenged the non-compellability of the complainant at the *voir dire* according to s. 276.2(2). The trial judge upheld the constitutionality of this section on May 17, 1994, on the basis that in the description of the procedure in *Seaboyer*, “[t]he complainant is specifically not included, and the accused is included” as possible witnesses at the *voir dire* ([1994] O.J. No. 3161 (QL), at para. 11). To permit a cross-examination of the complainant before the affidavit has been ruled admissible would defeat the purpose of s. 276. The complainant’s right to equality in ss. 15 and 28 of the *Charter* should be taken into account when putting reasonable limits on her cross-examination. This provision does not violate the accused’s s. 7 or s. 11(c) rights not to be compelled to testify against himself because his decision to put her

contre-interrogatoire, mais le juge du procès a rejeté cette idée. La procédure prévue à l’art. 276.1 a notamment pour but de préparer le témoin à une immixtion éventuelle dans sa vie privée.

Le juge du procès s’est ensuite prononcée sur un nouvel affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, signé par un avocat et produit le 10 mai 1994. Le critère préliminaire du par. 276.1(4), qui s’applique à l’admissibilité de l’affidavit, consiste à déterminer s’il y a [TRADUCTION] «des possibilités que la preuve en cause soit admissible au titre du par. 276(2)» ([1994] O.J. No. 3162 (QL), au par. 19). Le juge a conclu qu’il n’y avait aucune exigence de tenir une audience à cette étape; le but de la procédure en deux étapes est de tenir une audience lors de la seconde étape, mais seulement si cela est justifié (par. 21). La jurisprudence relative à l’application du critère à l’affidavit n’est pas constante. Le juge du procès a conclu qu’il convenait de se demander [TRADUCTION] «premièrement, si [la preuve] était complètement interdite par le par. 276(1) et, deuxièmement, si elle pouvait satisfaire aux critères énoncés au par. 276(2) ainsi qu’aux intérêts généraux de la justice exposés au par. 276(3)» (par. 28).

L’affidavit respectait ce critère et l’accusé a été autorisé à tenir un *voir-dire*. La défense a alors contesté la non-contrainabilité de la plaignante au *voir-dire* selon le par. 276.2(2). Le juge du procès a confirmé la constitutionnalité de cette disposition le 17 mai 1994 pour le motif que, selon la description de la procédure dans l’arrêt *Seaboyer*, [TRADUCTION] «[l]a plaignante est expressément exclue et l’accusé est inclus» parmi les témoins éventuels au *voir-dire* ([1994] O.J. No. 3161 (QL), au par. 11). Permettre le contre-interrogatoire de la plaignante avant qu’un affidavit ait été jugé admissible irait à l’encontre de l’objet de l’art. 276. En imposant des limites raisonnables au contre-interrogatoire de la plaignante, il y a lieu de tenir compte du droit à l’égalité que garantissent à cette dernière les art. 15 et 28 de la *Charte*. Cette disposition ne porte pas atteinte au droit de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner contre

10

11

sexual history in issue was a tactical one and not a legal compulsion.

lui-même, que lui garantit l'art. 7 ou l'al. 11c), parce que sa décision de mettre en cause le comportement sexuel antérieur de la plaignante était une décision tactique plutôt que le résultat d'une contrainte juridique.

12 In her next ruling, on May 30, 1994, the trial judge decided how the *voir dire* in s. 276.2(2) should be conducted ([1994] O.J. No. 3160 (QL)). First she held that an information and belief affidavit, such as the one she had accepted at the first stage, would not suffice at the second stage. "[S]ome direct evidence" must be led (para. 11). She accepted the analogy to *Charter* applications, where "the onus will be on the accused, and the burden of proof will be on a balance of probabilities" (para. 15). To meet the mandate of the legislation and to determine admissibility properly, the trial judge also found that the Crown had the right to cross-examine the accused on the evidence he sought to adduce. The legislation requires "some weighing and some assessing of the evidence" (para. 20).

Dans l'autre décision qu'elle a rendue le 30 mai 1994, le juge du procès a décidé comment devrait se dérouler le voir-dire prévu au par. 276.2(2) ([1994] O.J. No. 3160 (QL)). Premièrement, elle a statué qu'un affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, comme celui qu'elle avait accepté à la première étape, ne serait pas suffisant à la deuxième étape. [TRADUCTION] «[U]ne preuve directe» doit être produite (par. 11). Le juge du procès a accepté l'analogie faite avec les demandes fondées sur la *Charte*, dans lesquelles [TRADUCTION] «le fardeau de la preuve incombe à l'accusé et la preuve doit être faite selon la prépondérance des probabilités» (par. 15). Elle a aussi conclu que, pour respecter l'objet de la mesure législative et décider adéquatement de l'admissibilité, le ministère public avait le droit de contre-interroger l'accusé sur la preuve qu'il cherchait à produire. La mesure législative exige [TRADUCTION] «une certaine évaluation de la preuve» (par. 20).

13 The court proceeded with the trial proper. The complainant was cross-examined and the defence renewed its application for a *voir dire* to introduce evidence about her past sexual activity. At the *voir dire*, the accused presented his own detailed affidavit but refused to be cross-examined on it. The trial judge found that without cross-examination, "the court can not attribute much, if any, weight to such evidence" because it is impossible to assess its probative value and prejudicial effect as the legislation requires. There were other problems with the affidavit. The trial judge also found that the sexual activity described in the affidavit was "in no way corroborated by the complainant". The accused failed to lead any evidence "as to a link between the proposed evidence . . . and the possible defence of honest mistaken belief in consent. He has provided no evidence as to his own state of mind resulting from the alleged previous sexual

La cour a tenu le procès comme tel. La plaignante a été contre-interrogée et la défense a réitéré sa demande de voir-dire afin de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Lors du voir-dire, l'accusé a produit son propre affidavit détaillé, mais a refusé d'être contre-interrogé sur celui-ci. Le juge du procès a conclu que, sans contre-interrogatoire, [TRADUCTION] «la cour ne peut attribuer que peu ou pas d'importance à cet élément de preuve» parce qu'il est impossible d'en évaluer la valeur probante et l'effet préjudiciable comme l'exige la mesure législative. L'affidavit posait d'autres problèmes. Le juge du procès a aussi conclu que le comportement sexuel décrit dans l'affidavit [TRADUCTION] «n'était nullement corroboré par la plaignante». L'accusé n'a produit aucune preuve [TRADUCTION] «quant à l'existence d'un lien entre la preuve proposée [. . .] et la défense éventuelle de la croyance

conduct”. The trial judge refused to admit the evidence of prior sexual activity and the trial ended.

B. Ontario Court of Appeal

The Court of Appeal upheld the trial judge’s findings about the constitutionality of the law and about the procedure the law requires: (1998), 38 O.R. (3d) 1. The law does not violate the accused’s right to make full answer and defence, his right not to be compelled to testify against himself or his right to a fair trial as protected by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Charter*.

The Court of Appeal affirmed that s. 276(1) is not a blanket prohibition on evidence of a complainant’s sexual history. The requirement of “significant probative value” in s. 276(2)(c) mirrors *Seaboyer* and can be read in accord with ss. 7 and 11(d). Because the evidence at issue will “inherently” prejudice the complainant, its probative value will have to be high in any case, even at common law. With respect to s. 276.1(2)(a), the Court of Appeal agreed that requiring detailed particulars in the affidavit does not violate the accused’s s. 7 or s. 11 rights. They list several other contexts in which the accused may have to disclose a defence. Last, the Court of Appeal agreed that the complainant is not compellable in law at the hearing.

The Court of Appeal affirmed that the accused’s right to make full answer and defence should be protected as fully as possible while preserving the complainant’s legitimate privacy interest. Recognizing interests other than the accused’s does not in itself infringe the Constitution. “[A] decision [of a judge] could . . . deny an accused the right to a fair trial. In such a case it would be the decision, not the legislation, which infringed the accused’s constitutional rights” (p. 17).

sincère mais erronée au consentement. Il n’a fourni aucune preuve relative à son état d’esprit par suite du comportement sexuel antérieur allégué». Le juge du procès a refusé d’admettre la preuve du comportement sexuel antérieur et le procès a pris fin.

B. Cour d’appel de l’Ontario

La Cour d’appel a confirmé les conclusions du juge du procès au sujet de la constitutionnalité de la mesure législative et de la procédure qu’elle prescrit: (1998), 38 O.R. (3d) 1. Cette mesure législative ne viole pas le droit de l’accusé à une défense pleine et entière, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à un procès équitable qui lui sont garantis par l’art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte*.

La Cour d’appel a confirmé que le par. 276(1) ne constitue pas une interdiction générale de toute preuve du comportement sexuel d’un plaignant. L’exigence de «valeur probante» à l’al. 276(2)c) reflète l’arrêt *Seaboyer* et peut être interprétée d’une manière conforme à l’art. 7 et à l’al. 11d). Comme la preuve en cause sera «fondamentalement» préjudiciable à la plaignante, elle devra avoir une grande valeur probante, même en common law. Au sujet du par. 276.1(2), la Cour d’appel a reconnu que l’obligation d’apporter des précisions dans l’affidavit ne porte pas atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7 ou l’art. 11. Elle a énuméré divers autres contextes dans lesquels l’accusé peut avoir à divulguer un moyen de défense. Enfin, la Cour d’appel a reconnu que la plaignante n’est pas un témoin juridiquement contraignable à l’audience.

La Cour d’appel a affirmé qu’il y a lieu de protéger le mieux possible le droit de l’accusé à une défense pleine et entière tout en préservant le droit légitime de la plaignante à sa vie privée. Reconnaître d’autres droits que ceux de l’accusé ne contrevient pas en soi à la Constitution. [TRADUCTION] «[U]ne décision [d’un juge] pourrait [. . .] refuser à un accusé le droit à un procès équitable. Le cas échéant, ce serait la décision, et non la mesure législative, qui porterait atteinte aux droits constitutionnels de l’accusé» (p. 17).

14

15

16

IV. Relevant Statutory Provisions

17

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

276. (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

- (a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or
- (b) is less worthy of belief.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

- (a) is of specific instances of sexual activity;
- (b) is relevant to an issue at trial; and
- (c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;
- (b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;
- (c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;
- (d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;
- (e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;
- (f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

IV. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

276. (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est:

- a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;
- b) soit moins digne de foi.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois:

- a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération:

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

276.1 (1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 276.2 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2).

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing and set out

(a) detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce, and

(b) the relevance of that evidence to an issue at trial,

and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

(4) Where the judge, provincial court judge or justice is satisfied

(a) that the application was made in accordance with subsection (2),

(b) that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or such shorter interval as the judge, provincial court judge or justice may allow where the interests of justice so require, and

(c) that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2),

the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a hearing under section 276.2 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2).

276.2 (1) At a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2), the jury and the public shall be excluded.

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing.

(3) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part thereof, is admissible under subsection 276(2) and shall provide reasons for that determination, and

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

276.1 (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audition en application de l'article 276.2 en vue de décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe 276(2).

(2) La demande d'audition est formulée par écrit et énonce toutes précisions au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audition pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

276.2 (1) Le jury et le public sont exclus de l'audition tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

(2) Le plaignant n'est pas un témoin contraignable à l'audition.

(3) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix est tenu de motiver la décision qu'il rend à la suite de l'audition sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre du paragraphe 276(2), en précisant les points suivants:

(a) where not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) that affected the determination; and

(c) where all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

(4) The reasons provided under subsection (3) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

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

. . .

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

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

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.

V. Issues

The points in issue are, by order of Lamer C.J., the following constitutional questions:

1. Do ss. 276.1(2)(a) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to silence and the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect to the offence pursuant to s. 7 and/or s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés au paragraphe 276(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

(4) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.

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:

. . .

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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

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.

V. Questions en litige

Les questions en litige sont, par ordre du juge en chef Lamer, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les paragraphes 276.1(2) et 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche, droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?

2. If the answer to question number one is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?
 3. Do ss. 276(1), 276(2)(c) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to make full answer and defence pursuant to s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*?
 4. If the answer to question number three is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?
2. Si la réponse à la première question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?
 3. Le paragraphe 276(1), l'al. 276(2)c) et le par. 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière qui est garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* par l'une ou l'autre de ces dispositions?
 4. Si la réponse à la troisième question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

VI. Analysis

In *Seaboyer*, the Court unanimously affirmed the legitimate purposes of s. 276 as being to protect the integrity of the trial by excluding evidence that is misleading, to protect the rights of the accused as well as to encourage reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (at p. 606). The majority found that the earlier version of s. 276 was unconstitutional because it was a blanket exclusion of evidence of sexual activity, subject to three categorical exceptions. It did not allow for the potential multiple relevance of this evidence or for the exercise of judicial discretion to determine its relevance (at p. 618). The law was struck down and in its place the Court provided guidelines for the admission of evidence designed to remedy these defects while preserving the intent of s. 276.

The current version of s. 276 is in essence a codification by Parliament of the Court's guidelines in *Seaboyer*. It contains substantive sections that prevent evidence of a complainant's past sexual activity from being used for improper purposes and procedural sections that enforce this rule. The constitutional challenge in the case at bar focuses on four aspects of s. 276; two of them are substantive and two are procedural. The ultimate justification for all four is that they are found in some form in

VI. Analyse

Dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a confirmé à l'unanimité que les objets légitimes de l'art. 276 sont de préserver l'intégrité du procès par l'exclusion des éléments de preuve trompeurs, de protéger les droits de l'accusé et d'inciter au dépôt de plaintes en matière d'infractions d'ordre sexuel grâce à la protection de la sécurité et de la vie privée des plaignants (à la p. 606). Les juges majoritaires ont conclu que la version antérieure de l'art. 276 était inconstitutionnelle parce qu'elle constituait une exclusion générale de toute preuve de comportement sexuel, sous réserve de trois catégories d'exceptions. Elle ne permettait pas que cette preuve puisse être pertinente à des fins multiples et ne permettait pas non plus l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour en déterminer la pertinence (à la p. 618). La mesure législative a été invalidée et la Cour l'a remplacée par des lignes directrices concernant l'admission de la preuve afin de remédier à ces lacunes tout en préservant l'objet de l'art. 276.

Le texte actuel de l'art. 276 est essentiellement une codification par le législateur des lignes directrices que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Seaboyer*. Cet article contient des dispositions de fond qui empêchent d'utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant, ainsi que d'autres dispositions qui énoncent la procédure à suivre pour appliquer cette règle. La contestation constitutionnelle en l'espèce porte sur quatre éléments de l'art. 276; deux de

the *Seaboyer* guidelines (at p. 635). At a general level, the constitutionality of both the rule and the procedure has already been established. The procedure in particular was not discussed in any detail in *Seaboyer*, however, so I shall review why these rules, in the form in which they were ultimately enacted by Parliament, are constitutional.

21 The accused challenges the constitutionality of s. 276 on two grounds. He claims that the substantive sections that exclude evidence violate his s. 7 right to make full answer and defence and his s. 11(d) right to a fair trial and the presumption of innocence. As I show below, his argument fails because the legislation enhances the fairness of the hearing by excluding misleading evidence from trials of sexual offences. It preserves the accused's right to adduce relevant evidence that meets certain criteria and so to make full answer and defence.

22 The accused's second challenge is that the procedural sections violate his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, as guaranteed by ss. 7 and 11(c). The arguments relating to self-incrimination fail because s. 276 does not create a legal compulsion to testify. The accused participates voluntarily in order to exculpate himself. Because he seeks to introduce evidence about the complainant's sexual activity, it is up to him to show how it is relevant. The presumption of innocence is preserved because the Crown still bears the burden of proving all the elements of the offence. His constitutional rights are not infringed by either the substantive or the procedural parts of s. 276. The balance struck in *Seaboyer*

ceux-ci concernent le fond et les deux autres, la procédure. Ces quatre éléments se justifient tous en fin de compte par le fait qu'on les retrouve sous une forme ou une autre dans les lignes directrices de l'arrêt *Seaboyer* (à la p. 635). De façon générale, la constitutionnalité de la règle et de la procédure a déjà été établie. La procédure n'a toutefois pas été analysée en détail dans l'arrêt *Seaboyer*, et c'est la raison pour laquelle je dois examiner pourquoi ces règles, telles que le législateur les a adoptées en fin de compte, sont constitutionnelles.

L'accusé conteste la constitutionnalité de l'art. 276 pour deux motifs. Il affirme que les dispositions de fond qui excluent des éléments de preuve portent atteinte au droit à une défense pleine et entière que lui garantit l'art. 7 ainsi qu'à son droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Pour les motifs qui suivent, son argument doit être rejeté parce que la mesure législative favorise l'équité de l'audience en excluant les éléments de preuve trompeurs des procès portant sur des infractions d'ordre sexuel. Elle protège le droit de l'accusé de produire une preuve pertinente qui respecte certains critères et ainsi, de présenter une défense pleine et entière.

Le deuxième motif de la contestation de l'accusé est que les dispositions concernant la procédure à suivre portent atteinte au droit, que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11c), de ne pas être contraint de témoigner dans des poursuites intentées contre lui. Les arguments relatifs à l'auto-incrimination doivent être rejetés parce que l'art. 276 n'établit aucune contrainte juridique à témoigner. L'accusé participe volontairement afin de se disculper. Parce qu'il cherche à présenter une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante, il incombe à l'accusé de démontrer en quoi cette preuve est pertinente. La présomption d'innocence est respectée parce que le ministère public a toujours le fardeau de prouver tous les éléments de l'infraction. Les dispositions de l'art. 276, qu'elles visent le fond ou la procédure, ne portent pas atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé. L'équilibre atteint dans l'arrêt *Seaboyer* entre les intérêts de la justice, ceux de l'accusé et ceux de la

among the interests of justice, the accused and the complainant is preserved in the current legislation.

A. *The Approach to Sections 7, 11(c) and 11(d) of the Charter*

The accused claims that his right not to be compelled to testify against himself as protected by s. 11(c) and his right to a fair trial with the presumption of innocence as protected by s. 11(d) are infringed by s. 276. He therefore claims that he is deprived of his liberty in a way that is not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*. In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, the Court dealt with a claim that s. 11(d) was violated in combination with s. 7, and the Court analysed the issues under the rubric of s. 7 on the grounds that the fair trial specifically protected by s. 11(d) was itself a principle of fundamental justice under s. 7. In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at paras. 40 and 44, Iacobucci J. described s. 11(c) as a procedural protection that underlies the principle against self-incrimination, which is also a principle of fundamental justice under s. 7. In both cases, the Court analysed the rights involved in the context of s. 7.

These cases are part of the Court's jurisprudence that has consistently held that the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 protect more than the rights of the accused. As McLachlin J. wrote in *Seaboyer, supra*, at p. 603:

The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

One of the implications of this analysis is that while the right to make full answer and defence and the principle against self-incrimination are certainly core principles of fundamental justice, they can be respected without the accused being entitled to "the most favourable procedures that could possibly be imagined" (*R. v. Lyons*, [1987] 2

plaignante est maintenu dans la mesure législative actuelle.

A. *L'interprétation de l'art. 7 et des al. 11c) et 11d) de la Charte*

L'accusé prétend que l'art. 276 porte atteinte au droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même que lui garantit l'al. 11c) ainsi qu'au droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Il soutient donc qu'il est privé de sa liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, en violation de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, la Cour était saisie de l'argument selon lequel l'al. 11d) était violé conjointement avec l'art. 7, et elle a analysé les questions en litige au titre de l'art. 7 pour le motif que le procès équitable expressément garanti par l'al. 11d) était un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, aux par. 40 et 44, le juge Iacobucci a décrit l'al. 11c) comme une garantie procédurale sous-jacente au principe interdisant l'auto-incrimination, qui est lui aussi un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Dans les deux cas, la Cour a analysé les droits en cause dans le contexte de l'art. 7.

Ces arrêts font partie de la jurisprudence de la Cour qui a constamment décidé que les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 protègent davantage que les droits de l'accusé. Comme l'a écrit le juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 603:

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. [...] Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

L'une des conséquences de cette analyse est que, même si le droit à une défense pleine et entière et le principe interdisant l'auto-incrimination sont certes des principes essentiels de justice fondamentale, ils peuvent être respectés sans que l'accusé ait le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer» (*R. c. Lyons*,

S.C.R. 309, at p. 362; cited in *Mills*, *supra*, at para. 72). Nor is the accused entitled to have procedures crafted that take only his interests into account. Still less is he entitled to procedures that would distort the truth-seeking function of a trial by permitting irrelevant and prejudicial material at trial.

25 In *Seaboyer*, the Court found that the principles of fundamental justice include the three purposes of s. 276 identified above: protecting the integrity of the trial by excluding evidence that is misleading, protecting the rights of the accused, as well as encouraging the reporting of sexual violence and protecting “the security and privacy of the witnesses” (p. 606). This was affirmed in *Mills*, *supra*, at para. 72. The Court crafted its guidelines in *Seaboyer* in accordance with these principles, and it is in relation to these principles that the effects of s. 276 on the accused must be evaluated.

26 The Court in *Mills* upheld the constitutionality of the provisions in the *Criminal Code* that control the use of personal and therapeutic records in trials of sexual offences. The use of these records in evidence is analogous in many ways to the use of evidence of prior sexual activity, and the protections in the *Criminal Code* surrounding the use of records at trial are motivated by similar policy considerations. L’Heureux-Dubé J. has warned that therapeutic records should not become a tool for circumventing s. 276: “[w]e must not allow the defence to do indirectly what it cannot do directly” (*R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 122, and *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 624). Academic commentators have observed that the use of therapeutic records increased with the enactment of s. 276 nonetheless (see K. D. Kelly, “‘You must be crazy if you think you were raped’: Reflections on the Use of Complainants’ Personal

[1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362; cité dans *Mills*, précité, au par. 72). L’accusé n’a pas non plus le droit de bénéficier de procédures qui ne tiennent compte que de ses intérêts. Il a encore moins le droit de bénéficier de procédures qui dénatureraient la fonction de recherche de la vérité d’un procès en permettant la communication au procès d’éléments de preuve non pertinents et préjudiciables.

Dans l’arrêt *Seaboyer*, la Cour a conclu que les principes de justice fondamentale comprennent les trois objets de l’art. 276 qui sont décrits plus haut: la préservation de l’intégrité du procès par l’exclusion des éléments de preuve trompeurs, la protection des droits de l’accusé de même que l’incitation au dépôt de plaintes de violence sexuelle et la protection «de la sécurité et de la vie privée des témoins» (p. 606). Cela a été confirmé dans l’arrêt *Mills*, précité, au par. 72. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la Cour a formulé ses lignes directrices conformément à ces principes, et c’est en fonction de ces principes qu’il faut évaluer les effets de l’art. 276 sur l’accusé.

Dans l’arrêt *Mills*, la Cour a confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui régissent l’utilisation des dossiers thérapeutiques et personnels dans les procès pour des infractions d’ordre sexuel. L’utilisation de ces dossiers en preuve est analogue à bien des égards à l’utilisation d’une preuve de comportement sexuel antérieur, et les protections du *Code criminel* qui ont trait à l’utilisation de dossiers au procès reposent sur des considérations de principe similaires. Le juge L’Heureux-Dubé a mis en garde contre l’utilisation de dossiers thérapeutiques pour contourner l’art. 276: «[i]l ne doit pas être permis à la défense de faire indirectement ce qu’elle ne pourrait pas faire directement» (*R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 122, et *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 624). Des auteurs de doctrine ont fait remarquer que l’utilisation de dossiers thérapeutiques avait néanmoins augmenté depuis l’adoption de l’art. 276 (voir K. D. Kelly, “‘You must be crazy if you think you were raped’: Reflections on the Use of Complainants’ Personal

and Therapy Records in Sexual Assault Trials” (1997), 9 *C.J.W.L.* 178, at p. 181).

The provisions that control the use of personal records contain a two-step procedure like that in s. 276. The defence must first apply in writing under s. 278.3 with grounds to establish that the record is “likely relevant”. On a *voir dire*, the judge may order the holder of the record to produce it if the defence can demonstrate that the record is “likely relevant” and “is necessary in the interests of justice”. The judge then reviews the material and decides whether or not to produce it to the accused. The *Code* contains a list of factors to help the judge determine the relevance of the record, much like the list in s. 276 to help the trial judge exercise her discretion to admit evidence of prior sexual activity.

The constitutional issue in *Mills* was analogous to that in the present case because the therapeutic records provisions can potentially exclude relevant evidence from a trial. Although this is less likely under s. 276, in the sense that the accused is better able to establish the relevance of sexual activity in which he participated than he can describe therapeutic records not in his possession, it is still possible. This is because the test for admissibility in s. 276(2) requires not only that the evidence be relevant but also that it be more probative than prejudicial. *Mills* dealt with a conflict among the same three *Charter* principles that are in issue in the case at bar: full answer and defence, privacy and equality (at para. 61). The Court defined these rights relationally: “the scope of the right to make full answer and defence must be determined in light of privacy and equality rights of complainants and witnesses” (paras. 62-66 and 94). The exclusionary rule was upheld. The privacy and equality concerns involved in protecting the records justified interpreting the right to make full answer and

and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178, à la p. 181).

Les dispositions qui régissent l'utilisation de dossiers personnels établissent une procédure en deux étapes similaire à celle que l'on trouve à l'art. 276. La défense doit tout d'abord formuler, en vertu de l'art. 278.3, une demande par écrit dans laquelle elle indique les motifs invoqués pour démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent». Lors d'un voir-dire, le juge peut ordonner au détenteur du dossier de le communiquer si la défense peut démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» et que sa communication «sert les intérêts de la justice». Le juge examine ensuite les documents et décide s'il y a lieu de les communiquer à l'accusé. Le *Code* comporte une liste de facteurs destinés à aider le juge à déterminer si le dossier est pertinent; cette liste ressemble beaucoup à celle qui, à l'art. 276, vise à aider le juge du procès à exercer son pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve de comportement sexuel antérieur.

Dans l'arrêt *Mills*, la question constitutionnelle était analogue à celle qui se pose en l'espèce du fait que les dispositions concernant les dossiers thérapeutiques peuvent éventuellement avoir pour effet d'exclure d'un procès des éléments de preuve pertinents. Bien que ce soit moins susceptible de se produire sous le régime de l'art. 276, en ce sens que l'accusé est plus en mesure d'établir la pertinence d'une activité sexuelle à laquelle il a pris part que de décrire des dossiers thérapeutiques qu'il n'a pas en sa possession, cela est toujours possible. Il en est ainsi parce que le critère d'admissibilité prévu au par. 276(2) exige non seulement que la preuve soit pertinente, mais encore qu'elle soit plus probante que préjudiciable. L'arrêt *Mills* portait sur un conflit entre les trois mêmes principes de la *Charte* qui sont en cause en l'espèce: la défense pleine et entière, la vie privée et l'égalité (au par. 61). La Cour a défini ces droits les uns par rapport aux autres: «[l]a portée du droit à une défense pleine et entière doit [. . .] être déterminée en fonction des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins» (par. 62 à 66 et 94). La validité de la règle d'exclusion a été

27

28

defence in a way that did not include a right to all relevant evidence.

confirmée. Les questions de vie privée et d'égalité en cause dans la protection des dossiers justifiaient de donner au droit à une défense pleine et entière une interprétation qui n'incluait pas un droit à tous les éléments de preuve pertinents.

29

The Court has taken a similar approach to the principle against self-incrimination. In *White*, *supra*, the principle against self-incrimination was also held to require a contextual analysis: “[t]he principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue” (para. 45). At the same time, “[e]ach principle of fundamental justice must be interpreted in light of those other individual and societal interests that are of sufficient importance that they may appropriately be characterized as principles of fundamental justice” (para. 47). In that case, the use at the accused’s criminal trial of statements made by her under compulsion of the *Motor Vehicle Act* was found to violate the principle against self-incrimination.

La Cour a adopté un point de vue semblable relativement au principe interdisant l’auto-incrimination. Dans l’arrêt *White*, précité, il a été statué que ce principe devait faire l’objet d’une analyse contextuelle: «[l]e principe interdisant l’auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s’il y a lieu, dans le contexte particulier en cause» (par. 45). Parallèlement, «[c]haque principe de justice fondamentale doit être interprété à la lumière d’intérêts individuels et sociaux qui revêtent suffisamment d’importance pour être qualifiés à juste titre de principes de justice fondamentale» (par. 47). Dans cette affaire, on a jugé que l’utilisation au procès criminel de l’accusée des déclarations qu’elle avait faites en raison d’une obligation imposée par la *Motor Vehicle Act* contrevenait au principe interdisant l’auto-incrimination.

30

In *Mills* and in *White*, the Court defined the scope of the accused’s rights in a contextual way that reconciled the principles of fundamental justice. In *Mills*, legislation that excludes evidence was upheld as constitutional, to the benefit of the Crown; in *White*, evidence was excluded to the benefit of the accused, on the grounds that it was unfairly obtained through compulsion. In *Seaboyer*, a blanket exclusionary rule about evidence of prior sexual activity was struck down as unconstitutional in favour of vesting discretionary power to admit evidence in the trial judge. The old s. 276 was held to violate ss. 7 and 11(d) and could not be justified under s. 1. The Court’s substitute guidelines were fully constitutional and did not require a s. 1 justification, much like in *Mills*.

Dans les arrêts *Mills* et *White*, la Cour a donné à la portée des droits de l’accusé une définition contextuelle conciliant les principes de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Mills*, la mesure législative qui exclut des éléments de preuve a été jugée constitutionnelle, à l’avantage du ministère public; dans l’arrêt *White*, la preuve a été exclue au profit de l’accusé, pour le motif qu’elle avait été obtenue inéquitablement par contrainte. Dans l’arrêt *Seaboyer*, une règle d’exclusion générale de la preuve du comportement sexuel antérieur a été invalidée pour le motif qu’elle était inconstitutionnelle et un pouvoir discrétionnaire d’admettre une telle preuve a plutôt été conféré au juge du procès. Il a été jugé que l’ancien art. 276 contrevenait à l’art. 7 et à l’al. 11d) et ne pouvait être justifié en vertu de l’article premier. Les lignes directrices substituées par la Cour étaient parfaitement constitutionnelles et n’avaient pas à être justifiées en vertu de l’article premier, comme dans l’arrêt *Mills*.

In the case at bar, I affirm the reasons in *Seaboyer* and find that none of the accused's rights are infringed by s. 276 as he alleges. *Seaboyer* provides a basic justification for the legislative scheme in s. 276, including the determination of relevance as well as the prejudicial and probative value of the evidence. *Mills* and *White* show how the impact of s. 276 on the principles of fundamental justice relied on by the accused should be assessed in light of the other principles of fundamental justice that s. 276 was designed to protect. The reasons in *Mills* are apposite because they demonstrate how the same principles of equality, privacy and fairness can be reconciled. I shall show below how the procedure created by s. 276 to protect the trial process from distortion and to protect complainants is consistent with the principles of fundamental justice. It is fair to the accused and properly reconciles the divergent interests at play, as the Court suggested in *Seaboyer*.

B. *The Substantive Sections*

(1) Section 276(1) — The Exclusionary Rule

The accused objects to the exclusionary rule itself in s. 276(1) on the grounds that it is a “blanket exclusion” that prevents him from adducing evidence necessary to make full answer and defence, as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He is mistaken in his characterization of the rule. Far from being a “blanket exclusion”, s. 276(1) only prohibits the use of evidence of past sexual activity when it is offered to support two specific, illegitimate inferences. These are known as the “twin myths”, namely that a complainant is more likely to have consented or that she is less worthy of belief “by reason of the sexual nature of [the] activity” she once engaged in.

This section gives effect to McLachlin J.'s finding in *Seaboyer* that the “twin myths” are simply not relevant at trial. They are not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process. Section 276(1) also clarifies *Seaboyer*

En l'espèce, je confirme les motifs de l'arrêt *Seaboyer* et je conclus qu'aucun des droits de l'accusé n'est violé par l'art. 276 comme il l'allègue. L'arrêt *Seaboyer* fournit une justification fondamentale du régime législatif de l'art. 276, y compris la détermination de la pertinence de même que de l'effet préjudiciable et de la valeur probante de la preuve. Les arrêts *Mills* et *White* montrent comment l'effet de l'art. 276 sur les principes de justice fondamentale invoqués par l'accusé devrait être évalué en fonction des autres principes de justice fondamentale que ledit article est conçu pour protéger. Les motifs de l'arrêt *Mills* sont pertinents parce qu'ils démontrent comment les mêmes principes d'égalité, de vie privée et d'équité sont conciliables. J'examinerai plus loin en quoi la procédure établie par l'art. 276 pour empêcher que le procès ne soit dénaturé et pour protéger les plaignants est conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est équitable pour l'accusé et elle concilie les intérêts divergents qui sont en jeu, comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt *Seaboyer*.

B. *Les dispositions de fond*

(1) Paragraphe 276(1) — La règle d'exclusion

L'accusé s'oppose à la règle même d'exclusion qu'établit le par. 276(1), pour le motif qu'il s'agit d'une «exclusion générale» qui l'empêche de présenter des éléments de preuve nécessaires à une défense pleine et entière, conformément au droit que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Sa qualification de la règle est erronée. Loin d'être une «exclusion générale», le par. 276(1) ne fait qu'interdire l'utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur pour étayer deux déductions illégitimes particulières. On les appelle les «deux mythes», à savoir qu'une plaignante est plus susceptible d'avoir consenti ou qu'elle est moins digne de foi en raison «du caractère sexuel de [l']activité» qu'elle a déjà exercée.

Cette disposition fait suite à la conclusion du juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer* selon laquelle les «deux mythes» ne sont simplement pas pertinents au procès. Ils ne sont pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et ils peuvent

in several respects. Section 276 applies to all sexual activity, whether with the accused or with someone else. It also applies to non-consensual as well as consensual sexual activity, as this Court found implicitly in *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 17. Although the *Seaboyer* guidelines referred to “consensual sexual conduct” (pp. 634-35), Parliament enacted the new version of s. 276 without the word “consensual”. Evidence of non-consensual sexual acts can equally defeat the purposes of s. 276 by distorting the trial process when it is used to evoke stereotypes such as that women who have been assaulted must have deserved it and that they are unreliable witnesses, as well as by deterring people from reporting assault by humiliating them in court. The admissibility of evidence of non-consensual sexual activity is determined by the procedures in s. 276. Section 276 also settles any ambiguity about whether the “twin myths” are limited to inferences about “unchaste” women in particular; they are not (as discussed by C. Boyle and M. MacCrimmon, “The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered” (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198, at pp. 231-32).

dénaturer gravement le procès. Le paragraphe 276(1) clarifie aussi l’arrêt *Seaboyer* à maints égards. Il s’applique à toutes les activités sexuelles, qu’il soit avec l’accusé ou avec une autre personne. Il s’applique aussi aux activités sexuelles tant consensuelles que non consensuelles, comme notre Cour l’a conclu implicitement dans l’arrêt *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, au par. 17. Bien que, dans les lignes directrices de l’arrêt *Seaboyer*, l’on parle de «consent[ement] à des rapports sexuels» (p. 635), le législateur n’a pas utilisé le mot «consentement» dans la nouvelle version de l’art. 276. La preuve d’actes sexuels non consensuels peut également aller à l’encontre des objets de l’art. 276 en dénaturant le procès lorsqu’elle sert à évoquer des stéréotypes, comme celui voulant que les femmes qui ont été agressées méritaient d’être agressées et sont des témoins peu dignes de foi, et en dissuadant les gens de dénoncer des agressions en les humiliant devant le tribunal. L’admissibilité de la preuve d’activités sexuelles non consensuelles est déterminée selon la procédure établie à l’art. 276. Cet article élimine aussi toute ambiguïté quant à savoir si les «deux mythes» se limitent aux déductions relatives aux femmes «non chastes» en particulier; ils ne s’y limitent pas (comme l’expliquent C. Boyle et M. MacCrimmon, «The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered» (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198, aux pp. 231 et 232).

34

The *Criminal Code* excludes all discriminatory generalizations about a complainant’s disposition to consent or about her credibility based on the sexual nature of her past sexual activity on the grounds that these are improper lines of reasoning. This was the import of the Court’s findings in *Seaboyer* about how sexist beliefs about women distort the trial process. The text of the exclusionary rule in s. 276(1) diverges very little from the guidelines in *Seaboyer*. The mere fact that the wording differs between the Court’s guidelines and Parliament’s enactment is itself immaterial. In *Mills, supra*, the Court affirmed that “[t]o insist on slavish conformity” by Parliament to judicial pronouncements “would belie the mutual respect that underpins the relationship” between the two

Le *Code criminel* exclut, comme étant des raisonnements inappropriés, toutes les généralisations discriminatoires concernant la prédisposition de la plaignante à consentir ou sa crédibilité qui sont fondées sur la nature sexuelle de ses activités sexuelles antérieures. Telle était la portée des conclusions que la Cour a tirées dans l’arrêt *Seaboyer* quant à la manière dont les croyances sexistes relatives aux femmes dénaturent le procès. Le texte de la règle d’exclusion établie au par. 276(1) s’écarte très peu des lignes directrices de l’arrêt *Seaboyer*. Le simple fait que le texte des lignes directrices de la Cour diffère de celui adopté par le législateur est sans importance en soi. Dans l’arrêt *Mills*, précité, la Cour a confirmé qu’«[i]nsister sur une conformité servile» du législateur aux décisions des

institutions (para. 55). In this case, the legislation follows the Court's suggestions very closely.

The phrase "by reason of the sexual nature of that activity" in s. 276 is a clarification by Parliament that it is inferences from the sexual nature of the activity, as opposed to inferences from other potentially relevant features of the activity, that are prohibited. If evidence of sexual activity is proffered for its non-sexual features, such as to show a pattern of conduct or a prior inconsistent statement, it may be permitted. The phrase "by reason of the sexual nature of that activity" has the same effect as the qualification "solely to support the inference" in *Seaboyer* in that it limits the exclusion of evidence to that used to invoke the "twin myths" (p. 635).

This Court has already had occasion to admit evidence of prior sexual activity under the current version of s. 276. In *Crosby*, *supra*, such evidence was admissible because it was inextricably linked to a prior inconsistent statement that was relevant to the complainant's credibility (at para. 14). This case itself demonstrates that s. 276 does not function in practice as a blanket exclusion, as alleged by the accused. On the contrary, s. 276 controls the admissibility of evidence of sexual activity by providing judges with criteria and procedures to help them exercise their discretion to admit it. I explain below why the procedure to assess relevance is constitutional. Suffice it here to say that it is this procedure that makes the *Seaboyer* guidelines and the current version of s. 276 constitutional where the earlier version of s. 276 was not.

An accused has never had a right to adduce irrelevant evidence. Nor does he have the right to adduce misleading evidence to support illegitimate inferences: "the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process"

tribunaux «irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports» entre ces deux institutions (par. 55). En l'espèce, la mesure législative suit de très près les suggestions de la Cour.

Les termes «déduire du caractère sexuel de cette activité» à l'art. 276 sont une précision du législateur que les déductions qui sont interdites sont celles qui sont faites à partir du caractère sexuel de l'activité et non pas celles qui sont faites à partir d'autres caractéristiques éventuellement pertinentes de cette activité. Il peut être permis de produire la preuve d'une activité sexuelle en raison des caractéristiques non sexuelles de cette activité, notamment pour démontrer l'existence d'un mode de comportement ou d'une déclaration antérieure incompatible. Les termes «déduire du caractère sexuel de cette activité» ont le même effet que la réserve «vise uniquement à appuyer l'inférence» formulée dans l'arrêt *Seaboyer*, en ce sens qu'ils limitent l'exclusion des éléments de preuve à ceux qui servent à invoquer les «deux mythes» (p. 635).

Notre Cour a déjà eu l'occasion d'admettre une preuve de comportement sexuel antérieur en vertu du texte actuel de l'art. 276. Dans l'arrêt *Crosby*, précité, une telle preuve était admissible parce qu'elle était inextricablement liée à une déclaration antérieure incompatible qui était pertinente quant à la crédibilité de la plaignante (au par. 14). Cet arrêt lui-même démontre que l'art. 276 ne constitue pas en pratique une exclusion générale, comme l'allègue l'accusé. Au contraire, cet article régit l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel en fournissant aux juges les critères et la procédure qui les aideront à exercer leur pouvoir discrétionnaire d'admettre cette preuve. J'explique plus loin pourquoi la procédure qui permet de décider de la pertinence est constitutionnelle. Il suffit de dire pour l'instant que c'est cette procédure qui rend constitutionnels les lignes directrices de l'arrêt *Seaboyer* et le texte actuel de l'art. 276, alors que le texte antérieur de cet article ne l'était pas.

Un accusé n'a jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents. Il n'a pas non plus le droit de produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes: «il n'est pas permis à l'accusé de fausser la

35

36

37

(*Mills, supra*, at para. 74). Because s. 276(1) is an evidentiary rule that only excludes material that is not relevant, it cannot infringe the accused's right to make full answer and defence. Section 276(2) is more complicated, and I turn to it now.

(2) Section 276(2)(c) — “Significant Probative Value”

38

If evidence is not barred by s. 276(1) because it is tendered to support a permitted inference, the judge must still weigh its probative value against its prejudicial effect to determine its admissibility. This essentially mirrors the common law guidelines in *Seaboyer* which contained this balancing test (at p. 635). The accused takes issue with the fact that s. 276(2)(c) specifically requires that the evidence have “significant probative value”. The word “significant” was added by Parliament but it does not render the provision unconstitutional by raising the threshold for the admissibility of evidence to the point that it is unfair to the accused.

39

It may be noted that the word “significant” is not found in the French text; the law speaks simply of “*valeur probante*”. The rule of equal authenticity and the rule against unconstitutional interpretation require that the two versions be reconciled where possible. The interpretation of “significant” by the Ontario Court of Appeal satisfies this requirement: Morden A.C.J.O. found that “the evidence is not to be so trifling as to be incapable, in the context of all the evidence, of raising a reasonable doubt” (p. 16). At the same time, Morden A.C.J.O. agrees with *R. v. Santoccono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), at p. 29, where s. 276(2)(c) was interpreted to mean that “it was not necessary for the appellant to demonstrate ‘strong and compelling’ reasons for admission of the evidence”. This standard is not a departure from the conventional rules of evidence. I agree with the Court of Appeal that the word “significant”, on a textual level, is

fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire» (*Mills*, précité, au par. 74). Comme le par. 276(1) établit une règle de preuve qui n'exclut que les éléments de preuve non pertinents, il ne peut pas porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le paragraphe 276(2) est plus compliqué et je vais maintenant l'examiner.

(2) Alinéa 276(2)c — «Valeur probante»

Même si un élément de preuve n'est pas interdit par le par. 276(1) parce que sa production vise à étayer une déduction permise, le juge doit néanmoins, pour en déterminer l'admissibilité, évaluer sa valeur probante en fonction de son effet préjudiciable. Cela reflète essentiellement les lignes directrices de common law de l'arrêt *Seaboyer* qui comportaient ce critère d'évaluation (à la p. 635). L'accusé conteste le fait que l'al. 276(2)c exige expressément que la preuve ait une «valeur probante» («*significant probative value*»). Le législateur a ajouté le mot «*significant*» dans le texte anglais, mais cela ne rend pas la disposition inconstitutionnelle en haussant le critère d'admissibilité de la preuve au point de le rendre injuste pour l'accusé.

On peut souligner que le mot «*significant*» ne se trouve pas dans le texte français; on y utilise simplement l'expression «valeur probante». La règle de l'authenticité égale et celle qui interdit l'interprétation inconstitutionnelle exigent que les deux versions soient harmonisées si possible. L'interprétation du mot «*significant*» par la Cour d'appel de l'Ontario satisfait à cette exigence: le juge en chef adjoint Morden a conclu que [TRADUCTION] «l'élément de preuve ne doit pas être négligeable au point de ne pouvoir soulever aucun doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve» (p. 16). En même temps, le juge en chef adjoint Morden souscrit à l'arrêt *R. c. Santoccono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), à la p. 29, dans lequel on a considéré que l'al. 276(2)c signifiait [TRADUCTION] «[qu']il n'était pas nécessaire que l'appelant démontre l'existence de motifs “solides et impérieux” d'admettre la preuve». Cette norme ne déroge pas aux règles de preuve conventionnelles. Je conviens avec la Cour d'appel que le mot

reasonably capable of being read in accordance with ss. 7 and 11(d) and the fair trial they protect.

The context of the word “significant” in the provision in which it occurs substantiates this interpretation. Section 276(2)(c) allows a judge to admit evidence of “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice” (emphasis added). The adverb “substantially” serves to protect the accused by raising the standard for the judge to exclude evidence once the accused has shown it to have significant probative value. In a sense, both sides of the equation are heightened in this test, which serves to direct judges to the serious ramifications of the use of evidence of prior sexual activity for all parties in these cases.

In light of the purposes of s. 276, the use of the word “significant” is consistent with both the majority and the minority reasons in *Seaboyer*. Section 276 is designed to prevent the use of evidence of prior sexual activity for improper purposes. The requirement of “significant probative value” serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the “proper administration of justice”. The Court has recognized that there are inherent “damages and disadvantages presented by the admission of such evidence” (*Seaboyer, supra*, at p. 634). As Morden A.C.J.O. puts it, evidence of sexual activity must be significantly probative if it is to overcome its prejudicial effect. The *Criminal Code* codifies this reality.

By excluding misleading evidence while allowing the accused to adduce evidence that meets the criteria of s. 276(2), s. 276 enhances the fairness of trials of sexual offences. Section 11(d) guarantees a fair trial. Fairness under s. 11(d) is determined in the context of the trial process as a whole (*R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351

«*significant*», pris dans son sens littéral, peut raisonnablement être interprété d’une manière conforme à l’art. 7 et à l’al. 11d), et au droit à un procès équitable qu’ils garantissent.

Le contexte dans lequel le mot «*significant*» est employé dans cette disposition appuie cette interprétation. L’alinéa 276(2)c) permet à un juge d’admettre une preuve lorsque «le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante» (je souligne). L’adverbe «sensiblement» sert à protéger l’accusé en haussant la norme à laquelle le juge doit satisfaire pour pouvoir exclure la preuve une fois que l’accusé en a démontré la valeur probante. Dans un sens, les deux côtés de l’équation sont rehaussés dans ce critère qui sert à indiquer aux juges les graves conséquences de l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur sur toutes les parties dans ces affaires.

Compte tenu des objets de l’art. 276, l’emploi du mot «*significant*» dans le texte anglais est compatible avec les motifs des juges majoritaires et des juges dissidents dans l’arrêt *Seaboyer*. L’article 276 vise à empêcher l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur à des fins irrégulières. L’exigence que la preuve ait une «valeur probante» sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s’ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la «bonne administration de la justice». La Cour a reconnu «les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l’admission de cette preuve» (*Seaboyer*, précité, à la p. 634). Comme le dit le juge en chef adjoint Morden, la valeur probante de la preuve du comportement sexuel doit être importante pour l’emporter sur l’effet préjudiciable de cette preuve. Le *Code criminel* codifie cette réalité.

En excluant les éléments de preuve trompeurs tout en permettant à l’accusé de présenter des éléments de preuve qui satisfont aux critères du par. 276(2), l’art. 276 favorise l’équité des procès pour infractions d’ordre sexuel. L’alinéa 11d) garantit un procès équitable. L’équité au sens de l’al. 11d) est déterminée en fonction de l’ensemble

40

41

42

(Ont. C.A.), at pp. 365-66). As L'Heureux-Dubé J. wrote in *Crosby*, *supra*, at para. 11, "[s]ection 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence." At the same time, the accused's right to make full answer and defence, as was held in *Mills*, *supra*, at para. 75, is not "automatically breached where he or she is deprived of relevant information". Nor is it necessarily breached when the accused is not permitted to adduce relevant information that is not "significantly" probative, under a rule of evidence that protects the trial from the distorting effects of evidence of prior sexual activity.

43

When the trial judge determines the admissibility of evidence under s. 276(2), she is to take into account the multiple factors in s. 276(3), which include "the right of the accused to make a full answer and defence" in s. 276(3)(a). Section 276 is designed to exclude irrelevant information and only that relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative. The accused's right to a fair trial is, of course, of fundamental concern to the administration of justice. In a similar situation in *Mills*, the Court preserved the right to make full answer and defence in the following commonsensical way, at para. 94:

It is clear that the right to full answer and defence is not engaged where the accused seeks information that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial, and in such a situation, privacy and equality rights are paramount. On the other hand, 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.

Thus the threshold criteria that evidence be of "significant" probative value does not prevent an accused from making full answer and defence to the charges against him. Consequently his *Charter*

du procès (*R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.), aux pp. 365 et 366). Comme l'a écrit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Crosby*, précité, au par. 11, «[l']article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable.» En même temps, comme l'a statué la Cour dans l'arrêt *Mills*, précité, au par. 75, il n'y a pas «automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsque ce dernier est privé de renseignements pertinents». Il n'y a pas non plus nécessairement atteinte à ce droit lorsque l'accusé n'est pas autorisé à fournir des renseignements pertinents qui n'ont pas une valeur probante «importante», en vertu d'une règle de preuve qui protège le procès contre les effets dénaturants de la preuve du comportement sexuel antérieur.

Lorsqu'il détermine l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 276(2), le juge du procès doit tenir compte des divers facteurs énumérés au par. 276(3), dont «le droit de l'accusé à une défense pleine et entière» prévu à l'al. 276(3)a). L'article 276 vise à exclure les renseignements non pertinents et uniquement les renseignements pertinents dont l'effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l'emporte sur leur valeur probante. Le droit de l'accusé à un procès équitable est évidemment l'un des objets fondamentaux de l'administration de la justice. Dans une situation similaire qui se présentait dans l'arrêt *Mills*, la Cour a préservé le droit à une défense pleine et entière d'une manière conforme au bon sens, au par. 94:

Il est clair que le droit à une défense pleine et entière ne s'applique pas lorsque l'accusé cherche à obtenir des renseignements qui ne contribueront qu'à fausser l'objectif de recherche de la vérité d'un procès, et, dans un tel cas, les droits à la vie privée et à l'égalité sont prépondérants. En revanche, 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.

Ainsi, le critère préliminaire selon lequel la preuve doit avoir une valeur probante n'empêche pas un accusé d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. Par conséquent,

rights under ss. 7 and 11(d) are not infringed by s. 276(2)(c).

C. The Procedural Sections to Determine Relevance: The Affidavit and Voir Dire

The constitutionality of the procedure that must be followed to introduce evidence of prior sexual activity has also been challenged. It requires that whoever seeks to introduce it “by or on behalf of the accused” must present an affidavit and establish on a *voir dire* that the evidence is admissible in accordance with the criteria in the *Criminal Code*. The accused in the case at bar protests that both the affidavit and the *voir dire* requirements infringe his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, as well as his right not to reveal his defence. I disagree. A *voir dire* with affidavit or *viva voce* evidence and with the participation of the accused is found, albeit in skeletal form, in the guidelines in *Seaboyer* established by this Court in compliance with the *Charter* (at p. 636). Because there was little direct discussion of the procedure in *Seaboyer* and because the impugned provisions are more detailed than the guidelines, it is useful to elaborate and to explain why they are constitutional.

Section 276 and the procedure it mandates are consistent with the law of evidence. Sections 276(1) and 276(2) are rules to determine relevance and admissibility. They were articulated in *Seaboyer* as common law rules and are now codified in the *Criminal Code*. Evidence of prior sexual activity is of limited admissibility: it is admissible for some purposes but not others. This is because it is of limited relevance. In particular, as the Court put it in *Seaboyer*, “[t]here is no logical or practical link between a woman’s sexual reputation and whether she is a truthful witness” or

l’al. 276(2)c) ne porte pas atteinte aux droits que l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* garantissent à l’accusé.

C. Les dispositions énonçant la procédure à suivre pour décider de la pertinence: l’affidavit et le voir-dire

La constitutionnalité de la procédure à suivre pour présenter une preuve de comportement sexuel antérieur a elle aussi été contestée. Selon cette procédure, «[l]’accusé ou son représentant» qui cherche à présenter une telle preuve doit produire un affidavit et établir, au moyen d’un voir-dire, que la preuve est admissible selon les critères du *Code criminel*. En l’espèce, l’accusé soutient que l’affidavit et les exigences du voir-dire portent atteinte à son droit de ne pas être contraint de témoigner dans toute poursuite intentée contre lui, de même qu’à son droit de ne pas divulguer ses moyens de défense. Je ne suis pas d’accord. Les lignes directrices que notre Cour a formulées dans l’arrêt *Seaboyer* afin d’assurer le respect de la *Charte* (à la p. 636) prévoient, quoique de façon sommaire, la tenue d’un voir-dire avec présentation d’un affidavit ou d’une preuve de vive voix ainsi que la participation de l’accusé. Étant donné que la procédure n’a pas beaucoup été traitée directement dans l’arrêt *Seaboyer* et que les dispositions contestées sont plus détaillées que les lignes directrices, il est utile de préciser et d’expliquer pourquoi elles sont constitutionnelles.

L’article 276 et la procédure qu’il prescrit sont compatibles avec le droit de la preuve. Les paragraphes 276(1) et 276(2) établissent des règles applicables pour décider de la pertinence et de l’admissibilité. Ces règles ont été formulées dans l’arrêt *Seaboyer* à titre de règles de common law et sont maintenant codifiées dans le *Code criminel*. L’admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur est limitée: cette preuve est admissible à certaines fins, mais non à d’autres. Il en est ainsi parce que sa pertinence est limitée. En particulier, comme l’a dit la Cour dans l’arrêt *Seaboyer*, «[i]l n’existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d’une femme et sa crédibilité en tant que témoin» ou quant à savoir si elle est

44

45

whether she is more likely to have consented to an alleged assault (at p. 612).

46

It is a basic rule of evidence that the party seeking to introduce evidence must be prepared to satisfy the court that it is relevant and admissible. Lamer C.J. described the burden of proof on a *voir dire* to introduce evidence (in that case prior inconsistent statements) as being “on the balance of probabilities, the normal burden resting upon a party seeking to admit evidence” in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 800 (emphasis added). Prior sexual activity is, like hearsay, character evidence and similar fact evidence, restricted in its admissibility. If the defence seeks to adduce such evidence, it must establish that it supports at least some relevant inference. Parliament has specified criteria for admissibility in s. 276(2) to guide the discretion of trial judges in this area.

47

The Court has not yet pronounced on whether a *voir dire* is an evidentiary proceeding and not a proceeding against the accused to which s. 11(c) applies. The issue was not argued in this case. In any event, the particular *voir dire* required by s. 276 does not offend the principle against self-incrimination because the requirement that the accused establish a legitimate use for evidence of sexual activity does not compel him to testify. As the Ontario Court of Appeal found in *R. v. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184, at p. 198,

the tactical obligation which an accused may feel to testify does not constitute a legal obligation or compulsion to testify. The use of the word “compelled” in s. 11(c) indicates to me that the section is referring to a legal compulsion . . . The decision whether or not to testify remains with the accused free of any legal compulsion.

48

The distinction between tactical and legal compulsion is consistent with the definition of a compellable witness as “one who may be forced by means of a subpoena to give evidence in court

davantage susceptible d’avoir consenti à une agression alléguée (à la p. 612).

Une règle de preuve fondamentale veut que la partie qui cherche à présenter un élément de preuve soit prête à convaincre le tribunal de sa pertinence et de son admissibilité. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 800, le juge en chef Lamer a indiqué que le fardeau de preuve applicable en matière de voir-dire à cet égard (dans ce cas, des déclarations antérieures incompatibles) est celui de «la prépondérance des probabilités, le fardeau habituel incombant à la partie qui cherche à faire admettre une preuve» (je souligne). Tout comme pour la preuve par ouï-dire, la preuve de moralité et la preuve de faits similaires, l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur fait l’objet de restrictions. La défense qui cherche à présenter une telle preuve doit établir qu’elle étaye au moins une déduction pertinente quelconque. Le législateur a énoncé des critères d’admissibilité au par. 276(2) afin de guider les juges du procès dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire à cet égard.

La Cour n’a pas encore décidé si un voir-dire est une procédure en matière de preuve et non une procédure contre l’accusé à laquelle l’al. 11c) s’applique. Cette question n’a pas été débattue en l’espèce. Quoi qu’il en soit, le voir-dire requis par l’art. 276 ne contrevient pas au principe interdisant l’auto-incrimination parce que l’exigence que l’accusé établisse une utilisation légitime de la preuve du comportement sexuel ne le contraint pas à témoigner. Comme l’a statué la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184, à la p. 198,

[TRADUCTION] l’obligation de témoigner qu’un accusé peut ressentir sur le plan tactique ne constitue pas une obligation juridique de témoigner. L’emploi du mot «contraint» à l’al. 11c) m’indique que cette disposition renvoie à une contrainte juridique [. . .] La décision de témoigner appartient à l’accusé, sans qu’il soit juridiquement tenu de le faire.

La distinction entre la contrainte d’ordre tactique et la contrainte d’ordre juridique est compatible avec la définition selon laquelle le témoin contraignable est [TRADUCTION] «une personne qui, au

under the threat of contempt proceedings” (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at para. 13.46). Such was the case of the young offender in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, who was subpoenaed to testify at his co-accused’s trial. Although compelled, his s. 11(c) right was not engaged because the proceedings were not against him. His broader s. 7 privilege against self-incrimination was protected because he received evidentiary immunity (at para. 204).

The accused is not forced to testify by s. 276. Nor is he coerced by the state in any way that engages *Charter* protection. Coercion to testify violates the principle against self-incrimination, but as Lamer C.J. defined it, “[c]oercion . . . means the denial of free and informed consent” (*R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249, cited in *White, supra*, at para. 42). In *White, supra*, at para. 76, Iacobucci J. found that “[i]f a declarant gives an accident report freely, without believing or being influenced by the fact that he or she is required by law to do so, then it cannot be said that the statute is the cause of the declarant’s statements.” In applications under s. 276, there is free and informed consent when the accused participates in order to exculpate himself. He knows that he is not required to do so.

There is an important difference between a burden of proof with regard to an offence or an evidentiary burden, and the tactical need to respond when the Crown establishes a *prima facie* case, in order to raise a reasonable doubt about it. “[T]he criminal law does not allocate an evidential burden to the accused to refute the Crown’s case and he or she may decline to adduce any evidence. Nevertheless, if the accused decides not to call any evidence, he or she runs the risk of being convicted” (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at para. 3.17). Where there is neither a legal obligation nor

moyen d’une assignation, peut être contrainte à témoigner devant un tribunal sous peine d’outrage au tribunal» (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au par. 13.46). Tel était le cas du jeune contrevenant qui, dans l’arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, avait été assigné à témoigner au procès de son coaccusé. Même s’il était contraint de témoigner, le droit que lui garantissait l’al. 11c) n’était pas en jeu puisque les procédures n’avaient pas été engagées contre lui. Le privilège plus général de ne pas s’incriminer qui lui était garanti par l’art. 7 a été protégé parce qu’on lui a accordé une immunité relative à la preuve (au par. 204).

L’article 276 n’oblige pas l’accusé à témoigner. L’accusé n’est pas non plus contraint de le faire par l’État d’une manière qui fait intervenir la protection de la *Charte*. La contrainte à témoigner va à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination, mais selon la définition qu’en a donnée le juge en chef Lamer, «[l]a contrainte [. . .] signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé» (*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 249, cité dans *White*, précité, au par. 42). Dans l’arrêt *White*, précité, au par. 76, le juge Iacobucci a conclu que «[s]i une personne fait volontairement une déclaration d’accident, sans croire qu’elle est légalement tenue de le faire ou sans être influencée par ce fait, on ne peut pas dire alors que la loi est la cause de ses déclarations.» Dans le cas des demandes fondées sur l’art. 276, il y a consentement libre et éclairé lorsque l’accusé participe dans le but de se disculper. Il sait qu’il n’est pas tenu de le faire.

Il y a une différence importante entre un fardeau de preuve relatif à une infraction, ou un fardeau de présentation, et la nécessité, sur le plan tactique, de répondre afin de soulever un doute raisonnable au sujet d’une preuve *prima facie* établie par le ministère public. [TRANSDUCTION] «[L]e droit criminel n’impose à l’accusé aucun fardeau de présentation l’obligeant à réfuter la preuve du ministère public, et l’accusé peut refuser de présenter des éléments de preuve. Néanmoins, s’il décide de ne produire aucun élément de preuve, l’accusé court le risque d’être déclaré coupable» (Sopinka, Lederman et

49

50

an evidentiary burden on the accused, the mere tactical pressure on the accused to participate in the trial does not offend the principle against self-incrimination (s. 11(c)) or the right to a fair trial (s. 11(d)).

51 The tactical pressure on the accused to testify at the *voir dire* under s. 276 is neither a burden of proof nor an evidentiary burden. It derives from his desire to raise a reasonable doubt about the Crown's case by adducing evidence of the complainant's prior sexual activity. The sole purpose of this *voir dire* is to establish the admissibility of the evidence he proposes to call. As Dickson J. (as he then was) put it, "[i]t is axiomatic that the *voir dire* and the trial itself have distinct functions. The function of the *voir dire* is to determine admissibility of evidence" (*Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, at p. 931). If the evidence is found to be admissible under s. 276, it may then serve to satisfy the evidentiary burden of adducing a factual basis for a defence (such as honest but mistaken belief in consent) or to raise a reasonable doubt about an element of the offence, but that is a different matter altogether.

52 Nothing in s. 276 obviates the Crown's basic duty to establish all the elements of a sexual offence beyond a reasonable doubt. This burden of proof on the Crown and the fact that the trial must be fair are the essence of the presumption of innocence, as the Court found in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 121, and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 15. A fair trial includes the right to make full answer and defence, but as I explained above, the admissibility criteria in ss. 276(2) and 276(3) respect this right. In *Osolin*, *supra*, at pp. 688-89, the "evidentiary burden" borne by the accused in a sexual offence trial to substantiate a claim of honest but mistaken belief in consent was held not to offend the presumption of innocence because it did not relieve the Crown of the burden

Bryant, *op. cit.*, au par. 3.17). Lorsqu'aucune obligation juridique ni aucun fardeau de présentation n'incombent à l'accusé, la simple pression d'ordre tactique qui peut amener ce dernier à participer au procès ne contrevient ni au principe interdisant l'auto-incrimination (al. 11c)) ni au droit à un procès équitable (al. 11d)).

La pression d'ordre tactique qui peut amener l'accusé à témoigner lors du *voir-dire* tenu en vertu de l'art. 276 ne constitue ni un fardeau de preuve ni un fardeau de présentation. Elle résulte de sa volonté de soulever un doute raisonnable au sujet de la preuve du ministère public en présentant une preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant. Le *voir-dire* vise uniquement à établir l'admissibilité de la preuve que l'accusé compte présenter. Comme l'a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef), «[i]l est évident que le *voir dire* et le procès lui-même jouent des rôles différents. Le *voir dire* sert à déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve» (*Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, à la p. 931). Si la preuve est jugée admissible en vertu de l'art. 276, on peut alors l'utiliser pour s'acquitter du fardeau de présentation qui exige la présentation de faits étayant un moyen de défense (telle la croyance sincère mais erronée au consentement) ou pour soulever un doute raisonnable au sujet d'un élément de l'infraction, mais il s'agit là d'une toute autre question.

Rien dans l'art. 276 ne supprime l'obligation fondamentale du ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une infraction d'ordre sexuel. Ce fardeau de la preuve qui incombe au ministère public et le fait que le procès doit être équitable constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, comme l'a statué la Cour dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 121, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 15. Un procès équitable comprend le droit à une défense pleine et entière, mais comme je l'ai expliqué plus haut, les critères d'admissibilité énoncés aux par. 276(2) et 276(3) respectent ce droit. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, aux pp. 688 et 689, il a été jugé que la «charge de présentation» dont l'accusé dans un procès pour

of proof of the elements of the offence. The tactical burden under s. 276 is even less onerous on the accused because it relates only to establishing relevance on a *voir dire*; it does not impose any burden on the accused at trial.

(1) Section 276.1(2)(a) — The Affidavit with Detailed Particulars

Section 276.1(2)(a) requires the defence to enter an affidavit with “detailed particulars” of the evidence it seeks to adduce. The trial judge allowed an information and belief affidavit at this first stage but then insisted on an affidavit from the accused for the *voir dire* stage. In my view, this procedure is permissible. It minimally impinges upon the accused, in the sense that if the information and belief affidavit is not accepted, he has not testified at all. The trial judge was correct to require a personal affidavit at the *voir dire* because part of the purpose of the *voir dire* is to cross-examine the affiant. It need not be the accused himself who presents evidence; it can be anyone with relevant information who can personally testify to its truth. Whoever is the source of the evidence, however, must supply an affidavit with detailed particulars. I also agree that the trial judge’s analysis of the evidence provided by the personal affidavit was correct: she asked “firstly, whether it was barred absolutely by s. 276(1), and secondly, whether it was capable of meeting the criteria outlined in s. 276(2), and the general concerns and interests of justice as outlined in s. 276(3)” ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 28). Her approach properly construes the legislation.

The accused specifically objects to having to submit the affidavit on the grounds that it compels him to reveal his defence and to disclose evidence he hopes to call at trial. He claims that this violates

une infraction d’ordre sexuel doit s’acquitter pour étayer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne contrevient pas à la présomption d’innocence parce qu’elle ne libère pas le ministère public de l’obligation de prouver les éléments de l’infraction. Le fardeau d’ordre tactique imposé par l’art. 276 est encore moins lourd pour l’accusé puisqu’il ne concerne que l’établissement de la pertinence lors d’un voir-dire; il n’impose aucun fardeau à l’accusé au procès.

(1) Paragraphe 276.1(2) — L’affidavit circonstancié

Le paragraphe 276.1(2) oblige la défense à produire un affidavit énonçant «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause. Le juge du procès a autorisé le dépôt d’un affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques lors de cette première étape, mais elle a ensuite exigé un affidavit de l’accusé pour l’étape du voir-dire. À mon avis, une telle procédure est acceptable. Elle implique peu l’accusé en ce sens que si l’affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques n’est pas accepté, l’accusé n’a absolument pas témoigné. Le juge du procès a eu raison d’exiger un affidavit personnel lors du voir-dire parce que le voir-dire vise en partie à contre-interroger l’auteur de l’affidavit. Il n’est pas nécessaire que ce soit l’accusé lui-même qui présente une preuve; quiconque possède des renseignements pertinents peut témoigner personnellement au sujet de leur véracité. Quiconque est la source de la preuve doit toutefois fournir un affidavit circonstancié. Je conviens aussi que l’analyse que le juge du procès a faite de la preuve fournie par l’affidavit personnel était correcte: elle s’est demandé [TRADUCTION] «premièrement, si elle était complètement interdite par le par. 276(1) et, deuxièmement, si elle pouvait satisfaire aux critères énoncés au par. 276(2) ainsi qu’aux intérêts généraux de la justice exposés au par. 276(3)» ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 28). Le juge a interprété correctement le texte législatif.

L’accusé conteste expressément l’obligation de produire l’affidavit parce que cela l’oblige à révéler ses moyens de défense et à divulguer des éléments de preuve qu’il espère présenter au procès.

his right to silence. The right to silence in s. 7 properly speaking comprises the right to silence before trial and the privilege against self-incrimination at trial; it is inaccurate to speak of an absolute right to silence at the trial stage of the criminal process (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 164). In *White, supra*, at paras. 40-41, Iacobucci J. summarised the Court's position on this subject:

It is now well-established that there exists, in Canadian law, a principle against self-incrimination that is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. . . .

The principle against self-incrimination was described by Lamer C.J. in *Jones, supra*, at p. 249, as "a general organizing principle of criminal law". The principle is that an accused is not required to respond to an allegation of wrongdoing made by the state until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. It is a basic tenet of our system of justice that the Crown must establish a "case to meet" before there can be any expectation that the accused should respond: *P. (M.B.)*, *supra*, at pp. 577-79, *per* Lamer C.J., *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 81 to 83, *per* Iacobucci J.

The right not to be compelled to testify against oneself is specifically protected by s. 11(c); the general principle against self-incrimination resides in s. 7.

55

Section 276 does not require the accused to make premature or inappropriate disclosure to the Crown. For the reasons given above, the accused is not forced to embark upon the process under s. 276 at all. As the trial judge found in the case at bar, if the defence is going to raise the complainant's prior sexual activity, it cannot be done in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush. The Crown as well as the Court must get the detailed affidavit one week before the *voir dire*, according to s. 276.1(4)(b), in part to allow the Crown to consult with the complainant. The Crown can oppose the admission of evidence of sexual activity if it does not meet the criteria in s. 276. Neither the accused's s. 11(c) right not to be compelled to testify against himself

Il prétend que cela viole son droit de garder le silence. Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 comprend, à proprement parler, le droit de garder le silence avant le procès et le privilège de ne pas s'incriminer au procès; il est inexact de parler d'un droit absolu de garder le silence à l'étape du procès en matière criminelle (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 164). Dans l'arrêt *White*, précité, aux par. 40 et 41, le juge Iacobucci a résumé la position de la Cour à ce sujet:

Il est maintenant bien établi qu'il existe, en droit canadien, un principe interdisant l'auto-incrimination qui constitue un principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. . . .

Le principe interdisant l'auto-incrimination a été décrit par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 249, comme étant «un principe directeur général de droit criminel». Ce principe veut que l'accusé ne soit pas tenu de répondre à une allégation d'acte fautive faite par l'État avant que ce dernier puisse présenter une preuve *prima facie* contre lui. Un principe de base de notre système de justice veut que le ministère public établisse une «preuve complète» avant que surgisse une attente de réponse de la part de l'accusé: *P. (M.B.)*, précité, aux pp. 577 à 579, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité, aux par. 81 à 83, le juge Iacobucci.

Le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même est expressément garanti par l'al. 11(c); le principe général interdisant l'auto-incrimination trouve sa source à l'art. 7.

L'article 276 n'exige pas que l'accusé fasse une divulgation prématurée ou inappropriée au ministère public. Pour les motifs déjà exposés, l'accusé n'est nullement obligé de s'engager dans le processus décrit à l'art. 276. Comme l'a conclu le juge du procès en l'espèce, si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre. Selon le par. 276.1(4), un affidavit circonstancié doit être remis au ministère public et au tribunal une semaine avant le *voir-dire*, notamment pour permettre au ministère public de consulter la plaignante. Le ministère public peut s'opposer à l'admission de la preuve du comportement sexuel si

nor his s. 11(d) right to be presumed innocent are violated by the affidavit requirement. This is borne out by the way in which the admissibility procedure operates.

The defence must satisfy the trial judge that the evidence it seeks to adduce meets the statutory requirements for admissibility. To admit evidence of sexual activity at trial, the judge must provide written reasons about how the evidence “is expected to be relevant to an issue at trial” and the factors she considered in making this determination (as per ss. 276.2(3)(b) and (c)). It is perfectly appropriate that, to this end, the affidavit must disclose evidence that is “capable of being admissible under subsection 276(2)”. Among other things, the evidence must be adduced for a permissible purpose and must be relevant to an issue at trial. The affidavit must therefore establish a connection between the complainant’s sexual history and the accused’s defence. As the trial judge put it, “there would have to be evidence to establish the link between the potential defences . . . and the prior sexual conduct”.

The necessity that the connection be drawn between the evidence and the accused’s defence was affirmed by this Court in *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, in its adoption of the Yukon Territory Court of Appeal’s judgment. In *Dickson*, the accused tendered evidence under s. 276 to support an honest but mistaken belief in consent, but then on the *voir dire* argued consent on one count and denied that two other counts of sexual assault had occurred ((1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.), at p. 233). The Yukon Territory Court of Appeal properly found that the trial judge erred in admitting the evidence of sexual activity where the evidence on the *voir dire* did not raise the defence of

elle ne satisfait pas aux critères de l’art. 276. L’obligation de produire un affidavit ne contrevient ni au droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même ni au droit d’être présumé innocent que l’al. 11c) et l’al. 11d) garantissent respectivement à l’accusé. Cela ressort de la façon dont s’applique la procédure d’admissibilité.

La défense doit convaincre le juge du procès que la preuve qu’elle cherche à présenter satisfait aux exigences légales en matière d’admissibilité. Pour admettre une preuve de comportement sexuel au procès, le juge doit expliquer par écrit la façon dont la preuve «est en rapport avec un élément de la cause» et préciser les facteurs dont il a tenu compte pour rendre sa décision (conformément aux al. 276.2(3)b) et c)). Il est tout à fait approprié, à cette fin, que l’affidavit doive faire état d’une preuve pour laquelle il y a «des possibilités» qu’elle «soit admissible [. . .] au titre du paragraphe 276(2)». Notamment, la preuve doit être présentée à une fin acceptable et être en rapport avec un élément de la cause. L’affidavit doit donc établir l’existence d’un lien entre le comportement sexuel antérieur de la plaignante et le moyen de défense invoqué par l’accusé. Comme l’a dit le juge du procès, [TRADUCTION] «il devrait y avoir des éléments de preuve permettant d’établir le lien entre les moyens de défense éventuels [. . .] et le comportement sexuel antérieur».

La nécessité d’établir un lien entre la preuve et le moyen de défense invoqué par l’accusé a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, lorsqu’elle a fait sien l’arrêt de la Cour d’appel du territoire du Yukon. Dans l’arrêt *Dickson*, l’accusé a produit, en vertu de l’art. 276, des éléments de preuve à l’appui d’une croyance sincère mais erronée au consentement, mais il a ensuite invoqué, lors du *voir dire*, le consentement relativement à un chef d’accusation et a nié que les deux autres agressions sexuelles reprochées s’étaient produites ((1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), à la p. 233). La Cour d’appel du territoire du Yukon a conclu à juste titre que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve du comportement sexuel dans un cas où la preuve présentée lors du

56

57

honest but mistaken belief in consent as the affidavit promised, nor did it raise any other defence.

58

It is common for the defence in sexual offence cases to deny that the assault occurred, to challenge the identity of the assailant, to allege consent or to claim an honest but mistaken belief in consent. Evidence of prior sexual activity will rarely be relevant to support a denial that sexual activity took place or to establish consent (see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at para. 10.108). As the Court affirmed in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 27, the determination of consent is “only concerned with the complainant’s perspective. The approach is purely subjective.” Actual consent must be given for each instance of sexual activity.

59

Section 276 is most often used in attempts to substantiate claims of an honest but mistaken belief in consent. To make out the defence, the accused must show that “he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question” (*Ewanchuk, supra*, at para. 46 (emphasis in original)). To establish that the complainant’s prior sexual activity is relevant to his mistaken belief during the alleged assault, the accused must provide some evidence of what he believed at the time of the alleged assault. This is necessary for the trial judge to be able to assess the relevance of the evidence in accordance with the statute. It is an essential part of the legislative scheme which provides a means by which the accused may establish the relevance of the evidence he chooses to put forward.

(2) Section 276.2 — The Voir Dire

60

If the trial judge is satisfied that the affidavit meets the requirements of s. 276.1, the accused has the right to an *in camera* hearing to decide whether the evidence is admissible. If it is admissible, the type of use to which evidence of sexual activity may be put is not controlled by the legislation. It

voir-dire ne soulevait pas la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement comme l’annonçait l’affidavit, ni aucun autre moyen de défense.

Dans les affaires où il est question d’infractions d’ordre sexuel, il est fréquent que la défense nie que l’agression a eu lieu, conteste l’identité de l’agresseur, allègue le consentement ou invoque la croyance sincère mais erronée au consentement. La preuve du comportement sexuel antérieur sera rarement pertinente pour appuyer une dénégation que l’activité sexuelle a eu lieu ou pour établir le consentement (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au par. 10.108). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 27, pour déterminer s’il y a eu consentement, on «ne s’intéresse qu’au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective.» Un consentement véritable doit être donné pour chacune des activités sexuelles.

L’article 276 est le plus fréquemment invoqué pour tenter d’étayer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Pour invoquer avec succès ce moyen de défense, l’accusé doit démontrer qu’il «croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l’activité sexuelle en question» (*Ewanchuk, précité*, au par. 46 (souligné dans l’original)). Pour établir que le comportement sexuel antérieur de la plaignante est pertinent relativement à la croyance erronée qu’il avait au cours de l’agression alléguée, l’accusé doit fournir une certaine preuve de ce qu’il croyait au moment de cette agression. Cela est nécessaire pour que le juge du procès soit en mesure d’évaluer la pertinence de la preuve conformément à la loi. Il s’agit d’un élément essentiel du régime législatif qui prévoit un moyen par lequel l’accusé peut établir la pertinence de la preuve qu’il choisit de présenter.

(2) Article 276.2 — Le voir-dire

Si le juge du procès est d’avis que l’affidavit satisfait aux exigences de l’art. 276.1, l’accusé a droit à une audience à huis clos pour déterminer si la preuve est admissible. Si la preuve du comportement sexuel est admissible, l’utilisation qui peut en être faite n’est pas régie par la mesure législative.

could for instance be used to cross-examine the complainant, in chief by the accused (should he choose to testify himself), or by another witness.

The accused challenges the constitutionality of the *voir dire* on the grounds that being required to submit to cross-examination on his affidavit violates his s. 7 and s. 11(c) rights not to be compelled to testify at his own trial. He also complains that he is “compelled” to testify because there are usually no witnesses to sexual assaults other than the accused and the complainant, and the complainant is not compellable at the *voir dire* according to s. 276.2(2). Again, the accused mischaracterises his predicament. He does not face a legal compulsion to testify for the reasons given above, and the tactical pressure he describes is not unfair. Having produced his affidavit, the basic rules of evidence require the accused to submit to cross-examination because the right to cross-examine is essential to give any weight to an affidavit.

The accused’s refusal to submit to cross-examination on his sworn affidavit in effect reduces its weight to that of an unsworn statement. Yet, it has long been decided that an accused cannot make an unsworn statement because it

would lead to many dangerous results, the most obvious of which are, the escape from cross-examination; the safe introduction of a concocted defence; the securing of all the benefits of sworn evidence in accused’s favour without incurring the consequences of perjury by refraining from going into the witness box; and also depriving the jury of the benefit of appraising his credibility in general from his demeanour therein.

(*R. v. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340 (B.C.C.A.), at p. 342)

As Cory J. put it more recently in *Osolin, supra*, cross-examination “is of essential importance in determining whether a witness is credible”

Elle pourrait notamment être utilisée pour contre-interroger la plaignante, lors de l’interrogatoire principal de l’accusé (s’il choisissait de témoigner), ou encore par un autre témoin.

L’accusé conteste la constitutionnalité du *voir dire* pour le motif que l’obligation de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit viole les droits de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès qui lui sont garantis par l’art. 7 et par l’al. 11c). Il se plaint également du fait qu’il est «contraint» de témoigner parce que l’accusé et la plaignante sont habituellement les seuls témoins d’une agression sexuelle et que la plaignante n’est pas un témoin contraignable lors du *voir-dire* selon le par. 276.2(2). Là encore, l’accusé dépeint mal la situation difficile dans laquelle il se trouve. Pour les motifs exposés plus haut, il n’est pas contraint de témoigner par la loi, et la pression d’ordre tactique qu’il décrit n’est pas injuste. Une fois que l’accusé a produit son affidavit, les règles fondamentales de la preuve exigent qu’il soit assujéti à un contre-interrogatoire, car le droit de contre-interroger est essentiel pour appuyer la crédibilité de l’affidavit.

Le refus de l’accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit a pour effet d’en réduire l’importance à celle d’une déclaration non solennelle. Pourtant, il est bien établi qu’un accusé ne peut pas faire une déclaration non solennelle parce que cela

[TRADUCTION] entraînerait de dangereux résultats, dont les plus évidents sont le fait d’échapper au contre-interrogatoire, la présentation en toute quiétude d’un moyen de défense inventé, la possibilité pour l’accusé de bénéficier de tous les avantages d’un témoignage sous serment en sa faveur sans avoir à subir les conséquences d’un parjure en s’abstenant de témoigner, et le fait de priver le jury de l’avantage d’évaluer la crédibilité générale de l’accusé à partir de son comportement dans l’affaire.

(*R. c. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340 (C.A.C.-B.), à la p. 342)

Comme le juge Cory l’affirmait plus récemment dans l’arrêt *Osolin*, précité, le contre-interrogatoire «remplit un rôle essentiel dans le processus qui

61

62

63

(p. 663). This applies to all witnesses who offer testimony, whether for the Crown or for the defence. The Crown's right to cross-examine on the affidavit under s. 276 is essential to protect the fairness of the trial. Cross-examination is required to enable the trial judge to decide relevance by assessing the affiant's credibility and the use to which he intends to put the evidence. The trial judge correctly found that the legislation itself requires "some weighing and some assessing of the evidence" before it can be admitted ([1994] O.J. No. 3160 (QL), at para. 20). Without cross-examination, "the court can not attribute much, if any, weight to such evidence" because it is impossible to assess its probative value and prejudicial effect as the legislation requires.

64

Because the affidavit must show how the prior sexual activity is relevant to the alleged assault, the Crown must have the opportunity to cross-examine on whatever aspects relevant to the charge that the accused chooses to raise. The trial judges who have declined to allow this cross-examination are in error (as discussed by H. Schwartz, "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection" (1994), 31 C.R. (4th) 232, at p. 250). At the same time, the trial judge in the case at bar was correct that the cross-examination must be "confined to what is necessary to determine . . . whether the proposed evidence is admissible" ((1998), 38 O.R. (3d) 1, at p. 21). The *voir dire* is not a forum for unfair questioning of the accused; the trial judge controls the hearing to meet the statutory goals, which include protecting the rights of the accused in s. 276(3).

65

The demands on the defence at the *voir dire* are in some ways analogous to the procedure in a *Corbett* application. In *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77, at paras. 6-11, Lamer C.J. explained how a *voir dire* in which the defence discloses

permet de déterminer si un témoin est digne de foi» (p. 663). Cela s'applique à tous les témoins, autant aux témoins à charge qu'aux témoins à décharge. Le droit du ministère public d'effectuer un contre-interrogatoire sur l'affidavit, que prévoit l'art. 276, est essentiel pour assurer l'équité du procès. Le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre au juge du procès de décider de la pertinence en évaluant la crédibilité de l'auteur de l'affidavit et l'utilisation qu'il compte faire de la preuve. Le juge du procès a conclu à juste titre que la mesure législative elle-même exige [TRADUCTION] «une certaine évaluation de la preuve» avant que cette preuve puisse être admise ([1994] O.J. No. 3160 (QL), au par. 20). Sans contre-interrogatoire, [TRADUCTION] «la cour ne peut attribuer que peu ou pas d'importance à cet élément de preuve» parce qu'il est impossible d'en évaluer la valeur probante et l'effet préjudiciable comme l'exige la mesure législative.

Étant donné que l'affidavit doit démontrer en quoi la preuve du comportement sexuel antérieur est en rapport avec l'agression alléguée, le ministère public doit avoir la possibilité de contre-interroger sur les éléments pertinents relativement à l'accusation que l'accusé choisit d'invoquer. Les juges du procès qui refusent de permettre ce contre-interrogatoire commettent une erreur (comme l'explique H. Schwartz, «Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection» (1994), 31 C.R. (4th) 232, à la p. 250). En même temps, le juge du procès a eu raison en l'espèce de conclure que le contre-interrogatoire doit [TRADUCTION] «se limiter à ce qui est nécessaire pour déterminer [...] si la preuve proposée est admissible» ((1998), 38 O.R. (3d) 1, à la p. 21). Le *voir-dire* ne se prête pas à un interrogatoire injuste de l'accusé; le juge du procès assure que l'audience respecte les objectifs législatifs qui comprennent la protection des droits de l'accusé prévue au par. 276(3).

Les exigences auxquelles doit satisfaire la défense lors du *voir-dire* sont, à certains égards, analogues à la procédure applicable à une demande de type *Corbett*. Dans l'arrêt *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77, aux par. 6 à 11, le juge en chef

evidence it intends to call is consistent with a “scrupulously fair” trial that observes the case-to-meet principle. The accused can use the protection of a *voir dire* to apply to have some or all of his criminal record excluded at trial. He reveals the evidence he intends to call for his case, which allows the trial judge properly to apply the factors relevant to his request. As Lamer C.J. explained at para. 10:

... the purpose of this *voir dire* is not “defence disclosure”. It creates no independent rights in the Crown, and, therefore should not be treated as an excuse for the Crown to deeply probe the case for the defence. . . . The point is to provide the trial judge with the information he or she needs to make an informed decision, but the Crown has no right to require more than that. [Emphasis in original.]

This is also true of the *voir dire* to admit evidence of prior sexual activity.

Furthermore, Dickson J., in the pre-*Charter* context, held that “[e]vidence on the *voir dire* cannot be used in the trial itself” (*Erven, supra*, at p. 932). Although this Court has not specifically ruled on whether s. 13 of the *Charter* protects an accused against self-incrimination on a *voir dire*, I am of the opinion that it does (as the Superior Court of Quebec found in *R. v. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427, at p. 429). Section 13 provides that:

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.

This privilege against self-incrimination applies because a *voir dire* is an “other proceeding” within the meaning of s. 13. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 386, McIntyre J. (in dissent, but the only one to address this issue) found that

Lamer explique comment un *voir-dire* au cours duquel la défense divulgue la preuve qu’elle a l’intention de présenter est compatible avec un procès «parfaitement équitabl[e]» où le fardeau incombe à la poursuite. L’accusé peut avoir recours à la protection d’un *voir-dire* pour demander l’exclusion de la totalité ou d’une partie de son casier judiciaire au procès. Il révèle les éléments de preuve qu’il compte produire pour se défendre, ce qui permet au juge du procès d’appliquer les facteurs pertinents relativement à sa demande. Comme le juge en chef Lamer l’explique, au par. 10:

... ce *voir-dire* n’a pas pour objet la «divulgarion des moyens de défense». Il ne crée aucun droit indépendant au profit du ministère public, et ne devrait donc pas lui servir de prétexte pour sonder en profondeur la preuve de la défense [. . .] Il s’agit de mettre à la disposition du juge du procès les éléments dont il a besoin pour rendre une décision éclairée, mais le ministère public n’a pas le droit d’exiger plus que cela. [Souligné dans l’original.]

Cela s’applique également au *voir-dire* qui vise l’admission d’une preuve de comportement sexuel antérieur.

De plus, le juge Dickson a statué, dans un arrêt antérieur à la *Charte*, que «[l]a preuve présentée au *voir dire* ne peut être utilisée au procès lui-même» (*Erven*, précité, à la p. 932). Même si notre Cour ne s’est pas expressément prononcée sur la question de savoir si l’art. 13 de la *Charte* protège un accusé contre l’auto-incrimination lors d’un *voir-dire*, j’estime qu’il en est ainsi (comme la Cour supérieure du Québec l’a décidé dans *R. c. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427, à la p. 429). L’article 13 se lit ainsi:

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.

Le privilège de ne pas s’incriminer s’applique parce qu’un *voir-dire* est une «autre procédure» au sens de l’art. 13. Dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 386, le juge McIntyre (dissident, mais le seul juge à avoir examiné cette question) a conclu que

[t]he *voir dire* is clearly another proceeding. Its purpose is not to resolve any issue raised in the charge but merely to determine what may be introduced into the proceedings for that purpose. After the *voir dire* the evidence found to be properly admissible in the proceedings is admitted and thereafter forms part of the proceedings. That which is excluded never becomes a part.

This is true of the *voir dire* under s. 276. Its purpose is to enable the judge to determine the admissibility of evidence. The *voir dire* is not itself part of the determination of the guilt or innocence of the accused. When the accused testifies on a *voir dire*, the protection of s. 13 means that his testimony cannot later be used as evidence of guilt at trial. It was established in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, that an accused's testimony from a previous trial on the same charge can be used by the Crown at the retrial only to impeach his credibility, and not as evidence of guilt. In *Kuldip*, at p. 636, Lamer C.J. found that using such a prior inconsistent statement for its truth to incriminate the accused is forbidden by s. 13, but that

s. 13 does not preclude the use of previous testimony during a subsequent cross-examination if the sole purpose of that cross-examination is to challenge the credibility of an accused who has chosen to testify in the second proceedings.

67

In *B. (K.G.)*, *supra*, when Lamer C.J. reformed the "orthodox rule" of hearsay to allow some prior inconsistent statements as evidence to establish guilt, he specifically noted that *Kuldip* still applied to statements of the kind with which we are concerned. At p. 762, he explained that:

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

[l]e voir dire est clairement une autre procédure. Il a pour objet non pas de trancher une question soulevée par l'accusation, mais simplement de déterminer ce qui peut être produit en preuve à cette fin. À l'issue du voir dire, la preuve jugée admissible aux fins des procédures est admise et fait dès lors partie de celles-ci. Les éléments écartés, par contre, ne font jamais partie des procédures.

Cela est également vrai en ce qui concerne le voir-dire tenu en vertu de l'art. 276. Il vise à permettre au juge de décider de l'admissibilité d'éléments de preuve. Il ne fait pas partie du processus de détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Dans le cas où l'accusé témoigne lors d'un voir-dire, la protection de l'art. 13 signifie que son témoignage ne peut pas être utilisé ultérieurement pour prouver sa culpabilité lors du procès. Dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, il a été établi que le témoignage d'un accusé au cours d'un procès antérieur portant sur la même accusation ne peut être utilisé par le ministère public lors d'un nouveau procès que pour mettre en doute sa crédibilité et non pour prouver sa culpabilité. Dans l'arrêt *Kuldip*, à la p. 636, le juge en chef Lamer conclut que l'art. 13 interdit d'incriminer l'accusé en utilisant une déclaration antérieure incompatible pour établir la véracité de son contenu, mais que

l'art. 13 n'interdit pas l'emploi d'un témoignage antérieur au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, si ce dernier a pour seul but d'attaquer la crédibilité d'un accusé qui a choisi de témoigner lors des procédures subséquentes.

Lorsque le juge en chef Lamer a réformé, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la «règle orthodoxe» du oui-dire pour permettre que certaines déclarations antérieures incompatibles soient admises en preuve pour établir la culpabilité, il a expressément fait remarquer que l'arrêt *Kuldip* s'appliquait encore aux déclarations du genre de celles dont nous sommes saisis en l'espèce. À la page 762, il explique:

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

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*. A police interview, even where the witness makes his or her statement under oath, may not be a “proceeding” for the purposes of s. 13. As this precise issue does not arise in this appeal, I will make no further comments on this point.

In my opinion, the *voir dire* under s. 276 is a proceeding that attracts the protection of s. 13. A prior inconsistent statement in the accused’s testimony on this *voir dire* could be used later at trial only to impugn his credibility and not to establish his culpability.

(3) Section 276.2(2) — Complainant Non-Compellable

The complainant is not compellable at the *voir dire* pursuant to s. 276.2(2). This provision is both constitutional and an important aspect of s. 276. The accused argues that he is *de facto* compellable because the complainant is non-compellable at the *voir dire*. I have already established that he is not compellable nor being compelled at law. His desire to have the complainant testify flows, as would his need to testify himself, from his tactical decision to present evidence and the ensuing need to show its relevance. As we have seen, there is no legal compulsion nor violation of the accused’s constitutional rights. Furthermore, the complainant’s non-compellability is based on sound legislative goals. To compel the complainant to be examined on her sexual history before the subject has been found to be relevant to the trial would defeat two of the three purposes of the law, as articulated and upheld in *Seaboyer* (at p. 606). It is an invasion of the complainant’s privacy and discourages the reporting of crimes of sexual violence. As the Ontario Court of Appeal points out, the accused must know what evidence he wants to introduce on his own; the *voir dire* is not to be a “fishing expedition” (p. 21). The evidence is tested

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*. Un interrogatoire de la police, même lorsque le témoin fait une déclaration sous serment, peut ne pas constituer une «procédure» pour l’application de l’art. 13. Comme cette question précise n’est pas soulevée en l’espèce, je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

À mon avis, le voir-dire tenu en vertu de l’art. 276 est une procédure qui emporte la protection de l’art. 13. Une déclaration antérieure incompatible contenue dans le témoignage de l’accusé lors du voir-dire ne pourrait servir qu’à attaquer la crédibilité de l’accusé et non à établir sa culpabilité, plus tard au cours du procès.

(3) Paragraphe 276.2(2) — Le plaignant n’est pas un témoin contraignable

Le plaignant n’est pas un témoin contraignable lors du voir-dire, selon le par. 276.2(2). Cette disposition est constitutionnelle et constitue un élément important de l’art. 276. L’accusé soutient qu’il est de fait contraignable parce que la plaignante n’est pas un témoin contraignable lors du voir-dire. J’ai déjà établi qu’il n’est pas contraignable et qu’il n’est pas légalement contraint de témoigner. Sa volonté de faire témoigner la plaignante, tout comme son besoin de témoigner lui-même, est le résultat de sa décision tactique de présenter une preuve et de la nécessité qui en découle d’en démontrer la pertinence. Comme nous l’avons vu, il n’y a aucune contrainte juridique ni aucune violation des droits constitutionnels de l’accusé. De plus, la non-contraignabilité de la plaignante repose sur des objectifs législatifs légitimes. Contraindre la plaignante à subir un interrogatoire sur son comportement sexuel antérieur avant même que ce sujet n’ait été jugé pertinent aux fins du procès irait à l’encontre de deux des trois objectifs législatifs qui ont été formulés et confirmés dans l’arrêt *Seaboyer* (à la p. 606). Il s’agit d’une atteinte à la vie privée de la plaignante et cela a pour effet de décourager la dénonciation des

at the *voir dire* and if it meets the criteria in s. 276(2), it may be introduced at trial. The complainant can then be compelled to testify or if the Crown, as it is most likely to do, calls her as a witness, be cross-examined on it.

crimes de violence sexuelle. Comme le fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario, l'accusé doit connaître les éléments de preuve qu'il veut présenter; le voir-dire ne doit pas être une [TRADUCTION] «recherche à l'aveuglette» (p. 21). La preuve est appréciée lors du voir-dire et elle pourra être présentée au procès si elle satisfait aux critères énoncés au par. 276(2). La plaignante pourra alors être contrainte de témoigner ou encore être contre-interrogée à ce sujet si le ministère public l'assigne comme témoin, comme il le fera très probablement.

69 The right to make full answer and defence, moreover, does not provide a right to cross-examine an accuser. This was explicitly held in *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, where the Court affirmed the broad discretion of the Crown to conduct its case. The Crown is free from any requirement to call particular witnesses, and this applies even to the victim of the crime for which the accused faces conviction (at para. 19).

De plus, le droit à une défense pleine et entière ne confère pas un droit de contre-interroger l'accusateur. C'est ce que notre Cour a expressément statué dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, où elle a confirmé le large pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministère public pour la présentation de sa preuve. Le ministère public n'est pas tenu d'assigner des témoins particuliers, et cela s'applique même à la victime du crime dont l'accusé peut être déclaré coupable (au par. 19).

70 The fair trial protected by s. 11(d) is one that does justice to all the parties. As Cory J. wrote of sexual assault trials in *Osolin*, *supra*, at p. 669:

Le procès équitable garanti par l'al. 11d) est celui qui permet de rendre justice à toutes les parties. Comme l'a écrit le juge Cory au sujet des procès pour agression sexuelle dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669:

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.

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.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

71 On the basis of this Court's decision in *Seaboyer*, Parliament gave the trial judge the role of deciding whether a complainant's sexual history is relevant in the trial of a sexual offence. She is to exercise her discretion within the structure of a procedure created by s. 276. The legislation lists factors to take into account, similar to those upheld by this Court's decision in *Mills*, *supra*, which prominently include the accused's right to make full answer and defence in s. 276(3)(a). This discretion, of course, cannot be exercised in an

S'appuyant sur l'arrêt *Seaboyer* de notre Cour, le législateur a confié au juge du procès le soin de décider si le comportement sexuel antérieur d'un plaignant est pertinent lors d'un procès pour une infraction d'ordre sexuel. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la procédure établie à l'art. 276. La mesure législative énumère les facteurs qui doivent être pris en considération, lesquels sont semblables à ceux qui ont été confirmés dans l'arrêt *Mills*, précité, de notre Cour et qui comprennent notamment le droit de l'accusé

unconstitutional manner. The accused's constitutional rights are protected by this legislation.

The answers to the constitutional questions are as follows:

1. Do ss. 276.1(2)(a) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to silence and the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect to the offence pursuant to s. 7 and/or s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question number one is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: Not applicable.

3. Do ss. 276(1), 276(2)(c) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to make full answer and defence pursuant to s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*?

Answer: No.

4. If the answer to question number three is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: Not applicable.

The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Karam, Greenspon, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

à une défense pleine et entière prévu à l'al. 276(3)a). Ce pouvoir discrétionnaire ne saurait évidemment être exercé d'une manière inconstitutionnelle. Les droits constitutionnels de l'accusé sont protégés par cette mesure législative.

Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. Les paragraphes 276.1(2) et 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche, droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Ne s'applique pas.

3. Le paragraphe 276(1), l'al. 276(2)c) et le par. 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière qui est garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Ne s'applique pas.

Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Karam, Greenspon, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

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

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women: The Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme: Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Renaud Lévesque *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LÉVESQUE

Neutral citation: 2000 SCC 47.

File No.: 26939.

2000: March 23; 2000: October 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Appeals against sentence — Criteria applicable to admission of fresh evidence on appeal from sentence — Whether criteria are the same regardless of whether appeal relates to verdict or to sentence — Whether Court of Appeal erred in admitting fresh evidence.

The accused pleaded guilty to 15 counts arising from a robbery at a residence. He was sentenced to several terms of imprisonment to be served concurrently, the longest of which was a term of ten years and six months for kidnapping. In appealing his sentence, the accused is seeking to have two new reports admitted in evidence to which the Crown objects. The first was prepared by a psychologist for Correctional Service Canada, and the second was written by a psychiatrist at the accused's request. The Court of Appeal unanimously held that the trial judge committed an error in sentencing by comparing this case with cases involving hostage-taking — a finding that is not in issue in this appeal. The majority of the Court of Appeal also allowed the motions to adduce fresh evidence and, in view of the error by the trial judge, substituted a sentence of five years and six months for the sentence of ten years and six months imposed by the trial judge.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Renaud Lévesque *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LÉVESQUE

Référence neutre: 2000 CSC 47.

N° du greffe: 26939.

2000: 23 mars; 2000: 12 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Appels de la sentence — Critères applicables à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence — Ces critères sont-ils les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou sur une sentence? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en admettant les éléments de preuve nouveaux?

L'accusé plaide coupable à 15 chefs d'accusation reliés à un vol qualifié dans une résidence. Il est condamné à plusieurs peines d'emprisonnement concurrentes, dont la plus sévère est une peine de dix ans et six mois pour enlèvement. En appel de sa sentence, l'accusé cherche à faire admettre en preuve deux nouveaux rapports auxquels le ministère public s'oppose. Le premier a été préparé par un psychologue pour le compte du Service correctionnel du Canada et le second a été rédigé par un psychiatre à la demande de l'accusé. La Cour d'appel, à l'unanimité, conclut que le juge de première instance a commis une erreur lors de la détermination de la peine en comparant la présente affaire à des affaires de prise d'otage — une conclusion qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. La cour, à la majorité, accueille également les requêtes pour la production d'une nouvelle preuve et, étant donné l'erreur du juge de première instance, substitue une peine de cinq ans et six mois à la peine de dix ans et six mois imposée par ce dernier.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.: Although the rules concerning sources and types of evidence are more flexible in respect of sentence, the criteria for admitting fresh evidence on appeal are the same regardless of whether the appeal relates to a verdict or a sentence. If a court of appeal thinks fit to admit fresh evidence, it will do so because it is in the interests of justice to admit it. The criteria set out in *Palmer* call for a relaxed and flexible application and to relax them any further would be contrary to the interests of justice. These criteria, including the due diligence criterion, are therefore applicable to applications to tender fresh evidence in an appeal from a sentence. Moreover, while the admission of fresh evidence in an appeal from a sentence cannot lead to a new trial, unlike admission of fresh evidence in an appeal from a verdict, this difference does not justify the application of different tests. The integrity of the criminal process and the role of appeal courts could be jeopardized by the routine admission of fresh evidence on appeal. A two-tier sentencing system incompatible with the high standard of review applicable to appeals from sentences and the underlying profound functional justifications would thus be created.

In the context of the admission of fresh evidence on appeal, the concepts of admissibility and probative value overlap. To be admissible, fresh evidence must be relevant and credible and, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The probative value of fresh evidence must thus be considered in order to determine whether it is admissible on appeal. To facilitate determination of the probative value of fresh evidence, the party challenging it should test it by making a formal motion to the court of appeal and explaining how it wishes to proceed. The court of appeal may in this regard exercise all the powers set out in s. 683 of the *Criminal Code*. Failure by a party to test fresh evidence does not relieve a court of appeal from applying the criteria established in *Palmer*.

The strict rules of a trial do not apply to a sentencing hearing, since to determine the appropriate sentence the

Arrêt (le juge Arbour est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Binnie: Bien que les règles relatives aux sources et genres de preuve soient assouplies en matière de sentence, les critères d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel sont les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou une sentence. Si une cour d'appel croit utile de recevoir une preuve nouvelle, c'est qu'elle estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la recevoir. Les critères établis dans l'arrêt *Palmer* commandent une application souple et flexible et les assouplir davantage serait contraire à l'intérêt de la justice. Ces critères, y compris le critère de la diligence raisonnable, sont donc applicables aux requêtes en production d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence. En outre, bien que l'admission d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence n'engendre pas la tenue d'un nouveau procès, contrairement à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'un verdict, cette différence ne justifie pas l'application de critères différents. L'intégrité du processus en matière pénale et le rôle des cours d'appel pourraient être menacés par l'admission d'éléments de preuve nouveaux de façon routinière en appel. Un système de détermination de la peine à deux niveaux incompatible avec la norme de contrôle élevée applicable aux appels de sentence et les profondes justifications fonctionnelles qui la sous-tendent serait ainsi créé.

Dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, les concepts d'admissibilité et de valeur probante se chevauchent. Pour être admissible, une preuve nouvelle doit être pertinente, plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Ainsi la valeur probante d'un élément de preuve nouveau doit être considérée afin de déterminer son admissibilité en appel. Afin de faciliter la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve, la partie qui la conteste devrait la mettre à l'épreuve en présentant une requête formelle à la cour d'appel et en précisant de quelle façon elle souhaite procéder. La cour d'appel peut, à cette fin, exercer tous les pouvoirs énumérés à l'art. 683 du *Code criminel*. Le défaut d'une partie de mettre un élément de preuve nouveau à l'épreuve ne dispense pas une cour d'appel de l'application des critères établis dans l'arrêt *Palmer*.

Les règles strictes du procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence puisque pour détermi-

judge must have as much information as possible about the accused. The *Palmer* criteria do not compromise the more flexible nature of the rules, since the criteria concerning the admission of fresh evidence on appeal do not relate to the sources and types of evidence. The purpose of the due diligence criterion is to protect the interests and the administration of justice and to preserve the role of appeal courts. Before admitting new opinion evidence on appeal, it may be necessary to determine the basis of that opinion and to establish whether the facts on which the opinion is based have been proven and are credible. Whether or not consent is given, the production of fresh evidence on appeal is possible only with the leave of the court of appeal. The court of appeal may properly take into account the fact that the Crown has consented or that admission is uncontested particularly when assessing the relevance, credibility and probative value of fresh evidence.

In this case, the majority of the Court of Appeal found that the two reports were admissible because they provided greater detail or shed additional light on the evidence adduced at trial. These grounds are inadequate to justify the admission of the reports, since they could justify the admission of a very broad range of additional evidence on appeal, which would be contrary to the *Palmer* criteria and the limited role of appellate courts in respect of sentencing. The reports should not have been admitted in evidence, since their probative value was not such that they might have affected the result if they had been adduced at trial with the other evidence. The probative value of an expert opinion depends on the amount and quality of admissible evidence on which it relies. Both the psychologist and the psychiatrist, whose report also does not meet the due diligence criterion, based their opinions on a version of the facts that was not established or adopted at trial.

For the reasons stated by the dissenting judge in the Court of Appeal, it is, however, appropriate to substitute a sentence of imprisonment of eight years and six months for the sentence imposed by the trial judge in view of the error he committed in sentencing.

Per Arbour J. (dissenting): The Court of Appeal was entitled to admit the reports. The trial judge fundamentally mischaracterized the principal crime of which the accused had been convicted in determining the just and

ner la sentence appropriée, le juge doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur l'accusé. Les critères de l'arrêt *Palmer* ne compromettent pas cet assouplissement des règles car les critères relatifs à l'admission d'une preuve nouvelle en appel n'ont pas trait aux sources et genres de preuve. Le critère de diligence raisonnable vise à protéger l'intérêt et l'administration de la justice et à sauvegarder le rôle des cours d'appel. Avant de recevoir une nouvelle preuve d'opinion en appel, il peut être nécessaire de déterminer le fondement de cette opinion et de vérifier si les faits à la base de l'opinion ont été prouvés et sont crédibles. Consentement ou pas, la production d'éléments de preuve nouveaux en appel n'est possible qu'avec la permission de la cour d'appel. Le consentement du ministère public ou l'absence de contestation peut légitimement être pris en considération par la cour d'appel, notamment lors de son évaluation de la pertinence, de la plausibilité et de la valeur probante de la nouvelle preuve.

En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a jugé que les deux rapports étaient admissibles parce qu'ils ajoutaient certains détails ou clarifiaient la preuve produite en première instance. Ces raisons ne sont pas suffisantes pour justifier l'admission des rapports, car elles pourraient justifier l'admission d'un éventail très large d'éléments de preuve supplémentaires en appel, ce qui serait contraire aux critères de l'arrêt *Palmer* et au rôle limité des cours d'appel en matière de détermination de la peine. Les rapports n'auraient pas dû être reçus en preuve car leur valeur probante n'était pas telle qu'ils auraient pu influencer sur le résultat s'ils avaient été présentés en première instance avec les autres éléments de preuve. La valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert dépend de la quantité et de la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée. Tant le psychologue que le psychiatre, dont le rapport ne respectait pas en outre le critère de diligence raisonnable, ont fondé leur opinion sur une version des faits qui n'a pas été établie ou retenue en première instance.

Pour les motifs exposés par le juge dissident en Cour d'appel, il y a lieu toutefois de substituer une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine imposée par le juge de première instance étant donné son erreur lors de la détermination de la peine.

Le juge Arbour (dissidente): La Cour d'appel pouvait admettre en preuve les rapports. Lorsqu'il a déterminé la peine juste et appropriée, le juge du procès a fondamentalement mal qualifié le crime principal dont

appropriate sentence, with the result that the Court of Appeal was, for all intents and purposes, required to sentence afresh. In these specific circumstances, it was for the Court of Appeal to equip itself, pursuant to its broad statutory discretion under s. 683(1) of the *Criminal Code*, with whatever evidence it deemed fit and necessary to decide the question of sentence. In view of the fundamental error committed by the trial judge, the principles governing the admission of fresh evidence in appeals against sentence articulated by the majority are not germane to the disposition of this appeal. Further, the majority's stringent application of *Lavallee* was disagreed with. The nature of the sentencing process, and of the statutory rules that govern it, contemplate that the sentencing court should have the benefit of the fullest possible information concerning the background of the offender, from the widest array of sources. It is therefore inappropriate to tie the probative value of evidence tendered under these rules to the probative value of evidence proffered at trial, and thus, more specifically, to assess the weight of an expert opinion on the basis of the quantity and quality of non-hearsay evidence introduced to support that opinion. A sentencing court must be entitled to receive and rely on any credible and trustworthy evidence which assists it in obtaining as complete an understanding of the offender as possible. The extent to which evidence presented on sentencing conflicts with the facts upon which the conviction was founded is a matter for the sentencing court to take into consideration, but is not, as such, a matter for exclusion of the evidence in question. Here it was open to the Court of Appeal to find both reports sufficiently credible and trustworthy to assist in the development of a fuller picture of the accused, based as they were on the experts' face-to-face psychological assessment and evaluation of the former.

Cases Cited

By Gonthier J.

Followed: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Hogan*

l'accusé avait été reconnu coupable, de sorte que la Cour d'appel a à toutes fins utiles dû déterminer à nouveau la peine. Dans ces circonstances particulières, il revenait à la Cour d'appel de se doter, en application du large pouvoir discrétionnaire que lui confère à cet égard le par. 683(1) du *Code criminel*, de tout élément de preuve qu'elle croyait utile et nécessaire pour statuer sur la question de la peine. Compte tenu de l'erreur fondamentale commise par le juge du procès, les principes régissant l'admission d'éléments de preuve nouveaux dans les appels relatifs à la peine, qu'ont énoncés les juges majoritaires, ne sont pas pertinents en ce qui concerne l'issue du présent pourvoi. En outre, il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à l'application stricte de l'arrêt *Lavallee*. La nature du processus de détermination de la peine ainsi que les règles légales qui régissent ce processus visent à assurer que le tribunal qui prononce la peine dispose des renseignements les plus complets possible sur les antécédents de l'accusé et que ces renseignements proviennent du plus large éventail de sources possible. Il n'est par conséquent pas approprié de lier la valeur probante des éléments de preuve produits en vertu de ces règles à la valeur probante des éléments de preuve produits au procès, et ainsi, plus précisément, de déterminer le poids à accorder à l'opinion d'un expert en se fondant sur la quantité et la qualité des éléments de preuve ne constituant pas du oui-dire qui ont été déposés au soutien de cette opinion. Le tribunal qui détermine une peine doit être autorisé à recevoir tout élément de preuve crédible et fiable qui l'aide à comprendre aussi complètement que possible la situation du délinquant, et à se fonder sur un tel élément. La mesure dans laquelle un élément de preuve présenté dans le cadre de la détermination de la peine est incompatible avec les faits sur lesquels repose la déclaration de culpabilité est un facteur qui doit être pris en considération par le tribunal chargé de déterminer la peine, mais qui ne justifie pas en soi l'exclusion de l'élément de preuve en question. En l'espèce, il était loisible à la Cour d'appel de considérer que les deux rapports étaient suffisamment crédibles et fiables pour l'aider à se faire une image plus complète de l'accusé, puisque ces rapports étaient fondés sur l'évaluation psychologique faite par les experts à la suite de leur rencontre avec l'accusé.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt suivi: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés:** *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c.*

(1979), 50 C.C.C. (2d) 439; *R. v. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224; *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Lemay* (1998), 127 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Gauthier*, [1996] Q.J. No. 952 (QL); *R. v. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343; *R. v. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278; *R. v. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Berry* (1997), 196 A.R. 398; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Lavallee, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 683, 687, 721 [rep. & sub. 1995, c. 22, s. 6; am. 1999, c. 25, s. 16], 722(2) [rep. & sub. 1995, c. 22, s. 6], 723(5) [*idem*], 724(1) [*idem*].

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1998), 130 C.C.C. (3d) 107, [1998] Q.J. No. 2680 (QL), J.E. 98-2019, allowing the accused's appeal against his sentence. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

Henri-Pierre Labrie and *Dannie Leblanc*, for the appellant.

Pauline Bouchard, for the respondent.

Hogan (1979), 50 C.C.C. (2d) 439; *R. c. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438; *R. c. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423; *R. c. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224; *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Lemay*, [1998] A.Q. n° 1947 (QL); *R. c. Gauthier*, [1996] A.Q. n° 952 (QL); *R. c. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343; *R. c. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278; *R. c. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Berry* (1997), 196 A.R. 398; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683, 687, 721 [abr. & rempl. 1995, ch. 22, art. 6; mod. 1999, ch. 25, art. 16], 722(2) [abr. & rempl. 1995, ch. 22, art. 6], 723(5) [*idem*], 724(1) [*idem*].

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1998), 130 C.C.C. (3d) 107, [1998] A.Q. n° 2680 (QL), J.E. 98-2019, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre sa sentence. Pourvoi accueilli, le juge Arbour est dissidente.

Henri-Pierre Labrie et *Dannie Leblanc*, pour l'appelante.

Pauline Bouchard, pour l'intimé.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ. delivered by

GONTHIER J. —

I. Issue

¹ This appeal concerns the rule that applies to the admission of fresh evidence on appeal from a sentence. In *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, this Court set out the principles governing the admission of fresh evidence on appeal from a verdict. In the case at bar, it must be determined whether the criteria that apply are the same for both types of appeal, and whether the majority of the Court of Appeal erred by admitting in evidence the two expert reports tendered by the respondent, despite the objections of the appellant.

II. Facts

² On June 22, 1996, the respondent and his two accomplices went to the home of the Fortier family intending to make off with large amounts of money that he believed were kept in a safe. While these three individuals were in the shed located behind the house, they were surprised by David Fortier, aged thirteen. After grabbing him and tying him up, the respondent questioned him about the location of the safe and the people who were in the house. He put a shotgun cartridge in his mouth, which he then taped shut, and threatened him several times, both verbally and with his gun. The respondent then left the shed, taking David, with his gun pointed at the boy's head, and escorted him towards the house. The two accomplices followed. Once the respondent was inside the house, he attacked Bertrand Fortier, David's father, as he sat watching television with his wife. A fight broke out and a shot was fired in the fray. While this was going on, the two accomplices fled and one of the Fortier boys called the police. Mr. Fortier ultimately wrestled the respondent to the ground and the police arrived shortly afterward.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Bastarache et Binnie a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. La question en litige

Le présent pourvoi soulève la question de la règle applicable à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence. Dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, notre Cour a énoncé les principes gouvernant l'admission d'une nouvelle preuve en appel d'un verdict. Il s'agit de déterminer en l'espèce si les critères applicables sont les mêmes pour les deux types d'appel et si la majorité de la Cour d'appel a erré en admettant en preuve les deux rapports d'expert présentés par l'intimé, en dépit des objections de l'appelante.

II. Les faits

Le 22 juin 1996, en compagnie de deux complices, l'intimé se rend à la résidence de la famille Fortier dans le but de s'emparer de fortes sommes d'argent qu'il croit gardées dans un coffre-fort. Alors qu'ils se trouvent dans la remise située derrière la maison, les trois individus sont surpris par David Fortier, un adolescent de treize ans. Après l'avoir agrippé et ligoté, l'intimé le questionne au sujet de l'emplacement du coffre-fort et des personnes qui sont dans la maison. Il lui met une cartouche de fusil dans la bouche, qu'il recouvre de ruban adhésif, et le menace à plusieurs reprises, tant verbalement qu'avec son arme. Par la suite, l'intimé sort de la remise avec David, son arme pointée sur la tête du jeune garçon, et se dirige avec lui vers la maison. Les deux complices les suivent. Une fois dans la maison, l'intimé se jette sur Bertrand Fortier, le père de David, alors que celui-ci regarde la télévision avec son épouse. Une bagarre éclate et un coup de feu est tiré pendant l'échauffourée. Pendant ce temps, les deux complices s'enfuient et un des fils Fortier appelle la police. Monsieur Fortier réussit finalement à maîtriser l'intimé au sol et les policiers arrivent sur les lieux peu de temps après.

On December 18, 1996, the respondent pleaded guilty to fifteen counts arising from the events of June 22, 1996. In appealing his sentence, the respondent is seeking to have three new reports admitted in evidence. The first, dated April 3, 1997, is entitled [TRANSLATION] "Psychological/psychiatric assessment report". This report was prepared by Marc Daigle, a psychologist, for Correctional Service Canada. The second report was written by Louis Morissette, a psychiatrist, at the respondent's request. It is dated March 17, 1998. The appellant objects to the admission of these two reports in evidence, but consents to the admission of the third report, which is by Jacques Bigras, a psychologist. That report is dated March 31, 1998, and was prepared for Correctional Service Canada at the end of a course taken by the respondent during his incarceration.

III. Relevant Legislation

The relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, are as follows:

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(a) order the production of any writing, exhibit or other thing connected with the proceedings;

(b) order any witness who would have been a compelling witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or,

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compelling witness;

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

Le 18 décembre 1996, l'intimé plaide coupable à quinze chefs d'accusation reliés aux événements survenus le 22 juin 1996. En appel de sa sentence, l'intimé cherche à faire admettre en preuve trois nouveaux rapports. Le premier, daté du 3 avril 1997, est intitulé «Compte rendu d'évaluation psychologique/psychiatrique». Il a été préparé par le psychologue Marc Daigle pour le compte des services correctionnels canadiens. Le second rapport a été rédigé par le psychiatre Louis Morissette à la demande de l'intimé. Il est daté du 17 mars 1998. L'appelante s'oppose à ce que ces deux rapports soient admis en preuve, mais elle consent à l'admission du troisième rapport, soit celui du psychologue Jacques Bigras. Ce dernier est daté du 31 mars 1998 et a été préparé pour le compte des services correctionnels canadiens au terme d'un cours entrepris par l'intimé dans le cadre de sa détention.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, se lisent ainsi:

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice:

a) ordonner la production de tout écrit, pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès:

(i) ou bien compareisse et soit interrogé devant la cour d'appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

IV. Proceedings

A. *Court of Québec, Criminal and Penal Division*, No. 505-01-008036-960, February 19, 1997

5 On December 18, 1996, the respondent pleaded guilty to charges of kidnapping, confinement, assault with a weapon, uttering threats, disguise with intent, pointing a firearm, possession of an unregistered restricted weapon, robbery, breaking and entering a dwelling-house, and conspiracy to commit robbery. After the guilty pleas were entered, Judge Yves Lagacé ordered that a presentence report be prepared pursuant to s. 721 of the *Criminal Code*. On February 19, 1997, after hearing submissions from both counsel and the testimony of Bernard Fortier, the accused's brother, the probation officer Philippe David, and the respondent himself, Judge Yves Lagacé sentenced the respondent to several terms of imprisonment to be served concurrently. The longest sentence was imprisonment for a term of ten years and six months on the kidnapping charge.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 2680 (QL)

6 On appeal, the respondent filed two motions seeking leave to adduce fresh evidence, in the form of the reports by Marc Daigle, a psychologist, and Louis Morissette, a psychiatrist. On April 6, 1998, a panel of three judges of the Court of Appeal (Beauregard, Gendreau and Baudouin J.J.A.) referred that request to the panel that would determine the application to appeal the sentence.

7 These motions were heard by Deschamps, Chamberland and Nuss J.J.A. on July 8, 1998. They unanimously allowed the application for leave to appeal, since in their view the trial judge had erred

IV. L'historique des procédures

A. *Cour du Québec, chambre criminelle et pénale*, n° 505-01-008036-960, 19 février 1997

Le 18 décembre 1996, l'intimé plaide coupable à des accusations d'enlèvement, de séquestration, d'agression armée, d'avoir proféré des menaces, de déguisement dans un dessein criminel, d'avoir braqué une arme à feu, de possession d'une arme à autorisation restreinte non enregistrée, de vol qualifié, d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et de complot en vue de commettre un vol qualifié. Suite aux plaidoyers de culpabilité, le juge Yves Lagacé demande la confection d'un rapport présentiel en vertu de l'art. 721 du *Code criminel*. Le 19 février 1997, après avoir entendu les représentations des deux procureurs et les témoignages de Bertrand Fortier, du frère de l'intimé, de l'agent de probation Philippe David et de l'intimé lui-même, le juge Yves Lagacé condamne ce dernier à plusieurs peines d'emprisonnement à être purgées de façon concurrente entre elles. La peine la plus sévère est une peine de dix ans et six mois d'emprisonnement pour le chef d'enlèvement.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1998] A.Q. n° 2680 (QL)

En appel, l'intimé dépose deux requêtes demandant l'autorisation de produire une nouvelle preuve, soit les rapports du psychologue Marc Daigle et du psychiatre Louis Morissette. Le 6 avril 1998, un banc de trois juges de la Cour d'appel (les juges Beauregard, Gendreau et Baudouin) défère cette requête au banc saisi de la requête pour permission d'en appeler de la sentence.

Le 8 juillet 1998, les requêtes sont entendues par les juges Deschamps, Chamberland et Nuss. Ils sont unanimes pour accueillir la requête en autorisation d'appel, car ils sont d'avis que le juge de

by comparing this case with cases involving hostage-taking for ransom in determining the appropriate sentence. That finding is not in issue in this appeal. The majority of the Court of Appeal also allowed the motions to adduce fresh evidence, Chamberland J.A. dissenting.

1. Deschamps J.A. (Nuss J.A. concurring)

After stating that the principles laid down in *Palmer, supra*, are to be applied more flexibly in criminal cases than in civil cases, and that the provisions governing the admission of fresh evidence on appeal are different, depending on whether the Court is ruling in respect of a verdict (s. 683 of the *Criminal Code*) or a sentence (s. 687 of the *Criminal Code*), Deschamps J.A. said that a liberal approach must be taken on an appeal from a sentence when the admissibility of fresh evidence is in dispute. At para. 12, she concluded: [TRANSLATION] “while the two sections [ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*] do not establish different rules, it is my view that at the very least the wording of s. 687 prescribes a flexible and liberal approach”.

Deschamps J.A. was of the opinion that the report prepared by the psychologist, Marc Daigle, met the requirements for admissibility. She noted that the appellant did not ask to have this assessment done and that the report was written less than two months after the probation officer’s report, which was submitted to the trial judge. In addition, the report could not have been tendered at trial, since the psychological assessment takes place after sentencing. She says at para. 15:

[TRANSLATION] While it is true that the appellant could have requested a separate expert opinion following receipt of the pre-sentence report, I cannot criticize him for failing to do so since, first, the appellant could not have foreseen that Mr. Daigle would have had an opinion diametrically opposed to that of Mr. David and, second, that would amount to encouraging competing expert opinions in cases where accused persons are dissatisfied with pre-sentence reports.

première instance a commis une erreur en comparant la présente affaire à des affaires de prise d’otage en vue d’obtenir une rançon pour déterminer quelle était la sentence appropriée. Cette conclusion n’est pas en cause dans le présent pourvoi. La majorité de la Cour d’appel accueille également les requêtes pour la production d’une nouvelle preuve. Le juge Chamberland est dissident.

1. Le juge Deschamps (avec l’appui du juge Nuss)

Après avoir souligné que les principes dégagés dans l’arrêt *Palmer*, précité, doivent être appliqués de façon plus souple en matière criminelle qu’en matière civile et que les dispositions régissant l’admission d’une nouvelle preuve en appel diffèrent selon que la Cour statue sur un verdict (art. 683 du *Code criminel*) ou sur une sentence (art. 687 du *Code criminel*), le juge Deschamps affirme qu’une attitude libérale doit être adoptée en appel d’une sentence lorsque l’admissibilité d’éléments de preuve nouveaux est litigieuse. Elle conclut au par. 12: «si les deux articles [art. 683 et 687 du *Code criminel*] n’autorisent pas des règles différentes, j’estime à tout le moins que le texte de l’article 687 dicte une approche souple et généreuse».

Le juge Deschamps est d’avis que le rapport préparé par le psychologue Marc Daigle satisfait aux conditions d’admissibilité. Elle note que l’appellant n’a pas demandé à être soumis à cette évaluation et que le rapport a été rédigé moins de deux mois après celui de l’agent de probation qui a été soumis au juge de première instance. De plus, le rapport n’aurait pas pu être produit en première instance, car l’évaluation psychologique est postérieure à l’imposition de la sentence. Elle affirme au par. 15:

S’il est vrai que l’appellant aurait pu demander une expertise distincte à la suite de la réception du rapport prédécisionnel, je ne peux lui reprocher de ne pas l’avoir fait car, premièrement, l’appellant ne pouvait prévoir que monsieur Daigle aurait une opinion diamétralement opposée à celle de monsieur David et, deuxièmement, ce serait encourager une enchère d’expertises dans les cas où les accusés ne sont pas heureux des rapports prédécisionnels.

Ultimately, Deschamps J.A. felt that it was in the interests of justice to admit the psychologist's report by Mr. Daigle in evidence, since [TRANSLATION] "it explains the appellant's past in greater detail and shows his personality from a perspective that was not evident in the trial record. Whereas the pre-sentence report refers to a significant probability of reoffending, the psychologist's report by Mr. Daigle states the opposite" (par. 16).

10 According to Deschamps J.A., the admissibility of the report prepared by the psychiatrist, Dr. Morissette, was more debatable. She commented that the report was prepared at the respondent's request and that thirteen months had intervened between sentencing and the preparation of the report. She also stated that the portion of the report in which Dr. Morissette responded to the probation officer's report did not carry much weight. Nonetheless, she determined that the report was admissible, since it shed additional light on Mr. Daigle's report.

11 In view of the error committed by the trial judge and in light of the fresh evidence, Deschamps J.A. substituted a sentence of five and a half years for the sentence of ten and a half years imposed by Judge Lagacé.

2. Chamberland J.A. (dissenting)

12 In the view of Chamberland J.A., the reports by Mr. Daigle and Dr. Morissette should not be admitted in evidence. It was his opinion that the respondent, by exercising minimal diligence, could have sought other opinions for the purpose of countering the probation officer's opinion concerning his personality and submitted them to the trial judge. At para. 31 he stated:

[TRANSLATION] I appreciate that the provisions governing fresh evidence differ depending whether the Court is being asked to rule as to guilt (section 683 Cr. C.) or the sentence (section 687 Cr. C.) but not, in my view, to the point that the Court must, unless there are completely exceptional circumstances (which are not found in the case at bar) or unless, of course, the other party consents, admit evidence that was readily available at trial (*R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Palmer*

En définitive, le juge Deschamps estime qu'il est dans l'intérêt de la justice que le rapport du psychologue Daigle soit admis en preuve, car «il fait ressortir avec plus de détails le passé de l'appelant et fait voir sa personnalité sous une perspective qui n'apparaissait pas au dossier de première instance. Alors que le rapport prédécisionnel fait état de probabilités de récidive importantes, le rapport du psychologue Daigle est à l'effet contraire» (par. 16).

Selon le juge Deschamps, l'admissibilité du rapport préparé par le psychiatre Morissette est plus discutable. Elle fait remarquer que le rapport a été préparé à la demande de l'intimé et qu'un délai de treize mois s'est écoulé entre l'imposition de la sentence et la préparation du rapport. En outre, elle affirme que la partie du rapport où le Dr Morissette réplique au rapport de l'agent de probation n'a pas beaucoup de poids. Néanmoins, elle juge le rapport admissible, car il apporte un éclairage additionnel au rapport du psychologue Daigle.

En raison de l'erreur commise par le juge de première instance et à la lumière de la nouvelle preuve, le juge Deschamps substitue une peine de cinq ans et demi à la peine de dix ans et demi imposée par le juge Lagacé.

2. Le juge Chamberland (dissident)

Le juge Chamberland estime que les rapports du psychologue Daigle et du psychiatre Morissette ne doivent pas être admis en preuve. À son avis, l'intimé aurait pu, avec un minimum de diligence, solliciter d'autres opinions afin de contredire l'opinion de l'agent de probation sur sa personnalité et les présenter au juge de première instance. Il conclut au par. 31:

Je comprends que la disposition régissant la nouvelle preuve diffère selon que la Cour est appelée à statuer sur la condamnation (article 683 C. cr.) ou sur la sentence (article 687 C. cr.) mais, à mon avis, pas au point où la Cour doive, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles (que le présent dossier ne recèle pas) ou à moins, bien sûr, que l'autre partie y consente, recevoir une preuve aisément disponible en première instance (*R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Palmer et Palmer c. R.*,

and *Palmer v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 759). In short, it is my view that the present adversarial debate concerning the appellant's personality should have been conducted at trial rather than on appeal.

In view of the error committed by the trial judge in sentencing, Chamberland J.A. would have substituted a sentence of imprisonment for eight years and six months for the sentence imposed by Judge Lagacé. He allowed the motion to submit fresh evidence for the sole purpose of admitting in evidence the report by Jacques Bigras, the psychologist.

V. Analysis

A. *The Criteria Laid Down in Palmer*

In *Palmer, supra*, this Court considered the discretion of a court of appeal to admit fresh evidence pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, the predecessor of s. 683. After emphasizing that, in accordance with the wording of s. 610, the overriding consideration must be "the interests of justice", McIntyre J. set out the applicable principles, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

In *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 410, Doherty J.A. wrote the following concerning these principles:

The last three criteria are conditions precedent to the admission of evidence on appeal. Indeed, the second and third form part of the broader qualitative analysis required by the fourth consideration. The first criterion,

[1980] 1 R.C.S. 759). En somme, je suis d'avis que le débat, ici contradictoire, sur la personnalité de l'appelant devait se faire en première instance, pas en appel.

Étant donné l'erreur commise par le juge de première instance lors de la détermination de la peine, le juge Chamberland substitue une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine prononcée par le juge Lagacé. Il accueille la requête pour la production d'une nouvelle preuve à la seule fin d'admettre en preuve le rapport du psychologue Jacques Bigras.

V. Analyse

A. *Les critères établis dans l'arrêt Palmer*

Dans l'arrêt *Palmer*, précité, notre Cour a examiné le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel d'admettre des éléments de preuve nouveaux en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*, soit le prédécesseur de l'art. 683. Après avoir souligné que, d'après le libellé de l'art. 610, la considération prépondérante doit être «l'intérêt de la justice», le juge McIntyre énumère les principes applicables à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Dans l'arrêt *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), à la p. 410, le juge Doherty écrit au sujet de ces principes:

[TRADUCTION] Les trois derniers critères constituent des conditions d'admissibilité d'éléments de preuve en appel. De fait, les deuxième et troisième critères font partie de l'analyse qualitative plus large requise par le

13

14

due diligence, is not a condition precedent to the admissibility of “fresh” evidence in criminal appeals, but is a factor to be considered in deciding whether the interests of justice warrant the admission of the evidence: *McMartin v. The Queen*, *supra*, at pp. 148-50; *R. v. Palmer*, *supra*, at p. 205.

In my view this is a good description of the way in which in the principles set out in *Palmer* interact.

15

This court was recently asked to apply these criteria in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579. In that case, the British Columbia Court of Appeal determined that the accused had not satisfied the due diligence criterion and refused to admit fresh evidence. At para. 51, Major J., for the majority, pointed out that due diligence is only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. In other words, failure to meet the due diligence criterion should not be used to deny admission of fresh evidence on appeal if that evidence is compelling and it is in the interests of justice to admit it.

B. Criteria Applicable to Appeals Against Sentence

16

Relying on the different wording of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code* and the fact that the words used in s. 687, in her view, convey [TRANSLATION] “a much more discretionary connotation” (para. 10), Deschamps J.A. expressed the view that the rules set out in *Palmer* are to be applied more flexibly in an appeal from a sentence. With respect, I do not share that view. Although the rules concerning sources and types of evidence are more flexible in respect of sentence, the criteria for admitting fresh evidence on appeal are the same, regardless of whether the appeal relates to a verdict or a sentence.

17

For purposes of comparison, I will reproduce again the relevant passages of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*:

quatrième facteur. Le premier critère, celui de la diligence raisonnable, n’est pas un préalable à l’admissibilité d’éléments de preuve «nouveaux» dans les appels en matière criminelle; il est plutôt un facteur qui doit être pris en considération pour décider si l’intérêt de la justice justifie l’admission de l’élément de preuve: *McMartin c. The Queen*, précité, aux pp. 148 à 150; *R. c. Palmer*, précité, à la p. 205.

J’estime qu’il s’agit d’une bonne description de la façon dont les principes énumérés dans l’arrêt *Palmer* interagissent.

Notre Cour a été appelée récemment à appliquer ces critères dans l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579. Dans cette affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait jugé que l’accusé n’avait pas satisfait au critère de diligence raisonnable et avait refusé d’admettre la nouvelle preuve. Le juge Major, pour la majorité, rappelle au par. 51 que la diligence raisonnable n’est qu’un facteur parmi d’autres et que son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d’autres circonstances. Autrement dit, le défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable ne devrait pas être retenu pour écarter l’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel si ceux-ci sont convaincants et s’il est dans l’intérêt de la justice de les admettre.

B. Critères applicables aux appels de sentence

Se fondant sur le libellé différent des art. 683 et 687 du *Code criminel* et sur le fait que les mots utilisés à l’art. 687 sont, selon elle, «à connotation beaucoup plus discrétionnaire» (par. 10), le juge Deschamps exprime l’opinion que les règles énoncées dans l’arrêt *Palmer* sont assouplies en appel d’une sentence. Avec égards, je ne partage pas cet avis. Bien que les règles relatives aux sources et genres de preuve soient assouplies en matière de sentence, les critères d’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel sont les mêmes que l’appel porte sur un verdict ou une sentence.

Pour fins de comparaison, je reproduis à nouveau les passages pertinents des art. 683 et 687 du *Code criminel*:

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice, . . .

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive, . . . [Emphasis added.]

At first glance, it seems to me that the applicable criterion is not different: see *R. v. Hogan* (1979), 50 C.C.C. (2d) 439 (N.S.C.A.), at p. 449; and *R. v. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), at p. 27. If a court of appeal thinks fit to admit fresh evidence, it will do so because it is in the interests of justice to admit it. Furthermore, I do not see how the discretion conferred on courts of appeal by s. 687 could be broader than the discretion conferred by s. 683 since, if such were the case, courts of appeal could exercise their discretion in a manner contrary to the interests of justice. However, it is assumed that the legislator did not intend statutes to apply in a way contrary to justice: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 373. Like McIntyre J. in *Palmer*, *supra*, at p. 775, I believe that the overriding consideration must be the interests of justice, regardless of whether the appeal is from a verdict or a sentence.

In any case, it is my belief that the criteria stated by this Court in *Palmer* already call for a relaxed and flexible application and could hardly be relaxed any further. In accordance with the last three criteria, a court of appeal may admit only evidence that is relevant and credible, and could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. If these criteria were made more flexible, it would be open to a court of appeal to accept evidence that was not relevant or credible, and that could not reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result to which they led at trial. In my view, it would serve no purpose and be contrary to

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice: . . .

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir: . . . [Je souligne.]

À première vue, le critère applicable ne me semble pas être différent: voir *R. c. Hogan* (1979), 50 C.C.C. (2d) 439 (C.A.N.-É.), à la p. 449; et *R. c. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), à la p. 27. Si une cour d'appel croit utile de recevoir une preuve nouvelle, c'est qu'elle estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la recevoir. De plus, je vois mal comment le pouvoir discrétionnaire conféré aux cours d'appel à l'art. 687 pourrait être plus large que celui conféré à l'art. 683, car, s'il en était ainsi, les cours d'appel pourraient exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une façon qui est contraire à l'intérêt de la justice. Or, on ne peut présumer que le législateur a voulu faire des lois dont l'application conduirait à des conséquences contraires à la justice: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), à la p. 562. À l'instar du juge McIntyre dans *Palmer*, précité, à la p. 775, je crois qu'il faut donner prépondérance à l'intérêt de la justice, et ce, peu importe que l'appel porte sur un verdict ou une sentence.

En tout état de cause, je crois que les critères établis par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* commandent déjà une application souple et flexible et peuvent difficilement être assouplis davantage. Conformément aux trois derniers critères, une cour d'appel ne peut admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu'ils auraient influé sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. Assouplir ces critères aurait pour conséquence qu'une cour d'appel pourrait recevoir des éléments de preuve qui sont non pertinents, invraisemblables et qui n'auraient pas pu influencer sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance.

the interests of justice to introduce this kind of flexibility.

19

Failure to satisfy the first criterion, due diligence, is not always fatal. As Major J. said in *Warsing, supra*, at para. 51:

It is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission.

This passage clearly shows that the due diligence criterion must be applied flexibly. In my view, it is not necessary to make it more flexible in the context of appeals from sentence. While due diligence is not a necessary prerequisite for the admission of fresh evidence on appeal, it is an important factor that must be taken into account in determining whether it is in the interests of justice to admit or exclude fresh evidence. As Doherty J.A. said in *M. (P.S.)*, *supra*, at p. 411:

While the failure to exercise due diligence is not determinative, it cannot be ignored in deciding whether to admit "fresh" evidence. The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused's interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of

J'estime qu'un tel assouplissement ne servirait à rien et serait contraire à l'intérêt de la justice.

Pour ce qui est du premier critère, soit le critère de diligence raisonnable, le défaut d'y satisfaire n'est pas toujours fatal. Comme le juge Major l'a affirmé dans *Warsing*, précité, au par. 51:

Il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu'un facteur parmi d'autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d'autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l'admission.

Ce passage démontre clairement que le critère de diligence raisonnable doit être appliqué de façon souple et flexible. À mon avis, il n'est pas nécessaire de l'assouplir davantage dans le contexte des appels de sentence. Même si la diligence raisonnable n'est pas une condition essentielle à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, il s'agit d'un facteur important dont il faut tenir compte pour déterminer s'il est dans l'intérêt de la justice de recevoir ou non une nouvelle preuve. Comme le dit le juge Doherty dans l'affaire *M. (P.S.)*, précitée, à la p. 411:

[TRADUCTION] Bien que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable ne soit pas un facteur déterminant, il ne saurait en être fait abstraction dans la détermination de l'admissibilité d'un élément de preuve «nouveau». L'intérêt de la justice mentionné à l'art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l'intérêt qu'a l'accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l'intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l'appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s'est produit au procès. L'alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d'appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d'appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S'il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu'une partie réussirait à recueillir d'autres éléments de preuve avant l'audition de l'appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l'admission

“fresh” evidence on appeal has been stressed: *McMartin v. The Queen*, *supra*, at p. 148.

The due diligence criterion is designed to preserve the integrity of the process and it must be accorded due weight in assessing the admissibility of “fresh” evidence on appeal.

In my view, these considerations are equally relevant in the context of an appeal from sentence. Accordingly, due diligence in producing fresh evidence is a factor that must be taken into account in an appeal from sentence, on the same basis as the other three criteria set out in *Palmer*.

While the admission of fresh evidence in an appeal from a sentence cannot lead to a new trial, unlike admission of fresh evidence in an appeal from a verdict (see the wording of ss. 687 and 683 of the *Criminal Code*), I do not believe that this difference justifies the application of different tests. The integrity of the criminal process and the role of appeal courts could be jeopardized by the routine admission of fresh evidence on appeal, since this would create a two-tier sentencing system. That kind of system would be incompatible with the high standard of review applicable to appeals from sentences and the underlying “profound functional justifications”: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91. Despite the fresh evidence, the sentencing judge, unlike the appeal judge, has the benefit of being able to directly assess the other evidence, the testimony and the submissions of the parties, as well as being familiar with the needs and current conditions of and in the community where the crime was committed: see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91. Furthermore, appeal courts are not the appropriate forum in which to determine questions of fact, and they should do so only when the fresh evidence presents certain characteristics such as would justify expanding their traditional role. This Court has already identified those characteristics, in *Palmer*. In my view, whether the appeal relates to a verdict or a sentence, the criteria laid down by this Court in *Palmer* are the criteria that are to be applied

d’éléments de preuve «nouveaux» en appel a été souligné: *McMartin c. The Queen*, précité, à la p. 148.

Le critère de la diligence raisonnable vise à préserver l’intégrité du processus, et il faut lui accorder le poids qui convient dans la détermination de l’admissibilité d’éléments de preuve «nouveaux» en appel.

Selon moi, ces considérations sont également pertinentes dans le contexte d’un appel d’une sentence. Par conséquent, la diligence raisonnable à produire une nouvelle preuve est un facteur dont il faut tenir compte lors d’un appel de sentence, au même titre que les trois autres critères énumérés dans l’arrêt *Palmer*.

Il est vrai que l’admission d’une preuve nouvelle en appel d’une sentence ne peut pas engendrer la tenue d’un nouveau procès, contrairement à l’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel d’un verdict: voir le libellé des art. 687 et 683 du *Code criminel*. Néanmoins, je ne crois pas que cette différence justifie l’application de critères différents. L’intégrité du processus en matière pénale de même que le rôle des cours d’appel pourraient être menacés par l’admission d’éléments de preuve nouveaux de façon routinière en appel, car un système de détermination de la peine à deux niveaux serait ainsi créé. Un tel système à deux niveaux serait incompatible avec la norme de contrôle élevée applicable aux appels de sentence et les «profondes justifications fonctionnelles» qui la sous-tendent: voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 91. En effet, malgré la nouvelle preuve, le juge qui a infligé la peine, contrairement au juge d’appel, a l’avantage d’avoir pu apprécier directement les autres éléments de preuve, les témoignages et les observations présentées par les parties, en plus de bien connaître les besoins de la communauté où le crime a été commis et les conditions qui y règnent: voir *M. (C.A.)*, précité, au par. 91. Par ailleurs, les cours d’appel ne sont pas le forum approprié pour trancher des questions de fait et elles ne devraient le faire que lorsque la nouvelle preuve possède certaines caractéristiques justifiant l’élargissement de leur rôle traditionnel. Notre Cour a déjà identifié ces caractéristiques dans l’arrêt *Palmer*. À mon avis, peu importe que l’appel porte sur un verdict ou une sentence, les critères énumérés par notre Cour dans

where a court of appeal is determining whether to admit fresh evidence.

Palmer sont les critères applicables lorsqu'une cour d'appel détermine si elle doit recevoir des éléments de preuve nouveaux.

21

In addition to citing the different wording of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*, Deschamps J.A. refers to cases decided in other provinces. A number of courts of appeal have considered the issue of admission of fresh evidence on an appeal from a sentence: see *R. v. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438 (Ont. C.A.); *Hogan, supra*; *R. v. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423 (Alta. C.A.); *R. v. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224 (C.A.); *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Lemay* (1998), 127 C.C.C. 528 (3d) (Que. C.A.); *R. v. Gauthier*, [1996] Q.J. No. 952 (QL) (C.A.); *R. v. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343 (C.A.); *Edwards, supra*; *R. v. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278 (N.S.C.A.); and *R. v. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439 (Ont. C.A.). Some courts of appeal have maintained that the criteria to be applied are the same, whether the appeal relates to a verdict or a sentence: see *Hogan, supra*, at p. 449, and *Edwards, supra*, at p. 27. Others have stated that the rules relating to the admission of fresh evidence were applied more flexibly or informally in the context of an appeal from a sentence: see *Hogan, supra*, at p. 453; *Langille, supra*; *Edwards, supra*, at p. 28; and *Riley, supra*, at p. 283. However, a careful review of the jurisprudence reveals that, far from applying different criteria, courts of appeal have invariably applied the criteria set out in *Palmer*, whether expressly or by implication (for examples of the application of the due diligence criterion, see *Lockwood, Hogan, Irwin, Langille, Edwards* and *Mesgun*; for examples of the application of the relevance criterion, see *Edwards* and *Lemay*; and for an example of the application of the criteria relating to credibility and effect on the result, see *Langille*). In addition, as I have already explained, it is neither desirable nor really possible to relax the rule laid down in *Palmer*, in view of its inherent flexibility and the requirements associated with the interests of justice.

En plus d'invoquer le libellé différent des art. 683 et 687 du *Code criminel*, le juge Deschamps fait référence à la jurisprudence des autres provinces. Plusieurs cours d'appel se sont penchées sur la question de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence: voir *R. c. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438 (C.A. Ont.); *Hogan*, précité; *R. c. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423 (C.A. Alta.); *R. c. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224 (C.A.); *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Lemay*, [1998] A.Q. n° 1947 (QL) (C.A.); *R. c. Gauthier*, [1996] A.Q. n° 952 (QL) (C.A.); *R. c. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343 (C.A.); *Edwards*, précité; *R. c. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278 (C.A.N.-É.); et *R. c. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439 (C.A. Ont.). Certaines cours d'appel ont soutenu que les critères applicables étaient les mêmes, que l'appel porte sur un verdict ou une sentence: voir *Hogan*, précité, à la p. 449, et *Edwards*, précité, à la p. 27. D'autres ont affirmé que les règles relatives à l'admission d'éléments de preuve nouveaux étaient appliquées de façon plus souple ou informelle dans le contexte d'un appel d'une sentence: voir *Hogan*, précité, à la p. 453; *Langille*, précité; *Edwards*, précité, à la p. 28; et *Riley*, précité, à la p. 283. Toutefois, un examen attentif de la jurisprudence révèle que loin d'appliquer des critères différents, les cours d'appel ont invariablement appliqué les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*, que ce soit de façon implicite ou explicite (pour des exemples d'application du critère de diligence raisonnable, voir *Lockwood, Hogan, Irwin, Langille, Edwards* et *Mesgun*; pour des exemples d'application du critère de pertinence, voir *Edwards* et *Lemay*; et pour un exemple d'application des critères de plausibilité et d'influence sur le résultat, voir *Langille*). Par ailleurs, comme je l'ai expliqué ci-dessus, un assouplissement de la règle établie dans l'arrêt *Palmer* n'est ni souhaitable ni vraiment possible, étant donné sa souplesse inhérente et les exigences reliées à l'intérêt de la justice.

I therefore find that the criteria set out in *Palmer* are applicable to applications to tender fresh evidence in an appeal from a sentence. Before applying these criteria to the two reports in the case at bar, I believe it is worthwhile to briefly discuss the concepts of admissibility and probative value in the context of the admission of fresh evidence on appeal, as well as certain specific characteristics of the sentencing process.

C. *The Concepts of Admissibility and Probative Value*

In the law of evidence, admissibility and probative value are two separate concepts: see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 192 (McIntyre J.) and 203 (Lamer J.). The general principle that applies in respect of admissibility is that relevant evidence is admissible unless it is subject to any exclusionary rule: see *Morris*, *supra*, at p. 201, and J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 23. The probative value of admissible evidence is a question for the trier of fact: *Morris*, *supra*, at p. 193 (McIntyre J.).

In the context of the admission of fresh evidence on appeal, however, the concepts of admissibility and probative value overlap. To be admissible, it is not sufficient that the fresh evidence meet the prerequisite of relevance. It must also be credible and such that it could, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. Accordingly, the probative value of the fresh evidence must, to some degree, be reviewed by a court of appeal when it is determining the admissibility of the fresh evidence. The question to be considered was expressed as follows by McIntyre J. in *Palmer*, *supra*, at pp. 776-77:

If presented to the trier of fact and believed, would the [fresh] evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? [Emphasis added.]

Je conclus donc que les critères énumérés dans l'arrêt *Palmer* sont applicables aux requêtes en production d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence. Avant d'appliquer ces critères aux deux rapports en cause en l'espèce, j'estime qu'il est utile de discuter brièvement des concepts d'admissibilité et de valeur probante dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, ainsi que de certaines particularités du processus de détermination de la peine.

C. *Les concepts d'admissibilité et de valeur probante*

En droit de la preuve, les notions d'admissibilité et de valeur probante sont deux concepts distincts: voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 192 (le juge McIntyre) et 203 (le juge Lamer). Le principe général applicable en matière d'admissibilité est qu'un élément de preuve pertinent est admissible, sauf s'il est assujéti à une règle d'exclusion: voir *Morris*, précité, à la p. 201, et J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 23. Il appartient au juge des faits de déterminer la valeur probante qui doit être attribuée aux éléments de preuve admissibles: *Morris*, précité, à la p. 193 (le juge McIntyre).

Dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, cependant, les concepts d'admissibilité et de valeur probante se chevauchent. En effet, pour être admissible, il n'est pas suffisant qu'une preuve nouvelle rencontre l'exigence liminaire de pertinence. Elle doit également être plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Par conséquent, la valeur probante des éléments de preuve nouveaux doit, dans une certaine mesure, être examinée par une cour d'appel lorsqu'elle détermine l'admissibilité d'une preuve nouvelle. La question à se poser a été formulée ainsi par le juge McIntyre dans *Palmer*, précité, à la p. 777:

Si [la preuve nouvelle] est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? [Je souligne.]

22

23

24

See also *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 491, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, at pp. 491-92. The assessment of the probative value of the fresh evidence is, however, limited, since after determining that the evidence is credible, the court of appeal must assume that the trial judge would have believed it. If the fresh evidence is admitted, the court of appeal must again consider its probative value as well as the probative value of all the other evidence in order to determine whether the sentence imposed by the trial judge was “demonstrably unfit”: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paras. 46 and 50; *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 90; and *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 125.

25

Determining the probative value of fresh evidence on appeal may be a difficult task, since the evidence has not been put to the test of cross-examination or rebuttal at trial. Some courts of appeal express reluctance when they are asked to admit fresh evidence containing information which the adverse party has not been able to verify. In *Riley*, *supra*, at p. 284, Pugsley J.A. wrote, for the majority of the Nova Scotia Court of Appeal:

The panel was concerned, however, about the manner in which critical information was presented to the court by defence counsel and the lack of opportunity afforded to the Crown to assess, let alone contest the information.

See also *Archibald*, *supra*. In my view, where fresh evidence is challenged, or where its probative value is in dispute, it is desirable that it be tested before being admitted, primarily for two reasons: (1) this facilitates the determination of the probative value of the fresh evidence, and (2) this is fairer to the party objecting to the admission of the fresh evidence. This “testing” can be done in a number of ways. In *Riley*, for example, the Nova Scotia Court of Appeal gave the Crown the opportunity to file affidavits in response to those submitted by the accused. Courts of appeal may also, for example, allow cross-examination of a witness or submission of expert evidence in response to fresh expert evidence. In other words, they can do

Voir également *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, à la p. 491, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, aux pp. 491 et 492. L'évaluation de la valeur probante de la preuve nouvelle est toutefois limitée, car, après avoir conclu que la preuve est plausible, la cour d'appel doit présumer que le juge de première instance y aurait ajouté foi. Si la preuve nouvelle est admise, la cour d'appel doit à nouveau considérer sa valeur probante ainsi que celle de tous les autres éléments de preuve afin de déterminer si la peine imposée en première instance est «manifestement inappropriée»: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, aux par. 46 et 50; *M. (C.A.)*, précité, au par. 90; et *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, au par. 125.

Déterminer la valeur probante d'éléments de preuve nouveaux en appel peut s'avérer une tâche difficile, car ceux-ci n'ont pas subi l'épreuve du contre-interrogatoire ou de la réfutation en première instance. Certaines cours d'appel expriment des réticences lorsqu'on leur demande d'admettre des éléments de preuve nouveaux qui contiennent des informations qui n'ont pas pu être vérifiées par l'autre partie. Dans l'affaire *Riley*, précitée, à la p. 284, le juge Pugsley écrit pour la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] La formation a des réserves, toutefois, relativement à la façon dont des renseignements cruciaux ont été présentés à la cour par l'avocat de la défense et au fait que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'apprécier ces renseignements et encore moins de les contester.

Voir également l'arrêt *Archibald*, précité. À mon avis, lorsque des éléments de preuve nouveaux sont contestés, ou lorsque le débat porte sur leur valeur probante, il est souhaitable qu'ils soient mis à l'épreuve avant d'être admis, et ce, principalement pour deux raisons: (1) cela facilite la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve et (2) cela est plus équitable à l'endroit de la partie qui s'oppose à l'admission de la nouvelle preuve. Cette «mise à l'épreuve» peut se faire de plusieurs façons. Dans l'affaire *Riley*, par exemple, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a donné à la Couronne l'occasion de produire des affidavits en réponse aux affidavits présentés par l'accusé. Les cours d'appel peuvent également permettre, par

everything that the powers conferred on them by s. 683 of the *Criminal Code* permit them to do. Courts of appeal may exercise the powers set out in s. 683 of the *Criminal Code*, in both an appeal from a sentence and an appeal from a verdict: for an example of the application of s. 683 in an appeal from a sentence, see *R. v. Berry* (1997), 196 A.R. 398 (C.A.), at pp. 400-401.

A party who wishes to tender evidence in response to fresh evidence, cross-examine the deponent of an affidavit or an expert, or challenge the fresh evidence in any other way should make a formal motion to the court of appeal for that purpose. It is not sufficient, as occurred in this case, to say during argument on the merit of the motion to introduce fresh evidence, that a party would have liked to cross-examine the authors of the reports. In my view, the appellant cannot rely on the fact that there was no cross-examination to argue that the fresh evidence should not have been admitted, since it was up to the appellant to seek leave from the court of appeal, at the appropriate time, to cross-examine the authors of the reports in dispute.

Nonetheless, the failure to put the fresh evidence to the test is not fatal and does not make it automatically admissible or inadmissible. To be admissible on appeal, fresh evidence must satisfy the criteria set out in *Palmer*. Despite its not having been tested, the court of appeal must assess the *prima facie* relevance, credibility and probative value of the fresh evidence. It must determine whether the fresh evidence has such probative force that if presented to the trial judge and believed it could be expected to have affected the result. In the case of an expert opinion, the probative value to be assigned to it is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 897.

exemple, le contre-interrogatoire d'un témoin ou la production d'une preuve d'expert en réponse à une nouvelle preuve d'expert. Bref, elles peuvent faire tout ce que les pouvoirs qui leur sont conférés à l'art. 683 du *Code criminel* leur permettent de faire. En effet, les cours d'appel peuvent exercer les pouvoirs énumérés à l'art. 683 du *Code criminel* tant en appel d'une sentence qu'en appel d'un verdict: pour un exemple d'application de l'art. 683 lors d'un appel de sentence, voir *R. c. Berry* (1997), 196 A.R. 398 (C.A.), aux pp. 400 et 401.

La partie qui désire produire une preuve en réponse à la nouvelle preuve, contre-interroger un affiant ou un expert ou contester de toute autre façon la nouvelle preuve devrait présenter une requête formelle en ce sens à la cour d'appel. Il n'est pas suffisant, comme cela s'est produit en l'espèce, de mentionner au moment des plaidoiries sur le mérite de la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux que l'on aurait souhaité contre-interroger les auteurs des rapports. L'appelante ne peut pas, à mon avis, invoquer l'absence de contre-interrogatoire pour soutenir que la nouvelle preuve n'aurait pas dû être admise, car il lui appartenait de demander à la cour d'appel, en temps voulu, l'autorisation de contre-interroger les auteurs des rapports contestés.

Néanmoins, le défaut de mettre une preuve nouvelle à l'épreuve n'est pas fatal et ne la rend pas automatiquement admissible ou inadmissible. Pour être admissible en appel, un élément de preuve nouveau doit rencontrer les critères établis dans l'arrêt *Palmer*. Malgré l'absence de mise à l'épreuve, la cour d'appel doit évaluer quelles sont, à première vue, la pertinence, la plausibilité et la valeur probante de la preuve nouvelle. Elle doit déterminer si la nouvelle preuve a une force probante telle qu'elle aurait influé sur le résultat si elle avait été présentée au juge de première instance et que celui-ci lui avait ajouté foi. Dans le cas de l'opinion d'un expert, la valeur probante à accorder est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 897.

26

27

28 To summarize, the probative value of fresh evidence must be considered in order to determine whether it is admissible on appeal. To facilitate determination of the probative value of fresh evidence, it is desirable that it be tested by the party challenging it. For this purpose, that party should make a formal motion to the court of appeal and explain how it wishes to test the fresh evidence. Failure by a party to test fresh evidence does not relieve a court of appeal from applying the criteria established in *Palmer*.

29 The application of those criteria in the context of an appeal from a sentence will inevitably be influenced by the specific characteristics of the sentencing process, even though the criteria for the admission of fresh evidence remain fundamentally the same. I will now briefly consider some of these specific characteristics and their interaction with the *Palmer* criteria.

D. Application of the Criteria in the Context of an Appeal Against Sentence

30 As pointed out by Macdonald J.A. in *Langille, supra*, the strict rules of a trial do not apply to a sentencing hearing. For example, hearsay evidence may be accepted at the sentencing stage where found to be credible and trustworthy; see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414. This relaxation of the rules is explained by the fact that the judge must determine the appropriate sentence for the accused, and to do so must have as much information as possible about him. In my view, the *Palmer* criteria do not compromise the more flexible nature of the rules relating to the sources and types of evidence on which judges may base their sentences. The criteria concerning the admission of fresh evidence on appeal do not relate to the sources and types of evidence and do not demand that the strict rules of a trial apply to fresh evidence proffered on an appeal from a sentence. To be admissible, the fresh evidence need only be relevant and credible and, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The purpose of the due diligence criterion is to protect the interests and the

En résumé, la valeur probante d'un élément de preuve nouveau doit être considérée afin de déterminer son admissibilité en appel. Afin de faciliter la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve, il est souhaitable que la partie qui la conteste la mette à l'épreuve. Pour ce faire, elle devrait faire une requête formelle à la cour d'appel et préciser de quelle façon elle souhaite mettre la nouvelle preuve à l'épreuve. Le défaut d'une partie de mettre un élément de preuve nouveau à l'épreuve ne dispense pas une cour d'appel de l'application des critères établis dans l'arrêt *Palmer*.

L'application de ces critères dans le contexte d'un appel de sentence sera inévitablement teintée par les particularités propres au processus de détermination de la peine, même si, à la base, les critères d'admission d'une preuve nouvelle demeurent les mêmes. Je vais maintenant examiner brièvement quelques-unes de ces particularités et leur interaction avec les critères de l'arrêt *Palmer*.

D. Application des critères dans le contexte d'un appel de sentence

Comme le souligne le juge Macdonald dans l'affaire *Langille*, précitée, les règles strictes du procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence. Par exemple, le juge peut recevoir des éléments de preuve par ouï-dire à l'étape de la détermination de la peine s'ils sont crédibles et fiables; voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 414. Cet assouplissement des règles s'explique par le fait qu'un juge doit déterminer la sentence appropriée en fonction de l'accusé et que, pour ce faire, il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur celui-ci. À mon avis, les critères de l'arrêt *Palmer* ne compromettent pas cet assouplissement des règles quant aux sources et genres de preuve sur lesquels un juge peut fonder sa sentence. En effet, les critères relatifs à l'admission d'une preuve nouvelle en appel n'ont pas trait aux sources et genres de preuve et ne commandent pas que les règles strictes du procès s'appliquent aux éléments de preuve nouveaux soumis en appel d'une sentence. Pour être admissible, la preuve nouvelle doit seulement être pertinente, plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle

administration of justice and to preserve the role of appeal courts: see: *M. (P.S.)*, *supra*.

Another specific characteristic of the sentencing process that should be emphasized is the importance of opinion evidence. At the sentencing stage, judges must often consider reports prepared by probation officers, correctional service officers, psychologists or psychiatrists reporting their opinions concerning the personality of the accused, and his or her chances of rehabilitation and risk of reoffending. As I have already noted, the probative value to be assigned to an expert opinion is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies: *Lavallee*, *supra*, at p. 897. Accordingly, before admitting new opinion evidence on appeal, it may be necessary to determine the basis of that opinion (for example, the version of events relied on by the expert, the documents he or she consulted, and so forth) and to establish whether the facts on which the opinion is based have been proven and are credible.

Quite often, fresh evidence submitted to an appeal court in the context of an appeal from a sentence relates to events subsequent to the sentence, or consists of information from the penitentiary administration relating to an accused's progress in terms of adjustment and rehabilitation: see, for example, *Archibald*, *Lemay*, *Gauthier*, *McDow*, *Riley* and *Mesgun*. It is frequently the case that the Crown consents to the introduction of this fresh evidence, since the facts reported are seldom controversial: see *Edwards*, *supra*, at p. 28; *Gauthier*, *supra*, at para. 14; *McDow*, *supra*, at para. 18; *Mesgun*, *supra*, at para. 8; and C. Ruby, *Sentencing* (5th ed. 1999), at p. 607. In the case at bar, the appellant consented to the production of the report by Jacques Bigras, the psychologist. It is important to bear in mind that whether or not consent is given, the production of fresh evidence on appeal is possible only with the leave of the court of appeal: *Hogan*, *supra*, at p. 448. Evidence

avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Le critère de diligence raisonnable, quant à lui, vise à protéger l'intérêt et l'administration de la justice et à sauvegarder le rôle des cours d'appel: voir *M. (P.S.)*, précité.

Une autre particularité du processus de détermination de la peine qu'il vaut la peine de souligner est l'importance de la preuve d'opinion. À l'étape de l'imposition de la sentence, le juge est souvent appelé à consulter des rapports préparés par des agents de probation, des agents des services correctionnels, des psychologues ou des psychiatres faisant état de leur opinion quant à la personnalité de l'accusé, ses chances de réhabilitation et les risques de récidive. Comme je l'ai noté plus tôt, la valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée: *Lavallee*, précité, à la p. 897. Par conséquent, avant de recevoir une nouvelle preuve d'opinion en appel, il peut être nécessaire de déterminer le fondement de cette opinion (par exemple, la version des événements sur laquelle l'expert s'est fondé, les documents qu'il a consultés, etc.) et de vérifier si les faits à la base de l'opinion ont été prouvés et sont crédibles.

Bien souvent, les éléments de preuve nouveaux soumis à une cour d'appel dans le contexte d'un appel de sentence portent sur des événements postérieurs à la sentence ou constituent des informations de l'administration pénitentiaire concernant la démarche de réadaptation et de réhabilitation d'un accusé: voir par exemple les affaires *Archibald*, *Lemay*, *Gauthier*, *McDow*, *Riley* et *Mesgun*. Il arrive fréquemment que la Couronne consente à la production de ces éléments de preuve nouveaux, car les faits rapportés prêtent rarement à controverse: voir *Edwards*, précité, à la p. 28; *Gauthier*, précité, au par. 14; *McDow*, précité, au par. 18; *Mesgun*, précité, au par. 8; et C. Ruby, *Sentencing* (5^e éd. 1999), à la p. 607. En l'espèce, l'appelante a consenti à la production du rapport du psychologue Jacques Bigras. Il est important de rappeler que consentement ou pas, la production d'éléments de preuve nouveaux en appel n'est possible qu'avec la permission de la

31

32

relating to events subsequent to the sentence or an accused's rehabilitation process normally meet the due diligence criterion, since by their very nature they were not available at the time of sentencing. However, in order to be found to be admissible, the evidence must also satisfy the other criteria, particularly the criterion relating to the likelihood that the result would be affected. The court of appeal may properly take into account the fact that the Crown has consented or that admission is uncontested particularly when assessing the relevance, credibility and probative value of fresh evidence.

33

Having completed my review of the concepts of admissibility and probative value and of the specific characteristics of the sentencing process, I now turn to the application of the *Palmer* criteria to the two reports in question in the instant case.

E. Application to the Case at Bar

34

In this case, the majority of the Court of Appeal found (at para. 16) that the report by the psychologist, Mr. Daigle, was admissible because it explained the respondent's past in greater detail and showed his personality from a perspective that was not evident in the trial record. The report by the psychiatrist, Dr. Morissette, was admitted in evidence because it shed additional light on Mr. Daigle's report (para. 17). In my opinion, these grounds are inadequate to justify the admission of those two reports, since they could justify the admission of a very broad range of additional evidence on appeal. Furthermore, the admission of any evidence on appeal which merely adds certain details to or clarifies the evidence adduced at trial would be contrary to the *Palmer* criteria and the limited role of appellate courts in respect of sentencing.

35

In my view, neither of these two reports should have been admitted in evidence. It is worthwhile to

cour d'appel: *Hogan*, précité, à la p. 448. Les éléments de preuve portant sur des événements postérieurs à la sentence ou sur la démarche de réadaptation et de réhabilitation d'un accusé rencontrent généralement le critère de diligence raisonnable, car, de par leur nature même, ils n'étaient pas disponibles au moment du prononcé de la sentence. Toutefois, pour être jugée admissible, la preuve doit également rencontrer les autres critères, notamment celui d'être susceptible d'influer sur le résultat. Le consentement de la Couronne ou l'absence de contestation peut légitimement être pris en considération par la cour d'appel, notamment lors de son évaluation de la pertinence, de la plausibilité et de la valeur probante de la nouvelle preuve.

Ayant complété mon examen des concepts d'admissibilité et de valeur probante et des particularités du processus de détermination de la peine, je passe maintenant à l'application des critères de l'arrêt *Palmer* aux deux rapports en cause dans la présente affaire.

E. Application à l'espèce

En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a jugé (au par. 16) que le rapport du psychologue Daigle était admissible parce qu'il faisait ressortir avec plus de détails le passé de l'intimé et faisait voir sa personnalité sous une perspective qui n'apparaissait pas au dossier de première instance. Pour ce qui est du rapport du psychiatre Morissette, il a été reçu en preuve parce qu'il apportait un éclairage additionnel au rapport du psychologue Daigle (par. 17). Ces raisons ne sont pas suffisantes, selon moi, pour justifier l'admission de ces deux rapports, car elles pourraient justifier l'admission d'un éventail très large d'éléments de preuve supplémentaires en appel. En outre, recevoir en appel toute preuve qui ajoute certains détails à la preuve produite en première instance ou qui clarifie celle-ci serait contraire aux critères de l'arrêt *Palmer* et au rôle limité des cours d'appel en matière de détermination de la peine.

À mon avis, aucun des deux rapports n'aurait dû être admis en preuve. Il est utile de reproduire de

reproduce the applicable criteria again, that is, the criteria set out in *Palmer*:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief.
- (4) The evidence must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

1. Report by the Psychologist, Mr. Daigle

The report by Mr. Daigle, a psychologist, is relevant in that it expresses opinions regarding the respondent's personality, dangerousness and risk of reoffending. In addition, this report is reasonably capable of belief, particularly in that it was prepared independently and not at the request of the respondent. In addition, it can be concluded that this report satisfies the due diligence criterion. Although Mr. Daigle relied on facts prior to sentencing and the respondent could have sought the opinion of another psychologist concerning his personality and dangerousness, this particular report was not available at the time of sentencing and the respondent could not have obtained it before sentencing. This report was prepared for classification purposes for Correctional Service Canada, while the respondent was at the Regional Reception Centre in Québec.

Despite the foregoing, I find that Mr. Daigle's report should not have been admitted in evidence by the Court of Appeal, since its probative value is not such that if it had been presented to the trial judge it might have affected the result. I note, first, that Mr. Daigle did not look into the proceedings

nouveau les critères applicables, c'est-à-dire les critères énumérés dans l'arrêt *Palmer*, avec les adaptations nécessaires:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre un élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produit en première instance, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles.
- (2) La preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant à la sentence.
- (3) La preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.
- (4) La preuve doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat.

1. Rapport du psychologue Daigle

Le rapport du psychologue Daigle est pertinent, car celui-ci se prononce sur la personnalité de l'intimé, sa dangerosité et les risques de récidive. De plus, on peut raisonnablement ajouter foi à ce rapport, d'autant plus qu'il a été préparé de façon indépendante et non à la demande de l'intimé. Par ailleurs, il est possible de conclure que ce rapport particulier respecte le critère de diligence raisonnable. Bien que le psychologue Daigle se soit fondé sur des faits antérieurs au prononcé de la sentence et que l'intimé aurait pu solliciter l'opinion d'un autre psychologue quant à sa personnalité et sa dangerosité, ce rapport particulier n'était pas disponible au moment du prononcé de la sentence et l'intimé n'aurait pas pu l'obtenir avant. En effet, ce rapport a été rédigé à des fins de classification pour le compte des services correctionnels canadiens, alors que l'intimé se trouvait au Centre régional de réception de Québec.

Malgré ce qui précède, je conclus que le rapport du psychologue Daigle n'aurait pas dû être reçu en preuve par la Cour d'appel, car sa valeur probante n'est pas telle qu'il aurait pu influencer sur le résultat s'il avait été présenté au juge de première instance. Je note tout d'abord que le psychologue Daigle n'a

at trial, did not read the testimony and did not consult the court documents (p. 1 of the report). While he did not prepare his report at the respondent's request, he relied only on his version of the facts. That version portrays the respondent as a victim who did not wish to commit the robbery and was allegedly acting in response to threats by his accomplices (pp. 1-2 of the report). This account makes no mention of the violence and the threats against the child. In addition, according to the report, Bertrand Fortier attacked the respondent rather than the reverse (p. 2 of the report). As well, the respondent told Mr. Daigle that he wanted to commit the robbery in order to win back his former girlfriend (p. 7 of the report).

38

The version of the facts set out in Mr. Daigle's report differs in quite a few respects from the version given by the respondent under oath at trial. I will point out only the most obvious contradictions: the respondent stated during his testimony that he wanted to commit the robbery to repay a drug debt; that he planned the crime with one of his accomplices; and that he grabbed Bertrand Fortier while he was sitting in the living room.

39

It is true that the version of the facts set out in Mr. Daigle's report is not wholly inconsistent with the respondent's testimony at trial. In that testimony, the respondent also sought to portray himself as a victim by claiming that he did not want to commit the robbery; that he would have run away if the opportunity had presented itself; and that he was only following the orders of his accomplices when he tied up the Fortier boy, put a cartridge in his mouth and took him hostage. However, the respondent's testimony is confused and full of contradictions, and is also inconsistent with the account given by the Fortier family. The trial judge clearly rejected the respondent's version of the facts. He found that the crime was planned (pp. 4-6 of the reasons) and that the respondent scratched the face of the Fortier boy with his weapon (p. 6 of the reasons) and threatened to kill him several times (p. 4 of the reasons). He also stated, at p. 7 of his reasons:

pas pris connaissance des procédures en première instance, n'a pas lu les témoignages ni consulté les documents de la cour (p. 1 du rapport). Bien qu'il n'ait pas préparé son rapport à la demande de l'intimé, il ne se fonde que sur sa version des faits. Or, cette version présente l'intimé comme étant une victime qui ne voulait pas commettre le vol et qui aurait agi sous la menace de ses complices (pp. 1 et 2 du rapport). La violence et les menaces faites à l'enfant sont évacuées du récit. De plus, selon le rapport, ce serait Bertrand Fortier qui se serait jeté sur l'intimé et non l'inverse (p. 2 du rapport). En outre, l'intimé a affirmé au psychologue Daigle qu'il avait voulu commettre ce vol afin de ramener auprès de lui son ex-compagne (p. 7 du rapport).

La version des faits qui est rapportée dans le rapport du psychologue Daigle est différente à bien des égards de celle que l'intimé a donnée sous serment en première instance. Je ne souligne que les contradictions les plus évidentes: l'intimé a affirmé dans son témoignage avoir voulu commettre le vol pour rembourser une dette de drogue; avoir planifié le coup avec un de ses complices; et avoir agrippé Bertrand Fortier alors qu'il était assis dans le salon.

Il est vrai que la version des faits rapportée dans le rapport du psychologue Daigle n'est pas complètement incompatible avec le témoignage de l'intimé en première instance. Dans son témoignage, l'intimé a aussi tenté de se présenter comme une victime en soutenant qu'il ne voulait pas aller commettre le vol; qu'il se serait sauvé s'il en avait eu l'occasion; et qu'il ne faisait qu'obéir aux ordres de ses complices lorsqu'il a attaché le jeune Fortier, lui a mis une cartouche dans la bouche et l'a pris en otage. Toutefois, le témoignage de l'intimé est confus et bourré de contradictions, en plus d'être incompatible avec le récit des membres de la famille Fortier. Le juge de première instance n'a clairement pas retenu la version des faits de l'intimé. Il a conclu que le coup avait été préparé (pp. 4 à 6 des motifs), que l'intimé avait égratigné le visage du jeune Fortier avec son arme (p. 6 des motifs) et l'avait menacé de mort à plusieurs reprises (p. 4 des motifs). Il affirme également à la p. 7 de ses motifs:

[TRANSLATION] Your submissions at the beginning of the sentencing submissions dealt a lot with how you were in fact a victim, I was talking about bad luck just now, we choose our friends, we choose our girlfriends. When something goes wrong, you can't always blame other people.

It is quite clear from an exchange between the trial judge and counsel for the respondent just before sentencing that the judge did not assign much weight to the defence theory that the respondent was a victim in this case.

Mr. Daigle therefore relied on a version of the facts that was not accepted by the trial judge, or on facts that were not established in evidence. Since the probative value of an expert opinion depends on the amount and quality of admissible evidence on which it relies (*Lavallee, supra*, at p. 897), I find that little probative value can be assigned to the psychologist's report prepared by Mr. Daigle. Having regard to that low probative value and the fact that the trial judge, on passing sentence, stressed the seriousness of the offences committed by the respondent rather than his personality, I am of the view that Mr. Daigle's report would not have affected the result if it had been introduced at trial with the other evidence. Accordingly, the Court of Appeal should not have admitted it in evidence, since it does not meet the *Palmer* criteria.

2. Report by the Psychiatrist, Dr. Morissette

The report prepared by Dr. Morissette, a psychiatrist, does not meet the due diligence criterion. It is dated March 17, 1998, that is, more than a year after sentencing. Unlike the report by the psychologist, Mr. Daigle, Dr. Morissette's opinion was solicited by the respondent. I agree with Chamberland J.A. that the respondent, by exercising minimal diligence, could have sought this opinion before sentence was passed and submitted Dr. Morissette's report to the trial judge for the purpose of countering the probation officer's opinion concerning his personality (see *Mesgun, supra*, at para. 8).

Il a été beaucoup question depuis vos représentations, au début des représentations sur sentence, que vous étiez effectivement une victime, je parlais de malchance tout à l'heure, on choisit ses amis, on choisit ses compagnes. Quand quelque chose ne marche pas, il ne faut pas toujours blâmer les autres.

Il ressort aussi clairement d'un échange qui s'est produit entre le juge de première instance et l'avocat de l'intimé juste avant le prononcé de la sentence que le juge n'accordait pas beaucoup de crédit à la théorie de la défense à l'effet que l'intimé était une victime dans la présente affaire.

Le psychologue Daigle s'est donc fondé sur une version qui n'a pas été retenue par le juge de première instance ou sur des faits qui n'ont pas été établis en preuve. Étant donné que la valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert dépend de la quantité et de la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée (*Lavallee, précité*, à la p. 897), je conclus qu'on ne peut accorder qu'une faible valeur probante au rapport préparé par le psychologue Daigle. Compte tenu de cette faible valeur probante et du fait que le juge de première instance a surtout insisté, lors du prononcé de la sentence, sur la gravité des infractions commises par l'intimé plutôt que sur sa personnalité, je suis d'avis que le rapport du psychologue Daigle n'aurait pas influé sur le résultat s'il avait été produit en première instance avec les autres éléments de preuve. Par conséquent, la Cour d'appel n'aurait pas dû le recevoir en preuve, car il ne rencontre pas les critères de l'arrêt *Palmer*.

2. Rapport du psychiatre Morissette

Le rapport préparé par le psychiatre Morissette ne respecte pas le critère de diligence raisonnable. Il est daté du 17 mars 1998, soit plus d'un an après le prononcé de la sentence. Contrairement au rapport du psychologue Daigle, l'opinion du psychiatre Morissette a été sollicitée par l'intimé. Je partage l'avis du juge Chamberland selon lequel l'intimé aurait pu, avec un minimum de diligence, solliciter cette opinion avant le prononcé de la sentence et présenter le rapport du psychiatre Morissette au juge de première instance dans le but de contredire l'opinion de l'agent de probation sur sa personnalité (voir *Mesgun, précité*, au par. 8).

42

Nonetheless, failure to meet the due diligence criterion is not always fatal: *Warsing, supra*, at para. 51. It is therefore necessary to consider the other three criteria set out in *Palmer* in order to determine whether their strength is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne: *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, at pp. 502-3.

43

Like the psychologist's report prepared by Mr. Daigle, the psychiatrist's report written by Dr. Morissette is relevant, since it communicates an opinion concerning the respondent's personality, danger to others and risk of reoffending. Furthermore, there is nothing to indicate that it is not reasonably capable of belief, even though it was prepared at the respondent's request. However, its probative value is low. Like the psychologist, Mr. Daigle, Dr. Morissette based his opinion on a version of the facts that was not established or adopted at trial. Although he reviewed the report prepared by the probation officer, he does not seem to have read the testimony or consulted the trial transcript. His description of the events of June 22, 1996, is very brief and does not reflect the seriousness of the offences committed or the violence employed. Furthermore, the respondent gave Dr. Morissette an explanation that was completely different from the explanation he gave under oath in respect of his participation in the events. At p. 15 of the report we read:

[TRANSLATION] Mr. Lévesque now explains that at the time of his arrest and when he arrived at the penitentiary, he did not want to say that he had committed a robbery for a woman . . . , he did not want to say that he was so dependent on a woman that he would commit a robbery . . . He felt that it would look "better" if he explained the reason for his robbery in terms of a drug debt. He is now telling us that he never had a drug debt, that he never cheated a drug dealer. According to his explanation, the only purpose of the robbery was financial gain in order to impress Francine, since Mr. Lévesque felt that if he had more money she might come back to him.

In addition, none of the details of the respondent's love life referred to by Dr. Morissette were established in evidence at trial. Thus, for the reasons I

Néanmoins, le défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable n'est pas toujours fatal: *Warsing*, précité, au par. 51. Il faut donc examiner les trois autres critères énumérés dans *Palmer* afin de déterminer s'ils ont un poids tel qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable: *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, aux pp. 502 et 503.

Comme le rapport préparé par le psychologue Daigle, le rapport rédigé par le psychiatre Morissette est pertinent, car il communique une opinion sur la personnalité de l'intimé, sa dangerosité et les risques de récidive. En outre, rien n'indique qu'on ne puisse raisonnablement y ajouter foi, même s'il a été préparé à la demande de l'intimé. Cependant, sa valeur probante est faible. À l'instar du psychologue Daigle, le psychiatre Morissette a fondé son opinion sur une version des faits qui n'a pas été établie ou retenue en première instance. Bien qu'il ait pris connaissance du rapport préparé par l'agent de probation, il ne semble pas avoir lu les témoignages ni consulté la transcription de ce qui s'est déroulé en première instance. La description qu'il fait des événements du 22 juin 1996 est très courte et ne reflète pas la gravité des infractions commises ni la violence qui a été employée. De plus, l'intimé a donné au psychiatre Morissette une explication complètement différente de celle qu'il a donnée sous serment en ce qui concerne sa participation aux événements. On peut lire à la p. 15 du rapport:

M. Lévesque explique maintenant que lors de son arrestation et lors de son arrivée au pénitencier, il ne voulait pas dire qu'il avait volé pour une femme [. . .], il ne voulait pas dire qu'il était suffisamment dépendant d'une femme pour voler [. . .] Il avait l'impression qu'il paraîtrait "mieux" s'il expliquait le motif de son vol par une dette de drogue. Il nous dit maintenant qu'il n'a jamais contracté de dette de drogue, qu'il n'a jamais fraudé un revendeur de drogue. Il explique que le seul but du vol était un gain financier pour impressionner Francine, M. Lévesque ayant l'impression que s'il avait plus d'argent, elle pourrait revenir à lui.

En outre, tous les détails de la vie amoureuse de l'intimé auxquels réfère le psychiatre Morissette n'ont pas été établis en preuve en première ins-

stated concerning the psychologist's report by Mr. Daigle, I find that the psychiatrist's report by Dr. Morissette is of little probative value and would not have affected the result if it had been adduced at trial with the other evidence.

In my view, as in *McAnespie, supra*, at pp. 502-3, "the strength of the other factors is not such that failure to satisfy the due diligence requirement in this case is overborne by the other factors" (emphasis in original). Accordingly, the report by the psychiatrist, Dr. Morissette, should not have been admitted in evidence on appeal.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Quebec and, for the reasons stated by Chamberland J.A., substitute a sentence of imprisonment for eight years and six months for the sentence imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Gonthier, on this appeal. With respect, on the very particular facts of this case, I believe that the majority of the Court of Appeal was entitled to admit the reports prepared respectively by Marc Daigle and Dr. Louis Morissette. Here, the trial judge fundamentally mischaracterized the principal crime, of which the respondent had been convicted, in determining the just and appropriate sentence, with the result that the Court of Appeal was, for all intents and purposes, required to sentence afresh. In these specific circumstances, it was for the Court of Appeal to equip itself, pursuant to its broad statutory discretion under s. 683(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with whatever evidence it deemed fit and necessary to decide the question of sentence. Accordingly, I would dismiss the appeal.

I am in general agreement with the statement of the law governing the admission of fresh evidence

tance. Donc, pour les raisons que j'ai énoncées pour le rapport du psychologue Daigle, je conclus que le rapport du psychiatre Morissette possède une faible valeur probante et n'aurait pas influé sur le résultat s'il avait été produit en première instance avec les autres éléments de preuve.

À mon avis, comme dans l'affaire *McAnespie*, précitée, aux pp. 502 et 503, «les autres facteurs n'ont pas un poids tel en l'espèce qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de la diligence raisonnable» (souligné dans l'original). Par conséquent, le rapport du psychiatre Morissette n'aurait pas dû être admis en preuve en appel.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel du Québec et, pour les raisons données par le juge Chamberland, de substituer une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine imposée par le juge de première instance.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Gonthier dans le présent pourvoi. En toute déférence, j'estime qu'en raison des faits très particuliers de la présente affaire la majorité de la Cour d'appel pouvait admettre en preuve les rapports rédigés respectivement par M. Marc Daigle et par le Dr Louis Morissette. En l'espèce, lorsqu'il a déterminé la peine juste et appropriée, le juge du procès a fondamentalement mal qualifié le crime principal dont l'intimé avait été reconnu coupable, de sorte que la Cour d'appel a à toutes fins utiles dû déterminer à nouveau la peine. Dans ces circonstances particulières, il revenait à la Cour d'appel de se doter, en application du large pouvoir discrétionnaire que lui confère à cet égard le par. 683(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de tout élément de preuve qu'elle croyait utile et nécessaire pour statuer sur la question de la peine. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Dans l'ensemble, je suis d'accord avec l'exposé que fait mon collègue, aux par. 16 à 22 de ses

44

45

46

47

in appeals against sentence, provided by my colleague at paras. 16-22 of his opinion. However, in view of the fundamental error committed by the trial judge, I do not believe that the principles articulated by Gonthier J. are germane to the disposition of this appeal. I must also emphatically disagree with Gonthier J. that *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (*per* Wilson J.), applies as stringently as he suggests in the sentencing context.

48 The Court of Appeal was unanimous that the trial judge erred in concluding that kidnapping for ransom was the dominant offence committed by the respondent. There is no challenge before us to the unanimous conclusion of the Court of Appeal that robbery was the central, predominant offence, the hostage-taking being merely [TRANSLATION] “ancillary to the main criminal operation carried out by the [respondent] and his cohorts” ([1998] Q.J. No. 2680 (QL), at para. 35).

49 The trial judge’s initial error in identifying kidnapping as the [TRANSLATION] “central matter alleged” against the respondent, which he described as [TRANSLATION] “one of the most serious crime in the Criminal Code . . . right after murder” (see C.Q., No. 505-01-008036-960, February 19, 1997, at p. 2), tainted his entire analysis, and produced a sentence that did not accurately reflect the circumstances of the offence. The Court of Appeal’s task was thus not simply to assess the fitness of the sentence imposed at first instance, and, to this end, to determine the admissibility of the reports tendered by the respondent as fresh evidence on appeal. Instead, having set aside the sentence, the Court of Appeal was required to intervene essentially for the purpose of sentencing the respondent anew. In these circumstances, I believe that the Court of Appeal was entitled to consider what it deemed to be evidence relevant to the exercise of determining a just and appropriate

motifs, du droit régissant l’admission d’éléments de preuve nouveaux dans les appels relatifs à la peine. Toutefois, compte tenu de l’erreur fondamentale commise par le juge du procès, je ne crois pas que les principes énoncés par le juge Gonthier sont pertinents en ce qui concerne l’issue du présent pourvoi. Je suis en outre fortement en désaccord avec le juge Gonthier sur un autre point, puisqu’à mon avis l’arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.S.C. 852 (le juge Wilson), ne s’applique pas aussi strictement qu’il le prétend en matière de détermination de la peine.

La Cour d’appel a jugé à l’unanimité que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l’enlèvement en vue d’obtenir une rançon était l’infraction dominante commise par l’intimé. Personne n’a contesté devant nous la conclusion unanime de la Cour d’appel selon laquelle le vol qualifié constituait l’infraction centrale et dominante, et la prise d’otage était seulement «accessoire à l’opération criminelle principale menée par l’[intimé] et ses acolytes» ([1998] A.Q. n° 2680 (QL), au par. 35).

L’erreur qu’a commise au départ le juge du procès en considérant l’enlèvement comme «le fait central reproché» à l’intimé, fait qu’il a décrit comme «l’un des crimes les plus graves au Code criminel [. . .] juste derrière le meurtre» (voir C.Q., n° 505-01-008036-960, 19 février 1997, à la p. 2), a vicié l’ensemble de son analyse et entraîné l’infliction d’une peine qui ne reflétait pas adéquatement les circonstances de l’infraction. La tâche de la Cour d’appel ne consistait donc pas simplement à vérifier la justesse de la peine infligée en première instance et, à cette fin, à décider de l’admissibilité des rapports produits en appel par l’intimé à titre d’éléments de preuve nouveaux. Au contraire, ayant écarté la peine, la Cour d’appel devait intervenir, essentiellement afin de procéder à nouveau à la détermination de la peine à infliger à l’intimé. Dans ces circonstances, j’estime que la Cour d’appel avait le droit de prendre en considération ce qu’elle estimait être des éléments de preuve pertinents pour déterminer la peine juste et appropriée. À l’instar du juge chargé de déterminer

sentence. Like a sentencing judge, a court of appeal, in circumstances such as these, must

ha[ve] wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base [its] sentence. [It] must have the fullest possible information concerning the background of the accused if [it] is to fit the sentence to the offender rather than to the crime.

(*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, per Dickson J. (as he then was), at p. 414.)

This “wide latitude” reflects the legal environment of a sentencing hearing — described in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92, as an “inherently individualized process” — wherein the sentencing judge’s task is to develop a composite picture or understanding of the offender, including his past and present circumstances as well as his prospects for rehabilitation and the danger that he will re-offend, with a view to crafting a just and appropriate sentence. In this environment, as was recognized in *Gardiner*, *supra*, at p. 414:

... it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evidential rules common to a trial. . . .

It is commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy.

The holding in *Lavallee*, *supra*, that the weight properly attributable to expert opinion is a direct function of the amount and quality of admissible evidence on which it is based, is a product of the general rule governing the inadmissibility of hearsay evidence at trial, where considerations of probative value are critical to the presumption of innocence and the fundamental fairness of the trial process. The sentencing environment is entirely different and permits, indeed encourages, recourse to evidentiary materials that would not be appropriate in the determination of guilt or innocence.

la peine, une cour d’appel doit, en pareilles circonstances

joui[r] d’une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles [elle] peut fonder sa sentence. [Elle] doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l’accusé pour déterminer la sentence en fonction de l’accusé plutôt qu’en fonction de l’infraction.

(*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 414.)

Cette «grande latitude» reflète le contexte juridique d’une audience de détermination de la peine — décrite dans l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 92, comme un «processus intrinsèquement individualisé» — où la tâche du juge qui inflige la peine consiste à dégager une image ou compréhension de l’accusé, notamment de sa situation passée et présente ainsi que de ses chances de réadaptation et des risques qu’il récidive, en vue de prononcer une peine juste et appropriée. Dans ce contexte, tout comme il a été reconnu dans l’arrêt *Gardiner*, précité, à la p. 414:

... il est manifeste qu’on ne doit pas enlever au juge la possibilité d’obtenir des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès . . .

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s’appliquent pas à l’audience relative à la sentence et il n’est pas souhaitable d’imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le oui-dire ne s’applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par oui-dire s’ils sont crédibles et fiables.

La règle énoncée dans l’arrêt *Lavallee*, précité, selon laquelle le poids qu’il convient d’accorder à l’opinion d’un expert est directement lié à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée, découle de la règle générale qui régit l’inadmissibilité du oui-dire au procès, où les considérations relatives à la valeur probante sont cruciales vu la présomption d’innocence et l’équité fondamentale requise au procès. Le contexte de la détermination de la peine est tout à fait différent; il permet et même encourage le recours à des éléments de preuve qui ne

Hearsay evidence is admissible in sentencing proceedings (see s. 723(5) of the *Code*). For example, probation officers' reports, produced pursuant to s. 721 of the *Code*, will inevitably contain opinions and hearsay of the type that would not be admissible at trial. Similarly, victim impact statements, prepared in accordance with s. 722(2) of the *Code*, must be considered by the sentencing judge, and may be given whatever weight the sentencing judge sees fit, regardless of the fact that they often contain non-expert opinions and hearsay information that would have no probative value, even if relevant, in the trial proper. Finally, s. 724(1) of the *Code* explicitly provides that "[i]n determining a sentence, a court may accept as proved any information disclosed at the trial or at the sentencing proceedings. . .".

seraient pas appropriés pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence. Le oui-dire est admissible dans le cadre des procédures de détermination de la peine (voir le par. 723(5) du *Code*). Par exemple, les rapports des agents de probation admissibles en preuve, conformément à l'art. 721 du *Code*, contiennent inévitablement des opinions et du oui-dire, éléments qui ne seraient pas admissibles au procès. De même, les déclarations des victimes, préparées conformément au par. 722(2) du *Code*, doivent être prises en considération par le juge qui détermine la peine, et il peut leur accorder le poids qu'il estime approprié, indépendamment du fait qu'elles contiennent souvent des opinions n'émanant pas d'experts et des renseignements constituant du oui-dire qui, mêmes s'ils étaient pertinents, n'auraient aucune valeur probante au procès lui-même. Finalement, le par. 724(1) du *Code* indique expressément que «[l]e tribunal peut, pour déterminer la peine, considérer comme prouvés les renseignements qui sont portés à sa connaissance lors du procès ou dans le cadre des procédures de détermination de la peine . . .».

52

In my opinion, the nature of the sentencing process, and of the statutory rules that govern it, contemplate that the sentencing court should have the benefit of "the fullest possible information concerning the background of the [offender]", from the widest array of sources. It is therefore inappropriate to tie the probative value of evidence tendered under these rules to the probative value of evidence proffered at trial, and thus, more specifically, to assess the weight of an expert opinion on the basis of the quantity and quality of non-hearsay evidence introduced to support that opinion. Indeed, such a requirement would largely rob the permissive use of hearsay, recognized and endorsed by this Court in *Gardiner, supra*, of all its utility. A sentencing court must be entitled to receive and rely on any credible and trustworthy evidence which assists it in obtaining as complete an understanding of the offender as possible. The extent to which evidence presented on sentencing conflicts with the facts upon which the conviction was founded is a matter for the sentencing court to take into consideration, but is not, as such, a matter for exclusion of the evidence in question. A

Selon moi, la nature du processus de détermination de la peine et les règles légales qui régissent ce processus visent à assurer que le tribunal qui prononce la peine dispose «des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé» et que ces renseignements proviennent du plus large éventail de sources possible. Il n'est par conséquent pas approprié de lier la valeur probante des éléments de preuve produits en vertu de ces règles à la valeur probante des éléments de preuve produits au procès, et ainsi, plus précisément, de déterminer le poids à accorder à l'opinion d'un expert en se fondant sur la quantité et la qualité des éléments de preuve ne constituant pas du oui-dire qui ont été déposés au soutien de cette opinion. En fait, une telle exigence aurait pour effet de rendre illusoire la possibilité d'utiliser le oui-dire, qui a été reconnue et approuvée par notre Cour dans l'arrêt *Gardiner*, précité. Le tribunal qui détermine une peine doit être autorisé à recevoir tout élément de preuve crédible et fiable qui l'aide à comprendre aussi complètement que possible la situation du délinquant, et à se fonder sur un tel élément. La mesure dans laquelle un élément de preuve

sentencing court is entitled to discount any part of an expert opinion that may be based on a misapprehension of the circumstances of the offence as found by the trial judge, while making use of any insight that the opinion may properly provide into the personality of the accused, his personal and emotional life, as well as his dangerousness and risk of recidivism.

In the case at bar, while I accept that the Daigle and Morissette reports each contain an account of the events surrounding the offences committed by the respondent that differ from facts accepted by the trial judge, I cannot agree that they are of little probative value.

In my opinion, it was open to the Court of Appeal to find both reports sufficiently credible and trustworthy to assist in the development of a fuller picture of the respondent, based as they were on the experts' face-to-face psychological assessment and evaluation of the former. As such, I believe that the Court of Appeal was entitled to consider and rely on all or part of the opinions offered therein in sentencing the respondent. Even though the Daigle and Morissette reports were tendered as fresh evidence on appeal, they were not tendered simply to demonstrate that the sentence imposed by the trial judge was unfit, in light of the subsequent opinions offered by these experts. As indicated above, the sentence imposed by the trial judge was unfit because of his misunderstanding of the central offence of which the respondent was convicted. Having set aside that sentence, the Court of Appeal was free to admit any evidence that it deemed to be of assistance in discharging its sentencing function.

présenté dans le cadre de la détermination de la peine est incompatible avec les faits sur lesquels repose la déclaration de culpabilité est un facteur qui doit être pris en considération par le tribunal chargé de déterminer la peine, mais qui ne justifie pas en soi l'exclusion de l'élément de preuve en question. Le tribunal qui détermine la peine a le droit de rejeter toute partie de l'opinion d'un expert qui est fondée sur une mauvaise compréhension des circonstances de l'infraction, telles qu'elles ont été déterminées par le juge du procès, mais il peut utiliser tout éclairage que jette l'opinion de l'expert sur la personnalité de l'accusé, sa vie personnelle et affective, ainsi que sa dangerosité et les risques qu'il récidive.

En l'espèce, même si j'admets que les rapports Daigle et Morissette contiennent tous deux un récit des événements entourant les infractions commises par l'intimé qui diffère des faits retenus par le juge du procès, je ne peux souscrire à l'opinion selon laquelle ces rapports n'ont qu'une faible valeur probante.

À mon avis, il était loisible à la Cour d'appel de considérer que les deux rapports étaient suffisamment crédibles et fiables pour l'aider à se faire une image plus complète de l'intimé, puisque ces rapports étaient fondés sur l'évaluation psychologique faite par les experts à la suite de leur rencontre avec l'intimé. Par conséquent, j'estime que la Cour d'appel était autorisée à se fonder sur tout ou partie des opinions exprimées dans ces rapports pour déterminer la peine à infliger à l'intimé. Même si les rapports Daigle et Morissette ont été présentés comme des éléments de preuve nouveaux en appel, il n'ont pas été introduits seulement dans le but de démontrer que la peine infligée par le juge du procès était inappropriée, eu égard aux opinions exprimées subséquentement par ces experts. Comme je l'ai dit précédemment, la peine infligée par le juge du procès était inappropriée parce qu'il avait mal saisi quelle était l'infraction centrale dont l'intimé était déclaré coupable. Après avoir écarté cette peine, la Cour d'appel était donc libre d'admettre tout élément de preuve qu'elle estimait propre à l'aider à s'acquitter de son rôle dans la détermination de la peine.

53

54

55

For these reasons, I believe that the Court of Appeal's decision to admit the reports by Marc Daigle and Dr. Morissette was correct and should be upheld. I would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Quebec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Silver, Morena, Montréal.

Pour ces motifs, j'estime que la décision de la Cour d'appel d'admettre les rapports préparés par M. Marc Daigle et par le D^r Morissette était bien fondée et qu'elle doit être confirmée. Je rejetterais donc le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Québec, Longueuil.

Procureurs de l'intimé: Silver, Morena, Montréal.

K.L.W. *Appellant*

v.

Winnipeg Child and Family Services *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES v. K.L.W.

Neutral citation: 2000 SCC 48.

File No.: 26779.

2000: February 25; 2000: October 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child infringing parental right to security of person — If so, whether infringement contrary to principles of fundamental justice — Whether prior judicial authorization of apprehension in “non-emergency” situations needed to comply with principles of fundamental justice — Whether fair and prompt post-apprehension hearing needed to comply with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of

K.L.W. *Appelante*

c.

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg *Intimé*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG c. K.L.W.

Référence neutre: 2000 CSC 48.

N° du greffe: 26779.

2000: 25 février; 2000: 13 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant porte-t-elle atteinte aux droits des parents à la sécurité de leur personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils la tenue d'une audience prompte et équitable après l'appréhension? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension

child — Post-apprehension hearing — Six-month delay between apprehension of child and child protection hearing — Whether delay in post-apprehension child protection hearing infringing parental rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Family law — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child without prior authorization in non-emergency situations constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

The appellant is the mother of five children. In 1993, she signed a Voluntary Placement Agreement to place her two oldest children into the care of the respondent agency. The children were later returned to the appellant but were subsequently apprehended by the agency on several occasions from 1994 to 1996 on the basis that the appellant was intoxicated, neglecting her children or in contact with former abusive partners. In February 1996, the agency started proceedings seeking an order for the permanent guardianship of the two children. In July 1996, the appellant informed the agency that she was expecting a third child and approximately two weeks before the expected birth date, she agreed to enter a residential facility designed to assist pregnant women. Before the appellant could enter the residential facility, she gave birth to her third child in hospital. Pursuant to s. 21(1) of the Manitoba *Child and Family Services Act*, the agency apprehended the appellant's one-day-old child.

The appellant immediately sought an injunction to restrain the agency from apprehending the child and a declaration that Part III of the Act is unconstitutional. The appellant claimed that the warrantless apprehension of her child in a non-emergency situation infringed her rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. She also claimed damages under s. 24(1) of the *Charter*. A motion for interim relief was brought before the Court of Queen's Bench but was adjourned to allow the agency an

de l'enfant — Audience après appréhension — Délai de six mois écoulé entre l'appréhension de l'enfant et l'audience relative à la protection de l'enfant — Le délai de l'audience relative à la protection de l'enfant à la suite de l'appréhension porte-t-il atteinte aux droits des parents garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit de la famille — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

L'appelante est mère de cinq enfants. En 1993, elle a signé une entente de placement volontaire pour confier ses deux premiers enfants à l'Office intimé. L'Office lui a ensuite remis les deux enfants, mais ceux-ci ont par la suite été appréhendés à plusieurs reprises de 1994 à 1996, au motif que l'appelante était ivre et négligeait ses enfants, ou qu'elle était en contact avec d'anciens conjoints violents. En février 1996, l'Office institue des procédures visant l'obtention d'une ordonnance de tutelle permanente relativement aux deux enfants. En juillet 1996, l'appelante informe l'Office qu'elle attend un troisième enfant et, environ deux semaines avant la naissance prévue de l'enfant, elle accepte d'aller vivre dans un établissement résidentiel conçu pour aider les femmes enceintes. Avant que l'appelante n'emménage dans l'établissement résidentiel, elle donne naissance à son troisième enfant à l'hôpital. En vertu du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba, l'Office appréhende l'enfant âgé d'un jour.

L'appelante dépose immédiatement une demande d'injonction interdisant à l'Office d'appréhender l'enfant, ainsi qu'une demande visant à faire déclarer inconstitutionnelle la partie III de la Loi. L'appelante soutient que l'appréhension sans mandat de son enfant en l'absence d'urgence porte atteinte à ses droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Elle réclame aussi des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Une requête pour mesures intérimaires est

opportunity to respond. The appellant unsuccessfully sought a mandatory injunction requiring the agency to return the child to her. At her request, the lawsuit was consolidated with the child protection proceedings initiated by the agency with respect to her first two children. The agency then served the appellant with a petition and notice of hearing to determine whether the infant child was in need of protection. After a number of adjournments and pre-trial conferences, the child protection hearing was held approximately six months after the child's apprehension. The trial judge dismissed the constitutional challenge under s. 7 of the *Charter* and ordered that the agency be appointed permanent guardian of all three children. The Manitoba Court of Appeal upheld the trial judge's decision. The issue in this appeal is whether the principles of fundamental justice applicable in the child protection context require prior judicial authorization of apprehensions in "non-emergency" situations.

Held (McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The s. 7 analysis is a contextual one and, while parents' and children's rights and responsibilities must be balanced together with children's right to life and health and the state's responsibility to protect children, the underlying philosophy and policy of the legislation must be kept in mind when interpreting it and determining its constitutional validity.

Since s. 21(1) of *The Child and Family Services Act* provides for the apprehension of a child from parental care, it contemplates an infringement of the right to security of the person which can only be carried out in accordance with the principles of fundamental justice. In determining what the principles of fundamental justice require with respect to the threshold for apprehension without prior judicial authorization, it is necessary to balance the following factors: (1) the seriousness of the interests at stake; (2) the difficulties associated with distinguishing emergency from non-emergency child protection situations; and (3) an assessment of the risks to children associated with adopting an "emergency" threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization.

présentée devant la Cour du Banc de la Reine, mais son audition est ajournée pour permettre à l'Office de répondre. La requête en injonction de l'appelante requérant l'Office de lui remettre son enfant est rejetée. À la demande de l'appelante, sa poursuite a été jointe aux procédures de protection des enfants instituées par l'Office relativement à ses deux premiers enfants. Par la suite, l'Office signifie à l'appelante une demande et un avis d'audience pour déterminer si le nouveau-né a besoin de protection. Après un certain nombre d'ajournements et de conférences préparatoires, l'audience relative à la demande de protection a été tenue environ six mois après l'apprehension de l'enfant. Le juge de première instance rejette la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 7 de la *Charte* et nomme l'Office tuteur permanent des trois enfants. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé la décision du juge de première instance. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si les principes de justice fondamentale applicables en matière de protection de l'enfance exigent une autorisation judiciaire préalable à l'apprehension «en l'absence d'urgence».

Arrêt (le juge en chef McLachlin et le juge Arbour dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie: L'analyse fondée sur l'art. 7 doit être contextuelle et, bien qu'il faille pondérer à la fois les droits et les responsabilités des parents et des enfants par rapport au droit des enfants à la vie et à la santé et à la responsabilité de l'État de les protéger, il faut avoir à l'esprit la philosophie et les principes qui sous-tendent la loi lorsqu'il s'agit de l'interpréter et d'en déterminer la constitutionnalité.

Étant donné que le par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* prévoit l'enlèvement d'un enfant à ses parents, il vise une atteinte au droit à la sécurité de la personne qui ne peut avoir lieu que conformément aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer quel est le seuil requis par les principes de justice fondamentale pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable, il est nécessaire de soupeser les facteurs suivants: (1) l'importance des intérêts en jeu; (2) la difficulté de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence dans les cas de protection d'enfants; (3) l'évaluation des risques que présente pour les enfants l'adoption du critère d'urgence, par opposition aux avantages de l'autorisation judiciaire préalable.

The interests at stake in cases of apprehension are of the highest order, given the impact that state action involving the separation of parents and children may have on all of their lives. From the child's perspective, state action in the form of apprehension seeks to ensure the protection, and indeed the very survival, of another interest of fundamental importance: the child's life and health. Given that children are highly vulnerable members of our society, and given society's interest in protecting them from harm, fair process in the child protection context must reflect the fact that children's lives and health may need to be given priority where the protection of these interests diverges from the protection of parents' rights to freedom from state intervention. The interests at stake in the child protection context dictate a somewhat different balancing analysis from that undertaken with respect to the accused's s. 7 and s. 8 *Charter* rights in the criminal context. Moreover, the state's protective purpose in apprehending a child is clearly distinguishable from the state's punitive purpose in the criminal context. These distinctions should make courts reluctant to import procedural protections developed in the criminal context into the child protection context.

In determining the appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization, a number of factors specific to the child protection context must be considered, including the evidentiary difficulties and time pressures associated with child protection situations. The state must be able to take preventive action to protect children and should not always be required to wait until a child has been seriously harmed before being able to intervene. Requiring prior judicial authorization in "non-emergency" situations, assuming that they can be distinguished from "emergency" situations may impede pro-active intervention by placing the burden on the state to justify intervention in situations of arguably "non-imminent", yet serious, danger to the child. These factors point to serious harm, or risk of serious harm as an appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. Adopting an "emergency" threshold as the constitutional minimum for apprehension without prior judicial authorization would risk allowing significant danger to children's lives and health.

The inappropriateness of an "emergency" threshold for apprehension without prior judicial authorization is

Les intérêts en jeu dans les cas d'apprehension sont de la plus haute importance, compte tenu des répercussions que l'action de l'État comportant la séparation des parents de leurs enfants peut avoir sur toute leur vie. Du point de vue de l'enfant, l'action de l'État, sous forme d'apprehension, vise à assurer la protection, sinon la survie d'un autre droit d'une importance fondamentale: la vie de l'enfant et sa santé. Étant donné que les enfants sont des individus très vulnérables dans notre société et étant donné l'intérêt qu'a la société à les protéger contre tout préjudice, le processus équitable dans le contexte de la protection des enfants doit tenir compte du fait qu'il faut parfois accorder la priorité à leur vie et à leur santé lorsque la protection de ces intérêts diverge de celle du droit des parents d'être à l'abri de l'intervention de l'État. Les intérêts en jeu dans le contexte de la protection des enfants dictent une analyse quelque peu différente de celle entreprise dans le contexte criminel relativement aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 8 de la *Charte*. De plus, l'objectif de protection visé par l'État lorsqu'il appréhende un enfant se distingue manifestement du but punitif qu'il vise dans le contexte criminel. Du fait de ces distinctions, les tribunaux devraient hésiter à appliquer au contexte de la protection des enfants des protections procédurales élaborées dans le contexte criminel.

Nombre de facteurs propres au contexte de la protection des enfants doivent être considérés lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil approprié pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable, notamment les difficultés de preuve et les contraintes de temps dans les cas de protection d'enfants. L'État doit pouvoir prendre des mesures préventives pour protéger les enfants et ne doit pas toujours avoir à attendre que l'enfant subisse un préjudice grave avant d'être à même d'intervenir. Exiger une autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence», en supposant que la distinction soit possible, peut empêcher une intervention proactive en obligeant l'État à justifier l'intervention dans des situations où il y aurait un danger «non immédiat», mais néanmoins grave, pour l'enfant. Ces facteurs dénotent un préjudice grave ou un risque de préjudice grave comme seuil approprié justifiant l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable. L'adoption du critère d'«urgence» comme étant le minimum autorisé par la Constitution pour l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable pourrait créer un grave danger pour la vie et la santé des enfants.

La conclusion selon laquelle le critère d'«urgence» n'est pas le critère approprié pour l'apprehension sans

further supported by an assessment of the risks to children associated with adopting an “emergency” threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization. If court supervision occurs post-apprehension, the risk of a wrongful infringement of rights lies with both parents and children. In contrast, if a prior judicial authorization of apprehension is required in so-called “non-emergency” situations, the risk inherent in the process of obtaining such authorization would fall primarily on the child, who should never be placed in such jeopardy. A wrongful apprehension does not give rise to the same risk of serious, and potentially even fatal, harm to a child, as would an inability on the part of the state to intervene promptly when a child is at risk of serious harm. Even in situations of non-imminent danger, the risks posed to the child’s life and health by the delays associated with a prior hearing, compounded by the evidentiary difficulties, more than outweigh the benefits of a hearing. They render prior notice and a hearing unfeasible with respect to apprehension in the child protection context. Furthermore, while there may be valid policy justifications for requiring *ex parte* authorization for apprehensions in so-called “non-emergency” child protection situations, for the purposes of the s. 7 constitutional analysis, the procedural protections against state interference provided by prior *ex parte* authorization do not enhance the fairness of the apprehension process sufficiently to outweigh the countervailing interests of, and potential risks to, a child who may be in need of the state’s protection.

In sum, the “emergency” threshold is not the appropriate minimum s. 7 threshold for apprehension without prior judicial authorization. Rather, where a statute provides that apprehension may occur without prior judicial authorization in situations of serious harm or risk of serious harm to the child, the statute will not necessarily offend the principles of fundamental justice. Determining whether a specific statute establishes such a minimum threshold will require an examination of the relevant provisions in their legislative context.

While the infringement of a parent’s right to security of the person caused by the interim removal of his or her child through apprehension in situations of harm or risk of serious harm to the child does not require prior judicial authorization, the seriousness of the interests at stake demands that the resulting disruption of the

autorisation judiciaire préalable est aussi confirmée par l’évaluation des risques pour les enfants que crée l’adoption d’un tel critère, par opposition aux avantages que présente l’autorisation judiciaire préalable. Si la surveillance des tribunaux intervient après l’appréhension, les parents et les enfants risquent de voir leurs droits violés de façon injustifiée. Par contre, si une autorisation judiciaire préalable d’appréhension était requise «en l’absence d’urgence», c’est principalement l’enfant qui est exposé au risque inhérent à l’obtention d’une telle autorisation, alors qu’il ne devrait jamais être placé dans une telle situation. Une appréhension injustifiée n’entraîne pas pour l’enfant le même risque de préjudice sérieux, voire fatal, qu’entraînerait l’incapacité de l’État d’intervenir rapidement lorsque l’enfant risque de subir un préjudice grave. Même dans les situations de danger non immédiat, les risques que présentent pour la santé et la vie de l’enfant les délais liés à l’audience préalable et les difficultés de preuve dépassent de loin les avantages d’une audience. Ils rendent impossibles le préavis et l’audience relatifs à l’appréhension dans le contexte de la protection des enfants. En outre, bien qu’il puisse y avoir des justifications de principe valables exigeant une autorisation *ex parte* pour l’appréhension faite «en l’absence d’urgence» pour la protection des enfants, aux fins de l’analyse constitutionnelle de l’art. 7, les protections procédurales contre l’intervention de l’État fournies par l’autorisation *ex parte* ne rehaussent pas suffisamment le caractère équitable du processus inhérent à l’appréhension pour l’emporter sur les intérêts opposés d’un enfant susceptible d’avoir besoin de la protection de l’État et sur les risques éventuels auxquels il peut être exposé.

Essentiellement, le critère minimal approprié exigé par l’art. 7 pour l’appréhension sans autorisation judiciaire préalable n’est pas le critère d’«urgence». Il s’agit plutôt de savoir que dans les cas où la loi prévoit que l’appréhension peut avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable dans des situations où il y a un préjudice grave ou risque de préjudice grave pour l’enfant, il n’y aura pas nécessairement atteinte aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer si une loi établit un tel critère minimal, il faut examiner les dispositions pertinentes dans leur contexte législatif.

Bien que l’atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne du fait du retrait temporaire de leur enfant par voie d’appréhension dans les situations où il y a un préjudice ou risque de préjudice grave pour l’enfant ne requière pas d’autorisation judiciaire préalable, l’importance des intérêts en jeu exige que la perturbation de la

parent-child relationship be minimized as much as possible by a fair and prompt post-apprehension hearing. This is the minimum procedural protection mandated by the principles of fundamental justice in the child protection context.

Section 21(1) of *The Child and Family Services Act*, evaluated in its social and legislative context, is constitutional. When read as a whole, the Act provides for apprehension as a measure of last resort in cases where child protection authorities have reasonable and probable grounds to believe that the child is at risk of serious harm. The Act's provisions also conform to the requirement for a fair and prompt post-apprehension hearing. Finally, the delays of the post-apprehension child protection hearing did not violate the appellant's s. 7 *Charter* rights. The six-month delay prior to the hearing to determine whether the child was in need of protection appears, on its face, to be highly unreasonable, particularly in the case of a newborn child. Much of the delay in this case, however, was attributable to the failure of the appellant's counsel to appear at a case conference. In addition, the appellant's motion to consolidate proceedings and difficulties in assembling counsel for all interested parties explain a good deal of the delay. In any event, the appellant suffered no prejudice due to the delay in the protection proceedings. Her challenge of the agency's apprehension by prerogative writ was disposed of within 10 days of the apprehension and resulted in a finding that the child was in need of protection.

Per McLachlin C.J. and Arbour J. (dissenting): The appellant's security of the person was infringed by the warrantless apprehension of her infant and the apprehension was not carried out in accordance with the principles of fundamental justice. Prior judicial authorization for the non-emergency apprehension of children in need of protection is constitutionally necessary, in order to protect both parents and children from unreasonable state interference with their security of the person.

The principles of fundamental justice have both a substantive and a procedural component. To satisfy the substantive content of fundamental justice in the child protection context, the apprehension of a child by a state

relation parents-enfant soit réduite le plus possible, de là l'exigence d'une audience équitable et rapide après l'apprehension. Il s'agit d'une protection procédurale minimale imposée par les principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection des enfants.

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, d'après ses contextes social et législatif, est constitutionnel. Lue dans son ensemble, la Loi prévoit que l'apprehension est une mesure de dernier ressort dans les cas où les autorités de la protection de l'enfance ont des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant risque de subir un préjudice grave. Les dispositions de la Loi sont également conformes à l'exigence d'audience prompte et équitable après l'apprehension. Enfin, les délais encourus quant à la tenue, après l'apprehension, de l'audience relative à la protection de l'enfant n'ont pas porté atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte*. Le délai de six mois qui s'est écoulé avant l'audience visant à déterminer si l'enfant avait besoin de protection paraît, à première vue, extrêmement déraisonnable, d'autant plus qu'il s'agissait d'un nouveau-né. Toutefois, une bonne partie du délai encouru en l'espèce est dû au fait que l'avocat de l'appelante ne s'est pas présenté à une conférence préparatoire. En outre, la requête de l'appelante demandant la jonction des instances ainsi que la difficulté de réunir les avocats des parties intéressées expliquent en grande partie le délai écoulé avant l'audience. Quoi qu'il en soit, l'appelante n'a subi aucun préjudice en raison du délai des procédures de protection. Sa contestation par un bref de prerogative de l'apprehension par l'Office a été tranchée dans les 10 jours suivant l'apprehension et a donné lieu à la conclusion que l'enfant avait besoin de protection.

Le juge en chef McLachlin et le juge Arbour (dissidentes): L'apprehension sans mandat de l'enfant de l'appelante porte atteinte au droit de celle-ci à la sécurité de sa personne et n'a pas eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale. Une autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence, dans le cas d'enfants ayant besoin de protection, est constitutionnellement nécessaire pour protéger tant les parents que les enfants contre une ingérence déraisonnable de l'État qui porterait atteinte à la sécurité de leur personne.

Les principes de justice fondamentale touchent autant le fond que la procédure. Pour respecter la teneur des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant, l'apprehension d'un enfant par un

agency requires an evaluation of the best interests of the child, in addition to the apprehending party having reasonable and probable grounds for believing the child is in need of protection. Procedural fairness is also included in the principles of fundamental justice. Both the parent's interest in raising his or her child free from unwarranted state intrusion and the child's right to have his or her interests protected must be considered when determining whether or not a warrantless apprehension is consistent with the principles of fundamental justice. However, when they appear to conflict, these interests must be balanced against each other and against the interest of society in the child protection context. While the child's interest in being protected from harm is of great significance, it is equally important to recognize the child's interest in remaining with his or her parents and that harm may come to the child from precipitous and misguided state interference. Removing children from their parents' care may have profoundly detrimental consequences for the child. There is a strong interest in democratic societies to ensure that state actors cannot remove children from their parents' care without legal grounds to do so.

A prompt, post-apprehension hearing on its own is not sufficient to make the warrantless, non-emergency apprehension of a child constitutional under s. 7 of the *Charter*. Where such fundamental interests as the right to raise one's own child and the continuity of family relationships are at stake, the principles of fundamental justice require that the person who authorizes the apprehension of the child must make that decision on an impartial basis, which requires that the person who decides to apprehend cannot be in the position of both investigator and adjudicator. The procedural safeguards developed under s. 8 of the *Charter* for the protection of the individual's right to be free from unwarranted state intrusion provide useful guidance in determining what constitutes principles of fundamental justice in the child protection context: where state action impinges on the *Charter*-protected rights of individuals, procedural safeguards must be in place to ensure that the state action is well-founded and assessed by an independent arbiter. Under Part III of *The Child and Family Services Act*, the director or a representative of the agency, as well as a peace officer, is empowered to act as both investigator of whether a child is in need of protection and adjudicator of whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care. The conflation of these two roles within the same agency seriously undermines the ability

organisme étatique exige une détermination préalable de son intérêt supérieur, en plus de motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection. Les principes de justice fondamentale englobent également l'équité procédurale. Le droit des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État et le droit de l'enfant à la protection de son intérêt supérieur doivent tous deux être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'apprehension sans mandat est compatible avec les principes de justice fondamentale. Cependant, lorsque ces droits paraissent s'opposer, ils doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre, de même que par rapport à l'intérêt de la société dans le contexte de la protection de l'enfant. Bien que le droit de l'enfant d'être protégé soit d'une grande importance, il est tout aussi important de reconnaître son droit de demeurer avec ses parents et le préjudice qu'il pourrait subir du fait de l'ingérence précipitée et malavisée de l'État. La séparation des enfants de leurs parents peut avoir de profondes répercussions préjudiciables à l'enfant. Les sociétés démocratiques ont un grand intérêt à veiller à ce que les acteurs gouvernementaux ne retirent pas aux parents la garde de leurs enfants sans motifs juridiques.

La tenue rapide d'une audition après l'apprehension ne suffit pas à rendre constitutionnelle en vertu de l'art. 7 de la *Charte* l'apprehension sans mandat d'un enfant en l'absence d'urgence. Lorsque des droits aussi fondamentaux que celui d'élever soi-même son enfant et celui de maintenir des liens familiaux stables sont en jeu, les principes de justice fondamentale exigent que la personne qui autorise l'apprehension de l'enfant prenne cette décision de façon impartiale, ce qui signifie qu'elle ne peut être à la fois enquêteur et arbitre. On peut s'inspirer des garanties procédurales élaborées en vertu de l'art. 8 de la *Charte* pour la protection du droit de l'individu de ne pas subir d'ingérences injustifiées de la part de l'État pour déterminer ce qu'exigent les principes de justice fondamentale en matière de protection de l'enfant: lorsqu'une mesure étatique porte atteinte aux droits d'un individu protégés par la *Charte*, il faut qu'il existe des garanties procédurales qui permettent de veiller à ce qu'elle soit fondée et à ce qu'elle soit examinée par un arbitre indépendant. En vertu de la partie III de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, le Directeur, un représentant de l'office ou un agent de la paix a le pouvoir de jouer à la fois le rôle d'enquêteur pour déterminer si l'enfant a besoin de protection et celui d'arbitre pour décider si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents. Comme la fusion de ces deux rôles au sein du

of these investigators to act impartially and, consequently, risks the possibility that the statutory requirement of reasonable and probable grounds will be diluted, possibly to the extent that children may be apprehended on the basis of suspicion.

Before the state can act to apprehend a child in a non-emergency situation, it must apply to the court for a warrant, and may do so on an *ex parte* basis if notice is not desirable. An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer for a warrant authorizing the agency to apprehend the child is an important procedural safeguard in the context of non-emergency apprehension and would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound. An independent judicial scrutiny of the appropriateness of the apprehension will also serve to ensure that child protection agencies act on reasonable and probable grounds that they can articulate, before initiating an apprehension in a non-emergency situation. Furthermore, an impartial review would ensure that apprehension remains a measure of last resort. In this case, an *ex parte* application would have been possible without creating an unacceptable risk to the infant. There was ample time for the agency to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision.

Finally, it is possible to distinguish between child protection emergencies and non-emergencies and to provide for measures that would obviate the risks to children associated with obtaining prior judicial authorization in non-existent circumstances. While “emergency” may be a standard of some fluidity, courts have interpreted terms such as “substantial risk of harm” with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. Many provinces do require prior judicial authorization for the removal of a child from the parent’s care, except in emergency situations.

Section 21(1) of the Act violates s. 7 of the *Charter* and is not justified under s. 1 of the *Charter*. Section 21(1) should be modified to replace the words “without a warrant” with the words “with a warrant”. The appel-

même organisme mine considérablement la capacité de ces enquêteurs d’agir de façon impartiale, il est possible que l’exigence légale des motifs raisonnables et probables en soit diluée, à tel point que des enfants risquent d’être appréhendés sur la base d’un simple soupçon.

Avant d’appréhender un enfant en l’absence d’urgence, l’État doit demander un mandat à la cour, agissant *ex parte* s’il n’est pas souhaitable de donner un préavis. L’obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial autorisant l’office à appréhender l’enfant est une garantie procédurale importante dans le contexte d’une appréhension en l’absence d’urgence et fournirait une certaine garantie aux familles faisant l’objet d’une ingérence radicale de l’État dans leur vie privée que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel. Un examen judiciaire indépendant de l’opportunité de l’appréhension permettra également de veiller à ce que l’office de protection de l’enfant agisse selon des motifs raisonnables et probables, qu’elle pourra exposer avant de procéder à une appréhension en l’absence d’urgence. En outre, un examen impartial ferait en sorte que l’appréhension demeure une mesure de dernier recours. En l’espèce, il aurait été possible de présenter une demande *ex parte* sans faire courir à l’enfant un risque inacceptable. L’Office avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l’appréhension de l’enfant sans que ce dernier coure de risque, car il se trouvait alors à l’hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale.

Enfin, il est possible de distinguer l’urgence de l’absence d’urgence et de prévoir des mesures permettant de parer aux risques que présente pour l’enfant l’obtention d’une autorisation judiciaire préalable en l’absence d’urgence. Si la norme de l’«urgence» comporte une certaine part de fluidité, les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu’aux familles. De nombreuses provinces exigent l’autorisation judiciaire préalable pour retirer au parent son enfant, sauf dans des situations urgentes.

Le paragraphe 21(1) de la Loi porte atteinte à l’art. 7 de la *Charte* et n’est pas justifié au regard de l’article premier de la *Charte*. Il est préférable de modifier le par. 21(1) en remplaçant «sans mandat» par «après avoir

lant's requests for damages and a declaration of invalidity of Part III of the Act are inappropriate.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *T. v. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603; *C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Wallis v. Spencer*, 202 F.3d 1126 (2000); *Dietz v. Damas*, 932 F.Supp. 431 (1996); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Gareau v. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352, aff'd (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Miller v. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (1999); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *Re Agar, McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Family and Children's Services of Kings County v. E.D.*

obtenu un mandat». Les dommages-intérêts demandés par l'appelante et l'obtention d'une ordonnance déclarant invalide la partie III de la Loi sont inappropriés.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *T. c. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603; *C. (J.M.N.) c. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Wallis c. Spencer*, 202 F.3d 1126 (2000); *Dietz c. Damas*, 932 F.Supp. 431 (1996); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Gareau c. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352, conf. par (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Miller c. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (1999); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *Re Agar, McNeilly c. Agar*, [1958] R.C.S. 52; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990]

(1988), 86 N.S.R. (2d) 205; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Arbour J. (dissenting)

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 24(1).
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (7).
Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, Declaration of Principles, ss. 4, 7, 9, Parts II, III, ss. 2(1) [am. 1992, c. 28, s. 3], 4(1)(d), (e), 17 [am. 1986-87, c. 19, s. 8; rep. & sub. 1989-90, c. 3, s. 3; am. 1997, c. 47, s. 131], 21(1), (2), (3), 24, 26(3), 27(1), 29(1) [rep. & sub. 1997, c. 48, s. 16], (2), 30 to 37, 45(3) [rep. & sub. 1997, c. 48, s. 23].
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 19, 27(1), 30.
Child Welfare Act, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 2, 17.
Child, Youth and Family Services Act, S.N. 1998, c. C-12.1, ss. 23(1), (3), 25.
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119(1), (3), (4).
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 33, 34(1), (3).
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Book 1.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).

1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Family and Children's Services of Kings County c. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 24(1).
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 17.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 19, 27(1), 30.
Child Welfare Act, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 2, 17.
Child, Youth and Family Services Act, S.N. 1998, ch. C-12.1, art. 23(1), (3), 25.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 33, 34(1), (3).
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, Livre premier.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 15(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 14, art. 7].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'enfance, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119(1), (3), (4).
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 3, 35.3, 45, 46.
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (7).
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 33(1), (2).

Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, s. 15(1) [rep. & sub. 1990, c. 14, s. 7].
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 33(1), (2).
Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 3, 35.3, 45, 46.

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, Déclaration de principes, art. 4, 7, 9, parties II, III, art. 2(1) [mod. 1992, ch. 28, art. 3], 4(1)(d), (e), 17 [mod. 1986-87, ch. 19, art. 8; abr. & rempl. 1989-90, ch. 3, art. 3; mod. 1997, ch. 47, art. 131], 21(1), (2), (3), 24, 26(3), 27(1), 29(1) [abr. & rempl. 1997, ch. 48, art. 16], (2), 30 à 37, 45(3) [abr. & rempl. 1997, ch. 48, art. 23].

Authors Cited

Bala, Nicholas. "An Introduction to Child Protection Problems". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 1.

Bala, Nicholas. "Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?" (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121.

Barnhorst, Dick, and Bernd Walter. "Child Protection Legislation in Canada". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 17.

Bernstein, Marvin M., Lynn M. Kirwin and Helen Bernstein. *Child Protection Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990 (loose-leaf updated 2000, release 1).

British Columbia. Ministry of Social Services. Gove Inquiry into Child Protection. *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia*. Vancouver: The Inquiry, 1995.

Canada. Law Commission. *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*. Ottawa: Law Commission of Canada, 2000.

Canada. Statistics Canada. *Family Violence in Canada: A Statistical Profile 2000*. Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2000.

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*. London: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1999, release 1).

La protection de l'enfant: évolution. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999.

MacMillan, H. L., et al. "Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement" (1997), 278 *JAMA* 131.

Doctrine citée

Bala, Nicholas. «An Introduction to Child Protection Problems». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 1.

Bala, Nicholas. «Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121.

Barnhorst, Dick, and Bernd Walter. «Child Protection Legislation in Canada». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 17.

Bernstein, Marvin M., Lynn M. Kirwin and Helen Bernstein. *Child Protection Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990 (loose-leaf updated 2000, release 1).

Canada. Commission du droit. *La dignité retrouvée: la réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*. Ottawa: Commission du droit du Canada, 2000.

Canada. Statistique Canada. *La violence familiale au Canada: un profil statistique 2000*. Ottawa: Centre canadien de la statistique juridique, 2000.

Colombie-Britannique. Ministry of Social Services. Gove Inquiry into Child Protection. *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia*. Vancouver: The Inquiry, 1995.

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*. London: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1999, release 1).

La protection de l'enfant: évolution. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999.

MacMillan, H. L., et al. «Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement» (1997), 278 *JAMA* 131.

- Manitoba. Family Services. Child and Family Services Act Review Committee. *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process*. Winnipeg: The Ministry, 1997.
- Manitoba. Family Services. *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*. Winnipeg: The Ministry, 1996.
- Ontario Association of Children's Aid Societies. *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report*. Special edition supplement to the Journal of the Ontario Association of Children's Aid Societies, July 1997.
- Ontario. Panel of Experts on Child Protection. *Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection*. By Mary Jane Hatton. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998.
- Rycus, Judith S., Ronald C. Hughes and Jewell K. Garrison. *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1. Washington: Child Welfare League of America, 1989.
- Steinhauer, Paul D. *The Least Detrimental Alternative: A Systematic Guide to Case Planning and Decision Making for Children in Care*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
- Vogl, Robin. "Initial Involvement". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 33.
- Wissow, L. S. "Current Concepts: Child Abuse and Neglect" (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 126 Man. R. (2d) 315, 167 W.A.C. 315, 41 R.F.L. (4th) 291, [1998] M.J. No. 254 (QL), dismissing an appeal from a decision of Stefanson J. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting.

R. Ian Histed, for the appellant.

Norm Cuddy, Michael Thomson and Myfanwy Bowman, for the respondent.

Dominique Jobin and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

- Manitoba. Family Services. Child and Family Services Act Review Committee. *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process*. Winnipeg: The Ministry, 1997.
- Manitoba. Family Services. *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*. Winnipeg: The Ministry, 1996.
- Ontario Association of Children's Aid Societies. *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report*. Special edition supplement to the Journal of the Ontario Association of Children's Aid Societies, July 1997.
- Ontario. Panel of Experts on Child Protection. *Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection*. By Mary Jane Hatton. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998.
- Rycus, Judith S., Ronald C. Hughes and Jewell K. Garrison. *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1. Washington: Child Welfare League of America, 1989.
- Steinhauer, Paul D. *Le moindre mal: La question du placement de l'enfant*. Traduit par Denise Marchand. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1996.
- Vogl, Robin. «Initial Involvement». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 33.
- Wissow, L. S. «Current Concepts: Child Abuse and Neglect» (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 126 Man. R. (2d) 315, 167 W.A.C. 315, 41 R.F.L. (4th) 291, [1998] M.J. No. 254 (QL), qui a rejeté un appel contre une décision du juge Stefanson. Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et le juge Arbour sont dissidentes.

R. Ian Histed, pour l'appelante.

Norm Cuddy, Michael Thomson et Myfanwy Bowman, pour l'intimé.

Dominique Jobin et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

The reasons of McLachlin C.J. and Arbour J. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

Section 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, provides for the warrantless apprehension of a child by the director, a representative of a Child and Family Services agency, or a peace officer, who has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection. The appellant, K.L.W., whose newborn son was apprehended under this provision in hospital, challenges its constitutionality on the grounds that it violates her right not to be deprived of her liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, has found that the impugned provision does not violate s. 7. Although the appellant's s. 7 right to security of the person is infringed by s. 21(1), L'Heureux-Dubé J. concludes that the law accords with the principles of fundamental justice because procedural fairness is satisfied by a prompt, post-apprehension judicial review: see s. 27(1) of the Act. In addition, when balancing the various interests at stake in the child protection context, she places pre-eminent importance on society's interest in protecting children from harm, due to the difficulty and risk of distinguishing, in her view, between emergency and non-emergency situations in child protection.

In contrast to my colleague, I believe that it is possible to distinguish between child protection emergencies and non-emergencies and to provide for measures that would obviate the risks to children associated with obtaining prior judicial authorization in non-exigent circumstances. Fur-

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

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8 (la «Loi»), prévoit que le Directeur, un représentant d'un office de services à l'enfant et à la famille ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut l'appréhender sans mandat. L'appelante, K.L.W., dont le fils nouveau-né a été appréhendé à l'hôpital en vertu de cette disposition, en conteste la constitutionnalité au motif qu'elle porte atteinte au droit qui lui est garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de ne pas être privée de sa liberté et de la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé conclut que la disposition contestée n'enfreint pas l'art. 7. À son avis, bien que le par. 21(1) porte atteinte au droit de l'appelante à la sécurité de la personne, garanti par l'art. 7, la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale, car elle respecte l'équité procédurale en prévoyant une révision judiciaire rapide après l'apprehension: voir le par. 27(1) de la Loi. De plus, lorsqu'elle pondère les divers intérêts en jeu dans le contexte de la protection de l'enfant, elle accorde une importance prééminente à l'intérêt de la société à protéger les enfants, vu la difficulté et le risque qu'il y a, selon elle, à distinguer les situations urgentes des situations non urgentes en matière de protection de l'enfant.

J'estime au contraire qu'il est possible de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence et de prévoir des mesures permettant de parer aux risques que présente pour l'enfant l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence. En outre, contrairement au juge L'Heureux-Dubé,

1

2

3

thermore, I differ from L'Heureux-Dubé J. in that I believe this Court's jurisprudence under s. 8 of the *Charter* does provide useful guidance for articulating a constitutionally valid procedural standard for non-exigent child apprehension under s. 7. I do not agree that an *ex parte* warrant would provide "only a limited enhancement of the fairness of the apprehension process" (para. 113). In my view, prior judicial authorization for the non-emergency apprehension of children in need of protection is constitutionally necessary, in order to protect both parents and children from unreasonable state interference with their security of the person.

II. Analysis

4 The facts, relevant statutory provisions and history of the case in the courts below are set out in the reasons of my colleague. Rather than repeat them here, I will refer to these aspects of the case as needed in the course of my analysis.

A. *The Interest Protected*

5 It is common ground that the removal of a child from a parent's custody by the state infringes the parent's right to security of the person, as protected by s. 7. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, Lamer C.J. recognized that a parent's psychological integrity is seriously affected by the state's decision to remove a child from the parent's care, at para. 61:

Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct.

The significance of child-rearing to a parent was also recognized by La Forest J. in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995]

j'estime que l'on peut s'inspirer de la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 8 de la *Charte* pour énoncer une norme procédurale qui soit constitutionnelle et qui puisse s'appliquer à l'apprehension en l'absence d'urgence en vertu de l'art. 7. Je ne suis pas d'accord qu'un mandat *ex parte* «ne rehausse que de façon limitée le caractère équitable du processus inhérent à l'apprehension» (par. 113). À mon avis, une autorisation judiciaire préalable à l'apprehension d'enfants ayant besoin de protection, en l'absence d'urgence, est constitutionnellement nécessaire pour protéger tant les parents que les enfants contre une ingérence déraisonnable de l'État qui porterait atteinte à la sécurité de leur personne.

II. L'analyse

En l'espèce, les faits, les dispositions législatives pertinentes et les décisions antérieures sont exposés dans les motifs de ma collègue. Plutôt que de les reprendre en entier, je les citerai au besoin dans le cadre de mon analyse.

A. *Le droit protégé*

Il est entendu que la décision de l'État de retirer à un parent la garde de son enfant porte atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne, qui est garanti par l'art. 7. Dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, le juge en chef Lamer reconnaît que la décision de l'État de retirer à un parent son enfant affecte gravement son intégrité psychologique (au par. 61):

Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.

L'importance que revêt pour les parents le fait d'élever l'enfant est également reconnue par le juge La Forest lorsqu'il dit dans *B. (R.) c. Chil-*

1 S.C.R. 315, at para. 83, who observed that “the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society”. Similarly, Bastarache J. recently affirmed the parental interest in raising a child as a basic and compelling part of individual autonomy and dignity: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 86.

Thus, it is certainly consistent with this Court’s previous s. 7 jurisprudence to conclude that the appellant’s security of the person was infringed by the warrantless apprehension of her infant. What remains to be determined is whether the apprehension was carried out in accordance with the principles of fundamental justice.

B. *The Principles of Fundamental Justice*

(1) The Substantive Content of Fundamental Justice

In *G. (J.)*, *supra*, at para. 70, Lamer C.J. held that the principles of fundamental justice have both a substantive and a procedural component in the child protection context:

The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination.

While the arguments of all parties on this appeal have focused largely on the procedural content of the principles of fundamental justice, it is interesting to note that s. 2(1) of the Manitoba Act provides that the best interests of the child shall be the paramount consideration in all proceedings under the Act affecting a child, “other than proceedings to determine whether a child is in need of protection” (emphasis added). This would seem to run contrary to this Court’s holding in *G. (J.)*, *supra*, as well as Art. 3(1) of the UN *Convention on the*

dren’s Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, au par. 83, que «le droit des parents d’élever, d’éduquer et de prendre soin de l’enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d’importance fondamentale dans notre société». Dans la même veine, le juge Bastarache a récemment confirmé que le droit des parents d’élever leurs enfants est un élément fondamental de l’autonomie et de la dignité de l’individu: *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, au par. 86.

En conséquence, la conclusion que l’appréhension sans mandat de l’enfant de l’appelante porte atteinte au droit de celle-ci à la sécurité de sa personne est certainement compatible avec la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 7. Il reste à déterminer si l’appréhension a eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale.

B. *Les principes de justice fondamentale*

(1) L’aspect substantif de la justice fondamentale

Dans *G. (J.)*, précité, au par. 70, le juge en chef Lamer a indiqué que les principes de justice fondamentale touchent autant le fond que la procédure dans le contexte de la protection de l’enfant:

L’État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s’avère nécessaire pour protéger l’intérêt supérieur de l’enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable.

Même si les arguments de toutes les parties au présent pourvoi ont principalement porté sur l’aspect procédural des principes de justice fondamentale, il est intéressant de souligner que le par. 2(1) de la Loi prévoit que, dans toute démarche faite en vertu de la Loi à l’égard d’un enfant, l’intérêt supérieur de l’enfant est le critère de décision le plus important, «à l’exception d’une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection» (je souligne). Cela semble aller à l’encontre de l’arrêt *G. (J.)*, précité, de notre Cour, ainsi que du premier

6

7

Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, to which Canada is a signatory:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

8 Child welfare legislation in other provinces echoes the UN Convention. For example, Alberta's *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 2, requires that any authority or any decision relating to a child in need of protection must be undertaken in the best interests of the child. As well, Quebec's *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, s. 3, provides that all decisions made under the Act will consider the interests and rights of the child. And in a somewhat contradictory message to parents, the Manitoba Act provides as one of its fundamental principles, that "[d]ecisions to remove or place children should be based on the best interests of the child and not on the basis of the family's financial status", in direct contrast to s. 2(1), discussed above.

9 I would suggest, therefore, that to satisfy the substantive content of the principles of fundamental justice in the child protection context, the apprehension of a child by a state agency requires an evaluation of the best interests of the child, in addition to the apprehending party having reasonable and probable grounds for believing the child is in need of protection.

(2) The Procedural Content of Fundamental Justice

10 The principles of fundamental justice also include procedural fairness: *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, *per* Iacobucci J.; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13, *per* Wilson J. In *Singh*, Beetz J. remarked at p. 229, that the "most important factors in determining the procedural content of fun-

paragraphe de l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, dont le Canada est signataire:

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

La législation d'autres provinces sur le bien-être de l'enfant reprend le principe énoncé dans la Convention des Nations Unies. Par exemple, l'art. 2 de la *Child Welfare Act* de l'Alberta, S.A. 1984, ch. C-8.1, exige que toute autorité ou toute décision qui concerne un enfant ayant besoin de protection se fonde sur son intérêt supérieur. De même, l'art. 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec, L.R.Q., ch. P-34.1, prévoit que toutes les décisions prises en vertu de cette loi doivent tenir compte de l'intérêt et des droits de l'enfant. Enfin, la Loi lance un message quelque peu contradictoire aux parents, car l'un de ses principes fondamentaux veut que «[l]es décisions concernant le retrait ou le placement d'enfants doivent se fonder sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant et non sur celui de la situation financière de la famille», ce qui va directement à l'encontre du par. 2(1) susmentionné.

Je suis donc d'avis que, pour respecter la teneur des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant, l'appréhension d'un enfant par un organisme étatique exige une détermination préalable de son intérêt supérieur, en plus de motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection.

(2) L'aspect procédural de la justice fondamentale

Les principes de justice fondamentale englobent également l'équité procédurale: *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 882, le juge Iacobucci; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213, le juge Wilson. Dans l'arrêt *Singh*, à la p. 229, le juge Beetz explique que «[l]es facteurs les plus

damental justice in a given case are the nature of the legal rights at issue and the severity of the consequences to the individuals concerned". Five years later, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 459, Wilson J. stated that s. 7 "must be interpreted purposively, bearing in mind the interests it was designed to protect". Similarly, in *Pearlman, supra*, at p. 884, Iacobucci J. noted that this Court has frequently asserted the need to interpret the principles of fundamental justice within the "specific context in which s. 7 is being asserted", citing, among others, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J., and *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, *per* L'Heureux-Dubé J.

Consequently, we need to consider all the interests affected when determining whether or not the warrantless apprehension provided for in s. 21(1) is consistent with the principles of fundamental justice. The central concerns in the case before us are the parent's interest in raising his or her child free from unwarranted state intrusion and the child's right to have his or her best interests protected. However, when they appear to conflict, these interests must be balanced against each other and against the interest of society in the child protection context.

In my view, not only should the Court recognize the child's interest in being protected from harm, but we must also recognize the interest of a child in being nurtured and brought up by his or her parent. While the appellant's apprehended child was not independently represented on the appeal, nonetheless, arguments relating to a child's interest in being protected against undue state interference in the parent-child relationship were made in the appellant's written submissions, at paras. 73-76.

My colleague, L'Heureux-Dubé J., has emphasized in her reasons the importance of the child's interest in being protected from harm (paras. 73-

importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées». Cinq ans plus tard, le juge Wilson déclare, dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 459, que l'art. 7 «doit s'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise, eu égard aux droits qu'il est destiné à protéger». Le juge Iacobucci fait pareillement remarquer, dans l'arrêt *Pearlman*, précité, à la p. 884, que notre Cour a souligné à maintes reprises qu'il fallait interpréter les principes de justice fondamentale selon «le contexte particulier dans lequel on invoque l'application de l'art. 7», citant, entre autres, les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, le juge L'Heureux-Dubé.

Nous devons donc tenir compte de tous les droits touchés pour déterminer si l'apprehension sans mandat prévue au par. 21(1) est compatible avec les principes de justice fondamentale. Les principales considérations en l'espèce sont le droit des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État et le droit de l'enfant à la protection de son intérêt supérieur. Cependant, lorsque ces droits paraissent s'opposer, ils doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre, de même que par rapport à l'intérêt de la société dans le contexte de la protection de l'enfant.

À mon avis, la Cour doit reconnaître non seulement le droit de l'enfant d'être protégé, mais également son droit d'être éduqué et élevé par ses parents. Même si l'enfant de l'appelante qui a été appréhendé n'était pas représenté de façon indépendante dans le présent pourvoi, l'appelante a invoqué dans son argumentation écrite le droit d'un enfant d'être protégé contre une ingérence injustifiée de l'État dans le lien parent-enfant (par. 73 à 76).

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé insiste dans ses motifs sur l'importance du droit de l'enfant d'être protégé (par. 73 à 75). Bien que je

11

12

13

75). Although I, too, acknowledge the great significance of this aspect of the child's interest, it is equally important to recognize the child's interest in remaining with his or her parents and that harm may come to the child from precipitous and misguided state interference. Lamer C.J. explicitly recognized the child's security interest where the parent's custody of the child is removed by the state in *G. (J.)*, *supra*, at para. 76:

Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child. Not only is the parent's right to security of the person at stake, the child's is as well. Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship. [Emphasis added.]

14

If we fail to give sufficient weight to this aspect of the child's security interest, we may also fail to recognize that removing children from their parents' care may have profoundly detrimental consequences for the child. Professor Nicholas Bala makes this point in "Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?" (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, noting that children are not always placed in a foster care environment that is better than the care the child would have received in the home. Further, his comments at pp. 169-71 of the same article speak directly to the concerns I have with the disposition of the current appeal:

In the rush to "increase" protection, I worry that we may lose sight of important concerns about over-intervention that the reforms of the 1970s and 80s were intended to address. Recently a number of Ontario Children's Aid Societies have responded to the increased awareness of abuse and coroners' reports by being more aggressive about interpreting the 1984 *Child and Family Services Act* to emphasize child safety (citing Henry Hess, "Foster care overflows to college dorm" *The Globe & Mail* (19 June 1998) A1). This has already resulted in substantially more children coming into care in some agencies, straining foster care resources. It also illustrates that agency practices and interpretations play a very large role in how any legislative scheme is actu-

reconnaisse aussi la très grande importance de cet aspect du droit de l'enfant, j'estime qu'il est tout aussi important de reconnaître son droit de demeurer avec ses parents de même que le préjudice que pourrait lui causer l'ingérence précipitée et malavisée de l'État. Le juge en chef Lamer reconnaît explicitement, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 76, le droit de l'enfant à la sécurité dans le cas où l'État retire la garde au parent:

Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant. Il n'y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l'enfant. Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant. [Je souligne.]

Si nous sommes incapables d'accorder suffisamment d'importance à cet aspect du droit de l'enfant à la sécurité, nous pourrions aussi être incapables de reconnaître que la séparation des enfants de leurs parents peut avoir de profondes répercussions préjudiciables à l'enfant. C'est ce que le professeur Nicholas Bala affirme dans son article intitulé «Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, où il fait remarquer que les enfants ne sont pas toujours placés dans des familles d'accueil qui leur prodiguent des soins meilleurs que ceux qu'ils auraient reçus chez eux. Les observations suivantes, dans le même article, se rapportent directement à mes réserves quant à l'issue du présent pourvoi (aux pp. 169 à 171):

[TRADUCTION] J'ai bien peur que notre volonté pressante d'«accroître» la protection nous fasse perdre de vue d'importantes réserves concernant la surintervention, auxquelles les réformes des années 70 et 80 devaient remédier. Récemment, un certain nombre de sociétés d'aide à l'enfance de l'Ontario ont réagi devant la grande sensibilisation à la violence et à des rapports de coroners en interprétant plus fermement la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de 1984, de façon à mettre l'accent sur la sécurité de l'enfant (citant Henry Hess, «Foster care overflows to college dorm» *The Globe & Mail* (19 juin 1998) A1). De ce fait, un nombre considérablement plus élevé d'enfants sont confiés à des organismes, ce qui entraîne une utilisation excessive des

ally implemented, and raises questions about whether dramatic legislative reforms are needed.

We must respond to the inadequacies of the child welfare system, including those in legislation and the court system, hopefully to achieve the best balance possible and not to “overreact”. Unnecessarily intrusive intervention can be harmful to children, disrupting their relationships with primary caregivers, family, friends and schools, and resulting in a series of placements in foster homes and other facilities that may be less than ideal. While the recent inquiries have focused on situations where agencies have failed to intervene aggressively enough, there are also cases in which inexperienced and inadequately supervised child protection workers have been inappropriately aggressive and made unfounded allegations of parental abuse. (See *e.g. B. (D.) v. Children's Aid Society of Durham (Region)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 297, 30 C.C.L.T. (2d) 310 (Ont. C.A.).)

Just as the child's interests encompass both the interest in being protected from harm and the interest in a continuing parental relationship, we cannot construe society's interest in the context of this appeal as limited only to protecting children from harm, the obvious and overriding purpose of *The Child and Family Services Act*. I agree that the state's *parens patriae* jurisdiction over children, exercised on its behalf by the court and child welfare agencies, is well-established in the civil, common and statutory law (*per* L'Heureux-Dubé J., at para. 75). Yet, there is an equally strong interest in democratic societies in ensuring that state actors cannot remove children from their parents' care without legal grounds to do so. Section 7 requires that this dramatic form of state intervention only take place in accordance with the principles of fundamental justice, and that, in turn, requires that all the various interests at stake be fairly balanced in the context of the case at hand.

ressources d'hébergement. Cela démontre également que les pratiques et interprétations des organismes ont une très grande incidence sur l'application de tout régime législatif et fait que l'on s'interroge sur la nécessité d'importantes réformes législatives.

Nous devons combler les lacunes du système de protection de l'enfance, notamment celles de la législation et celles du système judiciaire, dans l'espoir d'atteindre le meilleur équilibre possible et de ne pas «réagir exagérément». Les interventions excessives peuvent être préjudiciables aux enfants, car elles peuvent perturber les liens qu'ils entretiennent avec les personnes qui prennent soin d'eux, les membres de leur famille, leurs amis et leur école, et entraîner toute une série de placements dans des familles d'accueil et d'autres endroits qui peuvent être loin de la solution idéale. Les enquêtes récentes ont principalement porté sur des cas où les organismes n'ont pas agi assez fermement, mais il y a également des cas où des préposés à la protection de l'enfance, en raison d'un manque d'expérience et de supervision, ont agi de façon précipitée en faisant des allégations non fondées de violence parentale. (Voir, par ex., *B. (D.) c. Children's Aid Society of Durham (Region)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 297, 30 C.C.L.T. (2d) 310 (C.A. Ont.).)

Étant donné que les droits de l'enfant englobent à la fois le droit d'être protégé et celui d'entretenir un lien stable avec ses parents, nous ne pouvons interpréter l'intérêt de la société dans le cadre du présent pourvoi comme se limitant à la protection des enfants, ce qui est manifestement le principal objectif de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Je conviens que la compétence *parens patriae* de l'État à l'égard des enfants, que la cour et les organismes de protection de l'enfance exercent pour lui, est bien établie en droit civil, en common law et dans la législation (le juge L'Heureux-Dubé, au par. 75). Pourtant, les sociétés démocratiques ont un intérêt tout aussi important à veiller à ce que les acteurs gouvernementaux ne retirent pas aux parents la garde de leurs enfants sans motifs juridiques. Selon l'article 7, cette forme d'intervention étatique radicale ne peut se faire qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, ce qui exige une juste pondération de tous les droits en jeu en l'espèce.

16

Unlike my colleague, L'Heureux-Dubé J., I do not believe that a prompt, post-apprehension hearing on its own is sufficient to make the warrantless, non-emergency apprehension of a child constitutional under s. 7. Rather, I believe that an *ex parte* warrant authorizing the agency to apprehend the child is an important procedural safeguard in the context of non-emergency apprehension, for several reasons.

(a) *Reasonable Grounds Reviewed by an Independent and Impartial Judicial Officer*

17

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, this Court held that the "principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". As Iacobucci J. noted in *Pearlman*, *supra*, at p. 882, "included in these fundamental principles is the concept of a procedurally fair hearing before an impartial decision-maker" (emphasis deleted). And in *G. (J.)*, *supra*, at para. 72, Lamer C.J. held that in the child protection context, a "fair procedure for determining whether a custody order should be extended requires a fair hearing before a neutral and impartial arbiter". The impartiality requirement has often been expressed in Latin by the principle *nemo debet esse iudex in propria causa*: no one ought to be a judge in his or her own cause.

18

In the case at bar, the appellant argued that procedural fairness under s. 7 requires a full hearing prior to a non-exigent apprehension, or, in the alternative, at least an *ex parte* warrant. The decision to apprehend a child is not conclusive, in the sense that the ultimate custody of the child remains uncertain until the hearing following the apprehension. Consequently, the decision to apprehend or remove a child from the parent's care is distinguishable from the decision to remove entirely, even on a temporary basis, custody of the child; the latter issue was at stake in *G. (J.)*, *supra*. Nonetheless, the executed decision to apprehend can be very traumatic and disruptive for both the parent and the child, and begins a process, without notice,

Contrairement à ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je ne pense pas que la tenue rapide d'une audition après l'apprehension suffise à rendre constitutionnelle en vertu de l'art. 7 l'apprehension sans mandat d'un enfant en l'absence d'urgence. Je suis plutôt d'avis qu'un mandat *ex parte* autorisant l'office à appréhender l'enfant est une garantie procédurale importante dans le contexte d'une appréhension en l'absence d'urgence, et ce pour plusieurs motifs.

(a) *Motifs raisonnables examinés par un officier de justice indépendant et impartial*

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, notre Cour indique que les «principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Pearlman*, précité, à la p. 882, «ces principes fondamentaux englobent le concept d'une audience équitable quant à la procédure devant un décideur impartial» (soulignement supprimé). Par ailleurs, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 72, le juge en chef Lamer conclut que, dans le contexte de la protection de l'enfant, «[l]orsqu'il s'agit d'une demande de prorogation d'une ordonnance de garde, l'équité procédurale exige une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial». L'exigence d'impartialité a souvent été exprimée en latin par le principe *nemo debet esse iudex in propria causa*: personne ne doit être juge dans sa propre cause.

En l'espèce, l'appelante soutient que l'équité procédurale prévue à l'art. 7 exige la tenue d'une audience en bonne et due forme avant l'apprehension en l'absence d'urgence ou, de façon subsidiaire, au moins l'obtention d'un mandat *ex parte*. La décision d'apprehender un enfant n'est pas déterminante, étant donné que la question de la garde définitive de l'enfant n'est tranchée que dans le cadre de l'audience qui suit l'apprehension. On peut donc distinguer la décision d'apprehender un enfant ou de retirer à un parent la surveillance de son enfant de la décision de retirer complètement au parent, même temporairement, la garde de son enfant; l'arrêt *G. (J.)*, précité, vise cette dernière situation. Néanmoins, l'exécution de la décision

that will separate the parent and child for an indeterminate period of time, depending on the timing and outcome of the post-apprehension hearing. That intervention also creates a new "status quo" that a court may subsequently be reluctant to reverse, so as to avoid further disruption to the child's environment. Clearly, the decision maker who authorizes the apprehension has a power that infringes the security of the person of both parent and child. This power held by a decision maker will engage the rules of procedural fairness under s. 7: see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 44-60.

In my opinion, where such fundamental interests as the right to raise one's own child and the continuity of family relationships are at stake, the principles of fundamental justice require that the person who authorizes the apprehension of the child must make that decision on an impartial basis. In other words, the person who decides to apprehend cannot be in the position of both investigator and adjudicator. On this point, I find that the foundational jurisprudence for s. 8 of the *Charter*, this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, to be very instructive.

In that case, ss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, were challenged under s. 8 of the *Charter* on the basis that they infringed the right to be secure against unreasonable search and seizure. Essentially, the Director or an authorized representative of the Combines Investigation Branch was empowered to enter any premises to search for evidence of a breach of the Act, with the approval of a member of the Restrictive Trade Practices Commission. Dickson J. (as he was then) found that the purpose of s. 8 was "to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy": *Hunter, supra*, at p. 160. Thus, it was important that unjustified state searches be prevented before they happen, which could only be accomplished by a system of

d'appréhender un enfant peut être très traumatisante et déstabilisante tant pour le parent que pour l'enfant, et elle déclenche sans préavis un processus aboutissant à la séparation du parent et de l'enfant pour une durée indéterminée, laquelle dépend du moment de la tenue de l'audience qui suit l'appréhension et de son issue. Une telle intervention crée également un nouveau «statu quo» qu'un tribunal pourrait ultérieurement hésiter à modifier, de façon à éviter une autre perturbation de l'environnement de l'enfant. Il est clair que le décideur qui autorise l'appréhension a le pouvoir de porter atteinte au droit du parent et de l'enfant à la sécurité de leur personne. Or, ce pouvoir du décideur fait intervenir les règles d'équité procédurale prévues à l'art. 7: voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 44-60.

À mon avis, lorsque des droits aussi fondamentaux que celui d'élever soi-même son enfant et celui de maintenir des liens familiaux stables sont en jeu, les principes de justice fondamentale exigent que la personne qui autorise l'appréhension de l'enfant prenne cette décision de façon impartiale. En d'autres termes, elle ne peut être à la fois enquêteur et arbitre. Sur ce point, j'estime que l'arrêt de principe de notre Cour concernant l'art. 8, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, est très révélateur.

Dans cette affaire, les par. 10(1) et (3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, étaient contestés en vertu de l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils contrevenaient au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Essentially, le chef de la direction des enquêtes sur les coalitions ou son représentant autorisé avait le pouvoir de pénétrer dans tout établissement pour y chercher des éléments de preuve démontrant une violation de la Loi, avec l'approbation de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) conclut que le but de l'art. 8 est de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée»: *Hunter*, précité, à la p. 160. Il est donc

19

20

prior authorization: p. 160. Dickson J. concluded at p. 164 that the investigatory functions of the Commission or its members

ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the [Commission] passing on the appropriateness of a proposed search under the [Act] is caught by the maxim *nemo iudex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

21

From the point of view of this appeal, two of the *Hunter* requirements for a constitutionally valid search and seizure are particularly relevant to the child apprehension situation: (a) a prior authorization by an entirely neutral and impartial arbiter, who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual and (b) that the impartial arbiter be satisfied that the person seeking authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed: as summarized in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 499, *per* Wilson J. Underlying these two criteria are important principles of fundamental justice that are, in my view, as pressing in the s. 7 context as they are in s. 8: that where state action impinges on the *Charter*-protected rights of individuals, procedural safeguards must be in place to ensure that the state action is well-founded and assessed by an independent arbiter who is not herself implicated in the merits of the case.

22

Before applying these criteria to the facts of this case, I would comment briefly on the appropriateness of importing these s. 8 principles into the s. 7 analysis of what constitutes principles of fundamental justice in the child protection context. L'Heureux-Dubé J. finds that the appellant's attempt to import the s. 8 right to privacy into the s. 7 analysis is inapplicable in the child protection context since the parent's privacy interest is sub-

important d'empêcher les fouilles et les perquisitions injustifiées de l'État, ce qui ne pouvait se faire que par un système d'autorisation préalable: p. 160. Le juge Dickson conclut (à la p. 164) que les pouvoirs d'enquête de la Commission ou de ses membres

cadre[nt] mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la [Commission] qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la [Loi] est touché par la maxime *nemo iudex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

Du point de vue du présent pourvoi, deux des exigences de l'arrêt *Hunter* pour qu'une fouille ou perquisition soit constitutionnelle sont particulièrement pertinentes pour les cas d'apprehension d'enfants: a) l'autorisation préalable d'un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en évaluant les intérêts de l'État face à ceux de l'individu et b) la nécessité pour l'arbitre impartial d'être convaincu que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise (voir le résumé du juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 499). D'importants principes de justice fondamentale, qui, à mon avis, sont tout aussi cruciaux dans le contexte de l'art. 7 que dans celui de l'art. 8, sous-tendent ces deux critères: lorsqu'une mesure étatique porte atteinte aux droits d'un individu protégés par la *Charte*, il faut qu'il existe des garanties procédurales qui permettent de veiller à ce qu'elle soit fondée et à ce qu'elle soit examinée par un arbitre indépendant qui n'est pas impliqué dans l'affaire.

Avant d'appliquer ces critères aux faits de l'espèce, je voudrais commenter brièvement l'opportunité d'appliquer ces principes tirés de l'art. 8 à l'analyse fondée sur l'art. 7 de ce qui constitue des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant. Le juge L'Heureux-Dubé estime que la tentative de l'appelante d'importer le droit à la vie privée prévu à l'art. 8 dans l'analyse de l'art. 7 ne s'applique pas dans le con-

sumed within the right to security of the person (see paras. 97-98). My approach is not to import the s. 8 right to privacy into s. 7, *per se*, and give it some kind of pre-eminence in the balancing of interests at stake, but rather to look at the procedural safeguards developed in the s. 8 jurisprudence for the protection of the individual's right to be free from unwarranted state intrusion.

Applying the two *Hunter* criteria discussed above to child apprehension, it becomes apparent that the director or a representative of the Child and Family Services agency, as well as a peace officer, is empowered under Part III of the Act generally, and under s. 21(1) specifically, to act as both investigator of whether a child is in need of protection and adjudicator of whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care. The conflation of these two roles within the same agency seriously undermines the ability of these investigators to act impartially and, consequently, risks the possibility that the statutory requirement of reasonable and probable grounds will be diluted — possibly to the extent that children may be apprehended on the basis of suspicion. Indeed, during oral submissions before us, counsel for the respondent, the Winnipeg Child and Family Services, conceded that, as a matter of practice, the decision to apprehend a child is sometimes made on the basis of suspicion that a child is in need of protection, rather than on reasonable and probable grounds. This failure to adhere to statutory requirements reinforces, in my view, the desirability of prior judicial review in non-emergency cases.

My colleague, L'Heureux-Dubé J. has suggested that an *ex parte* judicial review would be essentially futile, if not meaningless, since the authorizing judge would tend to defer to the expertise of the agency (see para. 113). Even though I believe that on an *ex parte* application, a judge may have little choice but to defer somewhat to the presentation of the case made by the applying agency, any

texte de la protection des enfants étant donné que le droit à la vie privée du parent est inclus dans le droit à la sécurité de la personne (voir par. 97 et 98). Ma démarche vise non pas à importer le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 dans l'art. 7 et à lui conférer une certaine prééminence dans la pondération des droits en cause, mais plutôt à examiner les garanties procédurales qui ont été élaborées dans la jurisprudence concernant l'art. 8 pour protéger le droit de l'individu de ne pas subir d'ingérences injustifiées de la part de l'État.

Si l'on applique les deux critères de l'arrêt *Hunter* exposés plus haut à l'appréhension de l'enfant, il est clair que le Directeur, un représentant de l'Office des services à l'enfant et à la famille ou un agent de la paix a le pouvoir, en vertu de la partie III de la Loi de façon générale et du par. 21(1) en particulier, de jouer à la fois le rôle d'enquêteur pour déterminer si l'enfant a besoin de protection et celui d'arbitre pour décider si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents. Comme la fusion de ces deux rôles au sein du même organisme mine considérablement la capacité de ces enquêteurs d'agir de façon impartiale, il est possible que l'exigence légale des motifs raisonnables et probables en soit diluée, à tel point que des enfants risquent d'être appréhendés sur la base d'un simple soupçon. En fait, l'avocat de l'intimé, l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg, a concédé à l'audience qu'en pratique la décision d'appréhender un enfant est parfois fondée sur le soupçon qu'il a besoin de protection, plutôt que sur des motifs raisonnables et probables. À mon avis, ce non-respect des exigences légales fait qu'il est encore plus souhaitable de prévoir un contrôle judiciaire préalable à l'appréhension en l'absence d'urgence.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre qu'un contrôle judiciaire *ex parte* serait essentiellement futile, voire vide de sens, étant donné que le juge accordant l'autorisation aurait tendance à s'en remettre à l'expertise de l'office (voir par. 113). À mon avis, même si le juge qui entend une demande *ex parte* peut n'avoir d'autre choix que de s'en remettre, dans une certaine

concerns that the judge may have about the appropriateness of the initiative may result in further information being requested. In addition, if the concerns are profound enough, and the child is not at any immediate risk of harm, the matter might be adjourned for an adversarial hearing. An independent judicial scrutiny of the appropriateness of the apprehension will also serve to ensure that child protection agencies act on reasonable and probable grounds, grounds that they can articulate, before initiating an apprehension in a non-emergency situation.

25 In this case, the respondent acknowledged that

[i]n non-emergency situations, if a decision is made to apprehend a child, it is because minimum goals have not been achieved. Conversations with the parents about what expectations needed to be met would have occurred. After that had not worked, then an apprehension would occur.

(Respondent's factum, para. 95, citing the evidence of James Keith Cooper, appellant's record, vol. II, at pp. 354-55.)

26 This would appear to be a departure, in practice, from the overarching principles of the Act, which state that families are "entitled to receive preventive and supportive services directed to preserving the family unit": principle 7. However, these comments about the approach of the respondent to child apprehension serve to illustrate the benefits that would be achieved by an impartial review of an application: at the very least, it would ensure that apprehension remains a measure of last resort.

27 Given that this Court has recognized in *G. (J.)*, *supra*, at para. 72, that a fair hearing before a neutral and impartial arbiter is constitutionally necessary before the state can remove a child from his or her parent's custody, it seems entirely consistent to rule in this same context that before the state can act to apprehend a child in a non-emergency situation, the agency or a peace officer must apply to the court for a warrant, and may do so on an *ex parte* basis if notice is not desirable, in order to satisfy the principles of fundamental justice. This

mesure, à la présentation de l'affaire faite par l'office, il peut demander des renseignements supplémentaires s'il a des réserves quant à l'opportunité de l'initiative. De plus, dans le cas où les réserves sont assez importantes et où l'enfant ne court pas un risque imminent, il peut ajourner l'affaire afin de tenir une audition contradictoire. En outre, un examen judiciaire indépendant de l'opportunité de l'apprehension permettra également de veiller à ce que l'office de protection de l'enfant agisse selon des motifs raisonnables et probables, qu'elle est capable d'exprimer de façon cohérente, avant de procéder à une appréhension en l'absence d'urgence.

En l'espèce, l'intimé reconnaît que

[TRADUCTION] [e]n l'absence d'urgence, on décide d'appréhender l'enfant lorsqu'on n'a pas atteint des objectifs minimaux. Il y a déjà eu des conversations avec les parents sur ce qu'on s'attendait d'eux. C'est seulement après l'échec d'une telle démarche qu'on appréhende l'enfant.

(Mémoire de l'intimé, par. 95, citant le témoignage de James Keith Cooper, dossier de l'appelante, vol. II, aux pp. 354 et 355.)

Cela paraît s'écarter, en pratique, des principes fondamentaux de la Loi, selon lesquels les familles «ont le droit de recevoir des services de prévention et de soutien offerts afin de sauvegarder l'unité de la famille»: principe 7. Cependant, ces remarques au sujet de la démarche que suit l'intimé en matière d'appréhension d'enfants illustrent les avantages de l'examen impartial de la demande: au moins, l'appréhension demeurera une mesure de dernier recours.

Vu que notre Cour reconnaît, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 72, que la tenue d'une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial est constitutionnellement nécessaire avant que l'État puisse retirer à un parent la garde de son enfant, il semble tout à fait logique de décider, dans le même contexte, qu'avant l'appréhension d'un enfant par l'État en l'absence d'urgence, l'office ou un agent de la paix doit demander un mandat à la cour, agissant *ex parte* s'il n'est pas souhaitable de donner un préavis, pour se conformer aux principes de

extension of our holding in *G. (J.)* is also called for by the internal inconsistencies of the Act itself, as I point out in the following section.

(b) *The Legislative Context*

Viewed in its entirety, Part III of the Act seems to offer greater procedural protection to the manner in which the state interferes with parental custody than to the appropriateness of the intervention itself. For ease of reference, I set out the relevant sections of the Act:

17(1) For purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

21(1) The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes that a child is in need of protection, may apprehend the child without a warrant and take the child to a place of safety where the child may be detained for examination and temporary care and be dealt with in accordance with the provisions of this Part.

21(2) The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes

- (a) that a child is in immediate danger; or
- (b) that a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her;

may, without warrant and by force if necessary, enter any premises to investigate the matter and if the child appears to be in need of protection shall

- (c) apprehend the child and take the child to a place of safety; or
- (d) take such other steps as are necessary to protect the child.

21(3) On application, a judge, master, magistrate or justice of the peace who is satisfied that there are reasonable and probable grounds for believing there is a child who is in need of protection, may issue a warrant authorizing an agency or a peace officer

- (a) to enter, by force if necessary, a building or other place specified in the warrant and search for the child; and

justice fondamentale. Cette extension du principe élaboré dans l'arrêt *G. (J.)* est également justifiée par les incohérences internes de la Loi, comme je le soulignerai dans la prochaine partie.

(b) *Le contexte législatif*

Dans l'ensemble, la protection procédurale offerte par la partie III de la Loi semble viser davantage la façon dont l'ingérence de l'État dans la garde de l'enfant se produit que l'opportunité de l'intervention elle-même. Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes de la Loi:

17(1) Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

21(1) Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut appréhender l'enfant sans mandat et le conduire dans un lieu sûr où il peut être détenu à des fins d'examen et de soins provisoires et être traité selon les dispositions de la présente Partie.

21(2) Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire

- a) qu'un enfant est en danger immédiat; ou
- b) qu'un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui;

peut, sans mandat et par la force si nécessaire, pénétrer en tout lieu afin d'enquêter sur les faits de l'affaire et doit, si l'enfant semble avoir besoin de protection

- c) appréhender l'enfant et le conduire dans un lieu sûr; ou
- d) prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

21(3) À la suite d'une demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut décerner un mandat autorisant un office ou un agent de la paix

- a) à pénétrer, par la force si nécessaire, dans un immeuble ou dans un autre endroit précisé dans le mandat et à rechercher l'enfant; et

- (b) if the child appears to be in need of protection,
- (i) to apprehend the child and to take the child to a place of safety, or
 - (ii) to take such other steps as are necessary to protect the child.

- b) si l'enfant semble avoir besoin de protection
- (i) à appréhender l'enfant et à le conduire dans un lieu sûr, ou
 - (ii) à prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

29

First, I note that s. 21(3) requires prior judicial authorization, in the form of a warrant, to permit entry to a building or other place to search for a child in need of protection. The alternative method of legal forced entry to apprehend a child in need of protection is contained in s. 21(2), which provides for apprehension without warrant in case of emergency. Emergency is then further defined to refer to cases where (a) a child in immediate danger or, (b) a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her. By logical inference then, s. 21(3) applies to non-emergency situations where the child believed to be in need of protection is located within a building or other place, to which the agency representative or peace officer has been denied access. In contrast, s. 21(1) provides for the warrantless apprehension of a child in need of protection in what we must also logically infer, by reference to subss. (2) and (3), are non-emergency situations where the child is located outside the home, for instance at school, or on the street, or as in this case, in a hospital.

Premièrement, je note que le par. 21(3) exige une autorisation judiciaire préalable, soit un mandat permettant de pénétrer dans un immeuble ou autre lieu pour rechercher un enfant qui a besoin de protection. L'autre méthode permettant de pénétrer légalement par la force dans un immeuble pour appréhender un enfant qui a besoin de protection est prévue au par. 21(2), qui permet l'appréhension sans mandat en cas d'urgence. L'urgence est définie de façon plus détaillée comme étant un cas où soit a) un enfant est en danger immédiat; ou encore b) un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui. Il est donc logique de déduire que le par. 21(3) s'applique à des situations non urgentes où l'enfant qui aurait besoin de protection se trouve dans un immeuble ou autre lieu dont on a refusé l'accès au représentant de l'office ou à l'agent de la paix. Par contre, le par. 21(1) prévoit l'appréhension sans mandat d'un enfant ayant besoin de protection. À la suite de la lecture des par. (2) et (3), nous devons logiquement déduire que le par. 21(1) s'applique aussi à des situations non urgentes, mais cette fois lorsque l'enfant ne se trouve pas au foyer, mais, par exemple, à l'école ou dans la rue, ou, comme en l'espèce, à l'hôpital.

30

I find it difficult to conceive that physical entry into a building or place (for the purpose of apprehending a child) deserves greater procedural protection from mistaken or inappropriate state action than the actual apprehension and removal of the child from the parent's care. This is not to suggest that the appropriate course is to remove the requirement for a warrant when a home has to be entered to apprehend a child. Rather, it is to illustrate the anomalous nature of the legislative scheme that would have required application for a judicially authorized warrant had the appellant given birth to her child at home rather than at the hospital. In other words, the scheme, as it stands

Je conçois difficilement que l'accès physique à un immeuble ou autre endroit pour appréhender un enfant mérite, sur le plan de la procédure, une plus grande protection contre une mesure étatique erronée ou inappropriée que l'appréhension elle-même et le fait de retirer l'enfant au parent. Je ne veux pas laisser entendre qu'il convient d'éliminer la nécessité d'un mandat dans les cas où l'on doit pénétrer dans une demeure pour appréhender un enfant. Il s'agit plutôt d'illustrer l'anomalie du régime législatif qui aurait prévu l'obtention obligatoire d'un mandat judiciaire si l'appelante avait accouché chez elle plutôt qu'à l'hôpital. En d'autres termes, le régime actuel met l'accent, de

now, places what appears to be an arbitrary emphasis on where the child is located, rather than on the urgency of the need for protection and on the importance of using apprehension as a measure of last resort.

(c) *The Risk to Children of Distinguishing Between Emergency and Non-Emergency Cases*

All parties concede the constitutional validity of the warrantless apprehension of children in emergency situations. Indeed, several provincial child protection statutes provide for this, with varying definitions of emergency. I have just referred to the Manitoba Act's provision for a warrantless, forced entry into premises where a child is in "immediate danger" or has been left without the care of a responsible person and is unable to care for him- or herself, this latter requirement inferring a risk of immediate danger: s. 21(2). The immediate danger justification for a warrantless apprehension is also used in British Columbia's *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 27(1) and 30(1); in the Yukon's *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119(1); and in Nova Scotia's *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, s. 34(3), the term "immediate jeopardy" is used.

Alberta provides for a warrantless apprehension where "the life or health of the child would be seriously and imminently endangered as a result of the time required to obtain an order": *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 17(1.3); see also ss. 17(9) and 17(10). Similar words are used to justify a warrantless apprehension in New Brunswick: *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 33(2). This echoes Ontario's provision for a warrantless apprehension in circumstances where "there would be a substantial risk to the child's health or safety during the time necessary to . . . obtain a warrant under subsection (2)": *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 40(7). Quebec is also concerned that the prior

façon arbitraire semble-t-il, sur l'endroit où se trouve l'enfant plutôt que sur l'urgence du besoin de protection et sur l'importance de n'utiliser l'apprehension en qu'en dernier recours.

(c) *Le risque que fait courir aux enfants la distinction entre l'urgence et l'absence d'urgence*

Toutes les parties reconnaissent la constitutionnalité de l'apprehension d'enfants sans mandat en cas d'urgence. En fait, les lois de plusieurs provinces sur la protection de l'enfant prévoient cette mesure, tout en définissant différemment la situation urgente. Je viens de citer la disposition de la Loi qui prévoit la possibilité de pénétrer sans mandat, par la force, dans un endroit où un enfant est en «danger immédiat» ou a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui alors qu'il est incapable de prendre soin de lui-même, cette dernière exigence supposant un risque de danger immédiat: par. 21(2). La présence d'un danger immédiat pour un enfant permet également de justifier son apprehension sans mandat en vertu des par. 27(1) et 30(1) de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 46; du par. 119(1) de la *Loi sur l'enfance* du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 22; et du par. 34(3) de la *Children and Family Services Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1990, ch. 5, où l'expression [TRADUCTION] «danger immédiat» est utilisée.

L'Alberta prévoit la possibilité d'apprehender sans mandat un enfant dont [TRADUCTION] «la vie ou la santé seraient sérieusement menacées, de façon imminente, en raison du délai requis pour obtenir une ordonnance»: *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, par. 17(1.3); voir également les par. 17(9) et 17(10). Le paragraphe 33(2) de la *Loi sur les services à la famille* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, utilise un libellé similaire pour justifier l'apprehension sans mandat, ce qui reflète la disposition ontarienne qui prévoit l'apprehension sans mandat lorsque «la santé ou la sécurité de l'enfant risqueraient vraisemblablement d'être compromises pendant le laps de temps nécessaire à l'obtention [. . .] d'un

judicial authorization not imperil the child's safety, and waives that requirement where delay would compromise the "security of a child": *Youth Protection Act*, ss. 35.3 and 45-46.

33 Newfoundland's recently enacted *Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, c. C-12.1, stipulates that a warrant to remove a child must be obtained, unless "an immediate risk to the child's health and safety" would result "if no action were taken during the time required to obtain a warrant": s. 23(3). Saskatchewan's warrantless apprehension also suggests an emergency criterion by requiring that the child be "at risk of incurring serious harm", although apprehension is obviously a last resort, since the provision stipulates that it can occur only where "no other arrangements are practicable": *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17(1).

34 In contrast to the Manitoba Act, several provinces do require a warrant, most often available on the basis of an *ex parte* application, to apprehend a child in non-emergency situations: Alberta, *Child Welfare Act*, s. 17; Nova Scotia, *Children and Family Services Act*, s. 34(1); Ontario, *Child and Family Services Act*, s. 40(2); New Brunswick, *Family Services Act*, s. 33(1); Quebec, *Youth Protection Act*, s. 35.3; Newfoundland, *Child, Youth and Family Services Act*, s. 23(1); Prince Edward Island, *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, s. 15(1); and the Yukon, *Children's Act*, s. 119(3) and (4).

35 Without passing judgment on the constitutionality of these various provisions under s. 7 of the *Charter*, I cite them to indicate that many provinces do require prior judicial authorization for the removal of a child from the parent's care, except in

mandat en vertu du paragraphe (2)»: *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, par. 40(7). Le Québec désire aussi s'assurer que l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable ne compromet pas la sécurité de l'enfant et prévoit que l'on puisse passer outre à cette exigence dans les cas où le délai compromettrait «la sécurité d'un enfant»: *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 35.3, 45 et 46.

Par ailleurs, la *Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, ch. C-12.1, que Terre-Neuve a récemment adoptée, prévoit l'obtention d'un mandat pour l'apprehension d'un enfant sauf si [TRADUCTION] «un risque immédiat pour la santé et la sécurité de l'enfant» résultait [TRADUCTION] «de la non-intervention pendant le laps de temps nécessaire à l'obtention d'un mandat»: par. 23(3). La Saskatchewan permet également l'apprehension sans mandat en cas d'urgence d'un enfant devant [TRADUCTION] «courir le risque de subir un grave préjudice»; mais une telle apprehension est manifestement une mesure de dernier recours, puisque la Loi prévoit qu'elle ne peut être utilisée qu' [TRADUCTION] «en l'absence d'autres solutions réalisables»: *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, par. 17(1).

Contrairement au Manitoba, plusieurs provinces exigent un mandat, que l'on peut dans la plupart des cas obtenir par demande *ex parte*, pour l'apprehension d'un enfant en l'absence d'urgence: l'Alberta, *Child Welfare Act*, art. 17; la Nouvelle-Écosse, *Children and Family Services Act*, par. 34(1); l'Ontario, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, par. 40(2); le Nouveau-Brunswick, *Loi sur les services à la famille*, par. 33(1); le Québec, *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 35.3; Terre-Neuve, *Child, Youth and Family Services Act*, par. 23(1); l'Île-du-Prince-Édouard, *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, par. 15(1); et le Yukon, *Loi sur l'enfance*, par. 119(3) et (4).

Sans vouloir juger de la constitutionnalité de ces diverses dispositions selon l'art. 7 de la *Charte*, je les cite pour souligner le fait que de nombreuses provinces exigent l'autorisation judiciaire préalable pour retirer au parent son enfant, sauf dans des

emergency situations where the delay associated with obtaining the warrant poses an unacceptable risk to the child, at which point the agency or peace officer may proceed without a warrant. L'Heureux-Dubé J.'s reasons suggest that the distinction between emergency and non-emergency situations is so difficult to make with any degree of accuracy, that even an *ex parte* application would cause an unacceptable delay. I cannot agree and believe that the factual situation of this case provides a good example of where an *ex parte* application would have been possible without creating an unacceptable risk to the infant.

The appellant was a client of the respondent agency for some time prior to the birth of her infant. Her two older children were often in and out of foster care, largely due to the appellant's alcohol abuse. The agency was first informed of the appellant's pregnancy in July, some four months prior to the infant's birth and subsequent apprehension in hospital. During the months before the baby was born, the appellant and the respondent discussed a plan for her to enter a residential facility, which would provide programming and support on parenting and life-skills. The appellant resisted the plan to enter the residential facility, fearing that the consequent loss of her two-bedroom apartment would jeopardize her efforts to gain permanent guardianship of her two older children. To a certain extent her fears were realized, since the trial judge later interpreted her resistance as placing a priority on her apartment over her rehabilitation: Stefanson J., Manitoba Queen's Bench, File No. CP 93-01-05907, June 24, 1997, at p. 9.

The appellant finally agreed to enter the residential facility on October 23, 1996 and her infant was born, in hospital, the following day. However, by then the facility was no longer an option in the respondent's view, partly because it was not a "locked" facility, thus the appellant's abusive partner would have access to the infant (Stefanson J., at pp. 9-10), even though there was no evidence

situations urgentes où le délai causé par le laps de temps nécessaire à l'obtention du mandat ferait courir à l'enfant un risque inacceptable et où il devient alors possible pour l'office ou l'agent de la paix de l'appréhender sans mandat. Le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre dans ses motifs qu'il est si difficile de distinguer avec un minimum d'exactitude les situations urgentes des situations non urgentes que même une demande *ex parte* entraînerait un délai inacceptable. Je ne suis pas d'accord et j'estime que les faits en l'espèce fournissent un bon exemple d'un cas où il aurait été possible de présenter une demande *ex parte* sans faire courir à l'enfant un risque inacceptable.

Avant la naissance de son enfant, l'appelante avait été une cliente de l'office intimé pendant un certain temps. Ses deux autres enfants plus âgés étaient souvent placés en familles d'accueil, en grande partie à cause de sa consommation excessive d'alcool. L'office a été informé de sa grossesse en juillet, soit environ quatre mois avant la naissance de l'enfant et son appréhension à l'hôpital. Pendant les quelques mois qui ont précédé la naissance de l'enfant, l'appelante et l'intimé ont discuté de la possibilité qu'elle emménage dans un établissement résidentiel qui l'aiderait à assumer ses responsabilités parentales et à acquérir des connaissances pratiques. Elle s'y est opposée, craignant que la perte de son appartement de deux chambres ne nuise à ses efforts pour obtenir la tutelle permanente de ses deux autres enfants. Ses craintes se sont réalisées dans une certaine mesure, car, par la suite, le juge de première instance a considéré que sa résistance signifiait qu'elle accordait plus d'importance à son appartement qu'à sa réhabilitation: juge Stefanson, Cour du Banc de la Reine du Manitoba, n° du greffe CP 93-01-05907, 24 juin 1997, à la p. 9.

L'appelante a finalement accepté d'emménager dans l'établissement résidentiel le 23 octobre 1996 et a donné naissance à son troisième enfant le lendemain, à l'hôpital. Cependant, l'office avait alors décidé que l'établissement n'était plus une solution acceptable, en partie parce que le conjoint violent de l'appelante aurait accès à l'enfant vu qu'il ne s'agissait pas d'un établissement à accès contrôlé

36

37

that either of the appellant's two older children had been physically abused. On October 25, the infant was apprehended on the basis of a faxed order from the agency to the hospital staff and taken from his mother and the hospital on October 28.

38 What is apparent to me from this brief review of the time line leading up to the infant's apprehension is that, even if we only focus on the four or five days of intense decision-making around the time of the infant's birth, there was ample time for the respondent to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision. As I have pointed out earlier, it is quite illogical that s. 21(3) would have required a warrant, had the appellant given birth at home, but none was required while the appellant remained in hospital.

39 In any event, the risk of a non-emergency situation escalating into an emergency where the child's life and health are in immediate danger, and which could be exacerbated by the delay involved in obtaining a warrant for apprehension, can be addressed by measures providing for "telewarrants", which are applied for by telephone on information sworn under oath, such as already exist in some provinces. See, for example, Alberta's *Child Welfare Act*, s. 17(2); British Columbia's *Child, Family and Community Service Act*, s. 19; and Newfoundland's *Child, Youth and Family Services Act*, s. 25. Moreover, as we have already seen, if the agency concludes that a situation has become an emergency with risk of immediate harm, the agency has the statutory authority to apprehend a child without a warrant: *infra*, at paras. 28-29.

40 While "emergency" may be a standard of some fluidity, courts have interpreted terms such as "substantial risk of harm" with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. For example, in *S. (B.) v. British Columbia (Direc-*

(le juge Stefanson, aux pp. 9 et 10), même si aucune preuve ne démontrait que l'appelante ou l'un de ses deux autres enfants avaient été victimes d'agression. Le 25 octobre, l'enfant a été appréhendé en vertu d'une directive que l'office a fait parvenir au personnel de l'hôpital par télécopieur et, le 28 octobre, on l'a enlevé à sa mère et sorti de l'hôpital.

Ce bref survol des jours qui ont précédé l'apprehension de l'enfant indique selon moi que, même si nous ne considérons que les quatre ou cinq jours de prise de décision intense à l'époque de la naissance de l'enfant, l'intimé avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l'apprehension de l'enfant sans que ce dernier ne coure de risque, car il se trouvait alors à l'hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale. Comme je l'ai déjà souligné, le fait que le par. 21(3) aurait exigé l'obtention d'un mandat si l'appelante avait accouché à la maison, mais qu'aucun mandat n'était nécessaire tant et aussi longtemps que l'appelante se trouvait à l'hôpital est tout à fait illogique.

De toute façon, on peut parer au risque qu'une situation non urgente devienne une urgence où la vie et la santé de l'enfant sont en danger immédiat et qui pourrait empirer pendant le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat, en prévoyant des «télémandats», dont la demande se fait par téléphone sur la base de renseignements fournis sous serment, comme c'est déjà le cas dans certaines provinces. Voir, par exemple, le par. 17(2) de la *Child Welfare Act* de l'Alberta; l'art. 19 de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique; et l'art. 25 de la *Child, Youth and Family Services Act* de Terre-Neuve. De plus, comme nous l'avons déjà dit, si l'office juge qu'une situation est devenue urgente et comporte un risque immédiat, il a le pouvoir légal d'appréhender l'enfant sans mandat: *infra*, aux par. 28 et 29.

Si la norme de l'«urgence» comporte une certaine part de fluidité, les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu'aux

tor of Child, Family and Community Service) (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (B.C.C.A.), at para. 111, it was made clear that a significant risk of harm was more than transitory in nature. When *bona fide* reasonable and probable grounds are asserted to justify action in emergency cases, courts can be trusted to endorse a generous view of what constitutes an emergency justifying action without prior judicial authorization.

I recognize that the Ontario Panel of Experts on Child Protection has recommended clarifying or abolishing the warrant requirements in Ontario. However, Professor Bala, *supra*, at pp. 140-41, has pointed out that there were no representatives or advocates for children or for parents on that panel, which also did not hold public hearings before making its recommendations. Be that as it may, the question before us is one of legal requirement as well as social policy. An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound.

C. Section 1

Having found that s. 21(1) of the Manitoba Act violates s. 7, I note that the respondent and the intervener, the Attorney General for Manitoba, have conceded that there would be no justification for the breach under s. 1 of the *Charter*. Lamer C.J. made this very point in *G. (J.)*, *supra*, where he stated, at para. 99, that s. 7 violations are not easily saved by s. 1. Referring to his earlier reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, Lamer C.J. reiterated: "Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional

familles. Par exemple, dans *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (C.A.C.-B.), au par. 111, la cour dit clairement qu'un risque considérable de sévices n'est pas seulement passager. Dans les cas où l'on estime qu'il existe véritablement des motifs raisonnables et probables justifiant la prise de mesures dans des situations urgentes, on peut compter sur les tribunaux pour adopter un point de vue généreux quant à la définition de l'urgence justifiant l'appréhension sans autorisation judiciaire préalable.

Je reconnais que le comité d'experts de l'Ontario sur la protection de l'enfant recommande que l'on clarifie ou abolisse les exigences de la loi ontarienne en matière de mandat. Cependant, le professeur Bala souligne que le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents et qu'il n'a pas tenu d'audiences publiques avant de faire ses recommandations: Bala, *loc. cit.*, aux pp. 140 et 141. Quoi qu'il en soit, la question dont nous sommes saisis porte autant sur une exigence légale que sur une politique sociale. L'obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial fournirait une certaine garantie aux familles faisant l'objet d'une ingérence radicale de l'État dans leur vie privée indiquant que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel.

C. L'article premier

Ayant conclu que le par. 21(1) de la Loi porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*, je note que l'intimé et l'intervenant, le procureur général du Manitoba, ont concédé que l'article premier de la *Charte* ne pouvait justifier une telle atteinte. C'est exactement ce que le juge en chef Lamer affirme dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, où il indique (au par. 99) qu'il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Citant ses motifs dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, à la p. 518, le juge en chef Lamer écrit: «L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7,

41

42

conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like”.

III. Conclusion and Remedy

43

The appellant sought damages, and a declaration of invalidity of Part III of *The Child and Family Services Act*. In my view, both remedies are inappropriate. The claim for damages is clearly unfounded. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720, this Court suggested that an individual remedy under s. 24(1) will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* as the striking down of the impugned legislation will be “the end of the matter” and no retroactive s. 24 remedy will be available. This point was reaffirmed in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347. Even if this Court were to find that an individual remedy is available to the plaintiff, it is very difficult to value the breach of the appellant’s procedural right in terms of putting her in the position she would have occupied had there been no wrong (*Schachter, supra*, at p. 725). Assuming that there had been a pre-authorization requirement, a court would likely have authorized the apprehension of the child based on the evidence the social worker would have presented. This is reinforced by the findings made by the courts subsequent to the apprehension. While I do not wish to minimize the trauma and pain which the appellant has experienced in this case, it does not seem to warrant an award of general damages. In addition, there is no evidence of any high-handedness or malice on the part of the agency.

44

Rather than declare all of Part III of the Act invalid, the respondent and the Attorney General of Manitoba argue that s. 21(1) should be severed from Part III and only that section should be invalidated. I am concerned that striking down s. 21(1) may leave a legislative vacuum between the power to apprehend without warrant in cases of emergency (s. 21(2)) and the authority to issue a war-

mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite».

III. La conclusion et la réparation

L’appelante cherche à obtenir des dommages-intérêts de même qu’une ordonnance déclarant invalide la partie III de la *Loi sur les services à l’enfant et à la famille*. À mon avis, ces deux recours sont inappropriés. La demande de dommages-intérêts n’est manifestement pas fondée. Notre Cour indique, dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720, qu’il y aura rarement lieu à réparation en vertu du par. 24(1) dans le cadre d’une action qui implique aussi l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car si la disposition législative contestée est annulée, «l’affaire est close» et il n’y a pas lieu de permettre une réparation rétroactive en vertu de l’art. 24. Ce principe a été confirmé dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347. Or, même si notre Cour concluait que l’appelante peut obtenir réparation, il serait très difficile d’évaluer l’ampleur de la violation de son droit procédural de façon à la placer dans la situation où elle aurait été s’il n’y avait pas eu faute (*Schachter, précité*, à la p. 725). À supposer qu’il y ait eu exigence d’autorisation préalable, un tribunal aurait probablement autorisé l’appréhension de l’enfant en se fondant sur le témoignage du travailleur social. Ce point de vue est étayé par les conclusions que les tribunaux ont tirées après l’appréhension. Je ne souhaite nullement minimiser le traumatisme et la douleur que l’appelante a subis en l’espèce, mais l’affaire ne semble pas justifier l’octroi de dommages-intérêts. De plus, rien n’indique que l’office a agi de façon tyrannique ou malveillante.

L’intimé et le procureur général du Manitoba soutiennent qu’au lieu de déclarer invalide l’ensemble de la partie III de la Loi il convient de retrancher le par. 21(1) de la partie III et de ne déclarer invalide que ce paragraphe. Je crains que cette solution crée un vide législatif entre le pouvoir d’appréhender un enfant sans mandat en cas d’urgence (par. 21(2)) et le pouvoir de délivrer un

rant to apprehend a child in a building or place (s. 21(3)). For greater certainty, it is in my view preferable to modify s. 21(1) to replace the words "without a warrant" with the words "with a warrant". The effect of that modification of the language of the statute is virtually identical to striking down the provision, except that it leaves no ambiguity about the authority to apprehend with a warrant in non-emergency situations.

For these reasons, I would allow the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-1986, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The apprehension of children by child protection authorities requires highly particularized decisions in difficult circumstances for everyone involved. As this Court has already observed, child protection involves state intervention in complex and interdependent relationships. These family situations often lack clear heroes or villains: *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, at para. 5.

mandat en vue de l'appréhension d'un enfant qui se trouve dans un immeuble ou autre endroit (par. 21(3)). Pour éviter cette incertitude, j'estime qu'il est préférable de modifier le par. 21(1) en remplaçant «sans mandat» par «après avoir obtenu un mandat». L'effet d'une telle modification du libellé de la Loi équivaut pour ainsi dire à l'annulation de la disposition, sauf qu'elle ne laisse subsister aucune ambiguïté en ce qui a trait au pouvoir d'appréhender un enfant après avoir obtenu un mandat, en l'absence d'urgence.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?

Oui.

2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appréhension d'enfants par les autorités de la protection de l'enfance exige des décisions très nuancées dans des circonstances difficiles pour toutes les parties concernées. Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, la protection des enfants suppose l'intervention de l'État dans des relations complexes et interdépendantes. Dans ces situations familiales, il est rare qu'on se retrouve en héros ou en vilains: *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, au par. 5.

47

It is within this very specific context that the appellant, K.L.W., challenges the constitutionality of child apprehensions that are based on Part III of the Manitoba *Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8 ("Act"). In particular, she alleges that the state's power pursuant to s. 21(1) to apprehend a child based "on reasonable and probable grounds . . . that a child is in need of protection", without prior judicial authorization in "non-emergency" situations, violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant's constitutional challenge to apprehension pursuant to s. 21(1) is inextricably linked to the statutory provisions in Part III governing the post-apprehension hearing process.

48

The issues raised by the challenge to the Act require the Court to undertake a delicate and contextual balancing under s. 7 of the following principles and interests: parents' and children's right to freedom from unjustified state intrusion into their lives; the requirements of fair procedure; children's life and health; and the state's duty and power to protect children from serious harm. Children's interests appear on both sides of this balancing scale.

I. Factual Background

49

Given the publication ban in effect as to their identity, the appellant's children have been given pseudonyms. For ease of reference, the factual background is divided into "pre-apprehension" and "post-apprehension" periods in relation to the apprehension of the appellant's third child, John, by the Winnipeg Child and Family Services ("agency").

A. Pre-apprehension

50

K.L.W., the appellant, has not had an easy life. She ran away from an abusive home as a teenager. She began to have substance abuse problems and became involved in a number of apparently abusive relationships. She is now the mother of five children. The appellant's first child, Jane, was born in 1988, when the appellant was 18 years old. The

C'est dans ce contexte très particulier que l'appelante, K.L.W., conteste la constitutionnalité des appréhensions effectuées en vertu de la partie III de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8 («Loi»). En particulier, elle allègue que le pouvoir qu'a l'État, en vertu du par. 21(1), d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence, lorsqu'il croit pour «des motifs raisonnables et probables [...] qu'un enfant a besoin de protection», contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La contestation constitutionnelle par l'appelante de l'appréhension prévue par le par. 21(1) est inextricablement liée aux dispositions de la partie III régissant l'audience qui suit l'appréhension.

Les questions soulevées par la contestation de la Loi exigent que notre Cour entreprenne une pondération contextuelle et délicate, en application de l'art. 7, des principes et des droits suivants: le droit des parents et des enfants de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État dans leur vie; les exigences de l'équité procédurale; la vie et la santé des enfants ainsi que l'obligation et le pouvoir de l'État de protéger les enfants contre tout préjudice grave. Les droits des enfants figurent des deux côtés de la balance.

I. Les faits

Étant donné l'ordonnance de non-publication relative à l'identité des enfants de l'appelante, ceux-ci sont désignés par des pseudonymes. Par souci de commodité, les faits sont divisés en deux périodes, soit «avant l'appréhension» et «après l'appréhension» du troisième enfant de l'appelante, John, par l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg («Office»).

A. Avant l'appréhension

K.L.W., l'appelante, n'a pas eu une vie facile. Adolescente, elle s'est enfuie d'un foyer où elle était maltraitée. Elle a commencé à abuser d'introuvables et a eu un certain nombre de relations apparemment violentes. Elle est maintenant mère de cinq enfants. Son premier enfant, Jane, est né en 1988, alors qu'elle avait 18 ans. Le deuxième,

second, Chris, was born in 1991. The third child, John, was born in 1996. Her two youngest children, who are not the subject of these proceedings, were conceived with John's father, D.F., with whom the appellant now appears to be in a stable relationship.

There was no evidence that the appellant or her partners ever physically assaulted her children. By her own admission, however, the appellant was unable to give her first two children the care needed during their early years, primarily due to her alcoholism. The appellant became a client of the respondent agency, beginning in 1993 when she signed a Voluntary Placement Agreement putting Jane and Chris into its care. Both children were later returned to the appellant, to whom the agency provided part-time help in the home from a social worker. However, the children were subsequently apprehended on several occasions from 1994 to 1996, on the basis that K.L.W. was intoxicated, neglecting her children, or in contact with former abusive partners. In February 1996, the agency started proceedings seeking an order for the permanent guardianship of Jane and Chris.

In July 1996, K.L.W. informed the agency that she was expecting a third child. In response to this new development, the agency made arrangements for K.L.W. to move into a residential facility designed to assist pregnant women and young mothers with parenting, life-skills and personal problems. K.L.W. refused to move, fearing that she would lose her two-bedroom apartment, and that the loss of her apartment would prejudice her challenge to the agency's efforts to gain permanent guardianship of Jane and Chris.

On October 23, 1996, approximately two weeks before the expected birth date of the appellant's third child, K.L.W. changed her mind and agreed to enter the facility. On October 24, the appellant gave birth to John two weeks prematurely. On October 25, the agency apprehended John by instructing the hospital not to discharge the appellant with her child.

Chris, est né en 1991 et le troisième, John, en 1996. Les deux plus jeunes, qui ne font pas l'objet de la présente instance, sont les enfants du père de John, D.F., avec qui elle paraît maintenant avoir une relation stable.

Rien n'indique que l'appelante ou ses conjoints aient jamais agressé physiquement les enfants. Selon son propre aveu, toutefois, l'appelante a été incapable de donner à ses deux premiers enfants les soins requis au cours de leurs premières années, surtout en raison de son alcoolisme. Elle est devenue une cliente de l'Office intimé à partir de 1993 lorsqu'elle a signé une entente de placement volontaire confiant Jane et Chris à l'Office. L'Office lui a ensuite remis les deux enfants et lui a fourni des services d'aide familiale chez elle, à temps partiel. Toutefois, les enfants ont par la suite été appréhendés à plusieurs reprises de 1994 à 1996, au motif que K.L.W. était ivre et négligeait ses enfants, ou qu'elle était en contact avec d'anciens conjoints violents. En février 1996, l'Office a institué des procédures visant l'obtention d'une ordonnance de tutelle permanente relativement à Jane et à Chris.

En juillet 1996, K.L.W. informe l'Office qu'elle attend un troisième enfant. L'Office prend alors des arrangements pour que K.L.W. emménage dans un établissement résidentiel conçu pour aider les femmes enceintes et les jeunes mères à assumer leurs responsabilités parentales, à acquérir des connaissances pratiques de la vie et à régler leurs problèmes personnels. Elle refuse de déménager, craignant de perdre son appartement de deux chambres et craignant qu'en raison de cette éventuelle perte, elle ne puisse plus empêcher l'Office d'obtenir la tutelle permanente de Jane et de Chris.

Le 23 octobre 1996, soit environ deux semaines avant la naissance prévue de son troisième enfant, K.L.W. change d'idée et accepte d'aller vivre dans l'établissement en question. Le 24 octobre, soit deux semaines avant terme, elle donne naissance à John. Le 25 octobre, l'Office appréhende John en donnant instruction à l'hôpital de ne pas laisser partir l'appelante avec son enfant.

51

52

53

B. *Post-apprehension*

54 The appellant and child remained in hospital over the weekend. On October 28, the agency determined that K.L.W. could no longer be accommodated at the residential facility. The child was discharged from hospital and placed in a foster home, under the agency's supervision. K.L.W. and John's father were each offered an hour's visit per week at the agency office.

55 Because issues of timing and delay are relevant to the s. 7 analysis, it is necessary to set out the procedural history of this case in some detail, beginning with interlocutory proceedings brought by the appellant outside of the Act's framework. On October 28, the day her child was removed from her care, the appellant filed a statement of claim seeking an injunction to restrain the agency from apprehending John on an interlocutory and final basis, as well as a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that Part III of the Act is unconstitutional. The appellant also claimed damages under s. 24(1) of the *Charter* for infringement of her s. 7 rights.

56 The appellant's motion for interim relief was brought before the Court of Queen's Bench on October 28. Hirschfield J. ordered it adjourned to November 6, to allow the agency an opportunity to respond. On October 31, the appellant filed a Notice of Motion, returnable November 5, seeking a mandatory injunction requiring the agency to return John and requesting that her lawsuit be consolidated with the child protection proceeding initiated by the agency with respect to her first two children, Jane and Chris, for which the trial was scheduled to begin in January 1997.

57 On November 5, on the basis of affidavit evidence presented by both parties, Goodman J. denied the appellant's motion for a mandatory injunction for the return of John. Goodman J. did not decide the constitutional issue. He consolidated the appellant's and the agency's actions with respect to all three children as requested by the

B. *Après l'apprehension*

L'appelante et son enfant restent à l'hôpital pendant la fin de semaine. Le 28 octobre, l'Office décide que K.L.W. ne peut plus rester dans l'établissement. L'enfant reçoit son congé de l'hôpital et est placé dans un foyer d'accueil, sous la surveillance de l'Office. K.L.W. et le père de John ont droit chacun à une heure de visite par semaine au bureau de l'Office.

Étant donné que les questions de dates et de délais sont pertinentes aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 7, il est nécessaire d'exposer en détail l'historique des procédures de la présente affaire, en commençant par les procédures interlocutoires entreprises par l'appelante hors du cadre de la Loi. Le 28 octobre, soit le jour où la garde de son enfant lui est retirée, l'appelante dépose une déclaration demandant une injonction interlocutoire et une injonction permanente afin d'interdire à l'Office d'apprehender John ainsi qu'une déclaration, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, afin de faire déclarer la partie III de la Loi inconstitutionnelle. L'appelante réclame aussi des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour atteinte aux droits garantis par l'art. 7.

La requête de l'appelante pour mesures intérimaires est présentée devant la Cour du Banc de la Reine le 28 octobre. Le juge Hirschfield l'ajourne au 6 novembre pour permettre à l'Office de répondre. Le 31 octobre, l'appelante dépose un avis de requête en injonction, présentable le 5 novembre, requérant l'Office de lui remettre John et que soient jointes sa poursuite et les procédures de protection des enfants instituées par l'Office relativement à ses deux premiers enfants, Jane et Chris, dont l'instruction devait débiter en janvier 1997.

Le 5 novembre, se fondant sur la preuve par affidavits présentée par les deux parties, le juge Goodman rejette la requête en injonction de l'appelante quant à John. Il ne se prononce pas sur la question constitutionnelle. Il joint les actions de l'appelante et de l'Office relativement aux trois enfants, tel que demandé par l'appelante, et

appellant, and ordered one additional hour of access for the appellant to John on a bi-weekly basis.

On November 1, pursuant to s. 30(1) of the Act, the agency served the appellant with a petition and notice of hearing, returnable November 22, to determine whether John was in need of protection. On November 22, the parties appeared before Master Lee with respect to the agency's application. The hearing was adjourned to a pre-trial conference on November 26. On December 9, Mercier A.C.J.Q.B. rescheduled the trial set to proceed in January to April 21, 1997. Two more pre-trial conferences took place, on February 7 and on April 11.

There was, therefore, a delay of approximately six months between John's apprehension and his child protection hearing. From April 21 to May 6, Stefanson J. presided over the trial to determine whether John and the other two children were in need of protection and whether the agency should succeed in its application for permanent guardianship of the children. He also heard arguments on the constitutional issues raised by the appellant. On May 6, Stefanson J. dismissed the constitutional challenge and on June 24, he ordered that the agency be appointed permanent guardian of Jane, Chris and John.

The appellant appealed both decisions. The Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal on May 13, 1998. On October 8, 1998, this Court granted leave to appeal ([1998] 2 S.C.R. viii) the decision on the constitutional validity of s. 21(1) of the Act.

After the dismissal of her appeal by the Court of Appeal, the appellant applied to the Manitoba Court of Queen's Bench pursuant to s. 45(3) of the Act for an order terminating the orders for permanent guardianship of her three children. In April 1999, Stefanson J. found that the appellant had made significant improvements in her life since the trial and ordered that John be returned to her. He found that the older two children were still in need of protection and refused to terminate their

accorde à cette dernière une heure de visite de plus auprès de John toutes les deux semaines.

Le 1^{er} novembre, en vertu du par. 30(1) de la Loi, l'Office signifie à l'appelante une demande et un avis d'audience, fixée au 22 novembre, pour déterminer si John a besoin de protection. Le 22 novembre, les parties comparaissent devant le conseiller-maître Lee relativement à la demande de l'Office. L'audience est ajournée pour permettre la tenue d'une conférence préparatoire fixée au 26 novembre. Le 9 décembre, le juge en chef adjoint Mercier de la Cour du Banc de la Reine fixe au 21 avril 1997 le procès prévu pour le mois de janvier. Deux autres conférences préparatoires ont lieu, une le 7 février et l'autre, le 11 avril.

Il s'écoule donc environ six mois entre l'appréhension de John et l'audience relative à la demande de protection. Du 21 avril au 6 mai, le juge Stefanson préside le procès afin de déterminer si John et les deux autres enfants ont besoin de protection et si l'Office doit avoir gain de cause quant à sa demande de tutelle permanente des enfants. Il entend également des arguments sur les questions constitutionnelles soulevées par l'appelante. Le 6 mai, il rejette la contestation constitutionnelle et, le 24 juin, il nomme l'Office tuteur permanent de Jane, Chris et John.

L'appelante fait appel de ces deux décisions. La Cour d'appel du Manitoba rejette l'appel le 13 mai 1998. Le 8 octobre 1998, notre Cour accorde l'autorisation d'appel ([1998] 2 R.C.S. viii) contre la décision portant sur la constitutionnalité du par. 21(1) de la Loi.

Après le rejet de son appel par la Cour d'appel, l'appelante demande à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, en vertu du par. 45(3) de la Loi, une ordonnance mettant fin aux ordonnances de tutelle permanente de ses trois enfants. En avril 1999, le juge Stefanson conclut que l'appelante a fait beaucoup de progrès dans sa vie depuis le procès et ordonne que John lui soit remis. Il conclut que les deux enfants plus âgés ont toujours besoin de protection et refuse de mettre fin aux ordonnances de

58

59

60

61

permanent guardianship orders. This decision is not at issue in this appeal.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

62 *Constitution Act, 1982*

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

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.

The Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8

PART III

CHILD PROTECTION

17(1) For the purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

17(2) Without restricting the generality of subsection (1), a child is in need of protection where the child

(a) is without adequate care, supervision or control;

(b) is in the care, custody, control or charge of a person

(i) who is unable or unwilling to provide adequate care, supervision or control of the child, or

tutelle permanente à leur égard. Cette décision ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982

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

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.

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8

PARTIE III

PROTECTION DES ENFANTS

17(1) Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

17(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), un enfant a besoin de protection lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

a) il est privé de soins, de surveillance ou de direction convenables;

b) il est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas:

(i) ne peut ou ne veut pas lui assurer des soins, une surveillance ou une direction convenables,

(ii) whose conduct endangers or might endanger the life, health or emotional well-being of the child, or

(iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;

(c) is abused or is in danger of being abused;

(d) is beyond the control of a person who has the care, custody, control or charge of the child;

(e) is likely to suffer harm or injury due to the behaviour, condition, domestic environment or associations of the child or of a person having care, custody, control or charge of the child;

(f) is subjected to aggression or sexual harassment that endangers the life, health or emotional well-being of the child;

(g) being under the age of 12 years, is left unattended and without reasonable provision being made for the supervision and safety of the child; or

(h) is the subject, or is about to become the subject, of an unlawful adoption under *The Adoption Act* or of a sale under section 84.

21(1) The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes that a child is in need of protection, may apprehend the child without a warrant and take the child to a place of safety where the child may be detained for examination and temporary care and be dealt with in accordance with the provisions of this Part.

21(2) The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes

(a) that a child is in immediate danger; or

(b) that a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her;

may, without warrant and by force if necessary, enter any premises to investigate the matter and if the child appears to be in need of protection shall

(c) apprehend the child and take the child to a place of safety; or

(ii) par sa conduite, menace ou pourrait menacer la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant,

(iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux ou thérapeutiques appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;

c) il est victime de mauvais traitements ou menacé de mauvais traitements;

d) il échappe au contrôle de la personne qui en a le soin, la garde, la direction ou la charge;

e) il peut vraisemblablement subir un dommage ou des blessures en raison de son comportement, de son état, de son entourage ou de ses fréquentations, ou de ceux de la personne qui a le soin, la garde, la direction ou la charge de l'enfant;

f) il est l'objet d'une agression ou de harcèlement sexuel qui menace sa vie, sa santé ou son bien-être affectif;

g) il est âgé de moins de 12 ans et laissé à lui-même sans que des mesures raisonnables aient été prises pour assurer sa surveillance et sa sécurité;

h) il fait l'objet ou est sur le point de faire l'objet d'une adoption illégale visée par la *Loi sur l'adoption* ou d'une vente visée à l'article 84.

21(1) Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut appréhender l'enfant sans mandat et le conduire dans un lieu sûr où il peut être détenu à des fins d'examen et de soins provisoires et être traité selon les dispositions de la présente Partie.

21(2) Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire

a) qu'un enfant est en danger immédiat; ou

b) qu'un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui;

peut, sans mandat et par la force si nécessaire, pénétrer en tout lieu afin d'enquêter sur les faits de l'affaire et doit, si l'enfant semble avoir besoin de protection

c) appréhender l'enfant et le conduire dans un lieu sûr; ou

(d) take such other steps as are necessary to protect the child.

21(3) On application, a judge, master, magistrate or justice of the peace who is satisfied that there are reasonable and probable grounds for believing there is a child who is in need of protection, may issue a warrant authorizing an agency or a peace officer

(a) to enter, by force if necessary, a building or other place specified in the warrant and search for the child; and

(b) if the child appears to be in need of protection,

(i) to apprehend the child and to take the child to a place of safety, or

(ii) to take such other steps as are necessary to protect the child.

27(1) The agency shall, within 4 juridical days after the day of apprehension or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace on application may allow, make an application for a hearing to determine whether the child is in need of protection.

29(1) An application under subsection 27(1) shall be returnable within seven juridical days of being filed, or, where there is no sitting of the court in which the application was filed in that period, on the date of the next sitting of the court, or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace may, on application, allow.

Prior to the statute's amendment, s. 29(1) provided that:

29(1) An application under subsection 27(1) shall be returnable within 30 days of being filed or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace may, on application, allow.

III. Judgments

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

In dismissing the appellant's constitutional challenge to s. 21(1) of the Act, Stefanson J. noted that this Court's decision in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R.

d) prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

21(3) À la suite d'une demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut décerner un mandat autorisant un office ou un agent de la paix

a) à pénétrer, par la force si nécessaire, dans un immeuble ou dans un autre endroit précisé dans le mandat et à rechercher l'enfant; et

b) si l'enfant semble avoir besoin de protection

(i) à appréhender l'enfant et à le conduire dans un lieu sûr, ou

(ii) à prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

27(1) L'office doit présenter une demande d'audience visant à déterminer si l'enfant a besoin de protection, dans les 4 jours juridiques qui suivent l'appréhension de l'enfant ou sous réserve de tout délai supplémentaire que peut accorder, sur demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix.

29(1) La demande que vise le paragraphe 27 (1) est rapportée dans les sept jours ouvrables suivant son dépôt ou, si la Cour n'est pas en session pendant cette période, à la date de sa session suivante ou dans le délai plus long que peut accorder, sur demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix.

Voici le libellé du par. 29(1), avant la modification de la Loi:

29(1) Le rapport d'une demande visée au paragraphe 27(1) doit être fait dans les 30 jours du dépôt de la demande ou dans tout autre délai plus long qu'un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix peut accorder sur demande.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

En rejetant la contestation constitutionnelle faite par l'appelante contre le par. 21(1) de la Loi, le juge Stefanson note que, dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1

315, did not decide that the warrantless apprehension of a child in a non-emergency situation violates s. 7. He added that *B. (R.)* concluded that the absence of “immediate judicial review” of the apprehension does not violate s. 7. He found, based on the evidence before him, that the Manitoba courts place the “highest priority” on child protection cases. In addition, he observed that in this case, judicial review occurred within ten days of the child’s apprehension because the appellant’s counsel sought an injunction shortly after the apprehension. There was, therefore, a “speedy judicial review”, even if it was not based on the procedure set out in the Act.

In a second set of reasons released on June 24, 1997, Stefanson J. dealt with the merits of the agency’s application for permanent guardianship orders with respect to Jane, Chris and John. He reviewed the evidence presented by the agency, K.L.W. and two of the three fathers of the children in question. Much of the evidence related to K.L.W.’s history of alcoholism and her involvement in abusive relationships, including that with John’s father, D.F., who had a criminal record that included a conviction for assaulting the appellant in March 1996. The trial judge noted the appellant’s and D.F.’s failure to disclose to the agency and others their ongoing personal relationship. He also considered the appellant’s neglect of her children due to her problems with alcohol and her difficulties interacting with her children, particularly with Jane and Chris, who had behavioural problems and special needs. He noted that Jane and Chris seemed to be doing well in their foster placements. Finally, he considered the evidence of two doctors, one of whom suggested that Chris and John be returned to K.L.W. after another six months in the agency’s custody. The trial judge observed, however, that the doctor’s opinion was based in part on the misleading statements of

R.C.S. 315, notre Cour n’a pas jugé que l’appréhension sans mandat d’un enfant en l’absence d’urgence portait atteinte à l’art. 7. Il ajoute que, dans *B. (R.)*, notre Cour décide que l’absence de [TRADUCTION] «contrôle judiciaire immédiat» de l’appréhension ne porte pas atteinte à l’art. 7. Il conclut, selon la preuve, que les tribunaux manitobains accordent la [TRADUCTION] «plus grande priorité» aux décisions relatives à la protection d’enfants. En outre, il fait remarquer qu’en l’espace le contrôle judiciaire a eu lieu dans les dix jours qui ont suivi l’appréhension de l’enfant parce que l’avocat de l’appelante avait demandé une injonction peu après l’appréhension. Il y a donc eu un [TRADUCTION] «contrôle judiciaire rapide», même s’il n’a pas eu lieu selon la procédure établie par la Loi.

Dans des motifs additionnels rendus le 24 juin 1997, le juge Stefanson se prononce sur le bien-fondé de la demande de l’Office visant l’obtention d’ordonnances de tutelle permanente relativement à Jane, Chris et John. Il examine la preuve présentée par l’Office, par K.L.W. et par deux des trois pères des enfants en question. Une bonne partie de la preuve a trait aux antécédents d’alcoolisme de K.L.W. et au fait que cette dernière a eu des relations impliquant de la violence, notamment sa relation avec D.F., le père de John, qui a un casier judiciaire, dont une déclaration de culpabilité pour voies de fait sur l’appelante en mars 1996. Le juge de première instance souligne que l’appelante et D.F. n’ont pas informé l’Office et d’autres intéressés du caractère continu de leur liaison. Il note également que l’appelante néglige ses enfants en raison de ses problèmes d’alcoolisme et qu’elle a de la difficulté à interagir avec eux, surtout avec Jane et Chris, qui ont des problèmes de comportement et des besoins spéciaux. Il souligne que Jane et Chris semblent être bien adaptés dans leurs foyers d’accueil. Enfin, il tient compte du témoignage de deux médecins, dont l’un a proposé que Chris et John soient remis à K.L.W. après une autre période de six mois sous la garde de l’Office. Le juge de première instance fait toutefois remarquer que l’opinion du médecin est fondée en partie sur les

K.L.W. and D.F. to the effect that they were no longer in a relationship.

65

Stefanson J. found that the three children were in need of protection. He concluded that it was in the best interests of all three of the children to appoint the agency as their permanent guardian. He emphasized K.L.W.'s failure to deal with her "deep-rooted psychological problems" and found that her "tragic history of selecting physically abusive partners" outweighed the progress she had made in controlling her alcohol addiction over the year prior to the trial, as well as evidence of her successful enrollment in programs to help her with parenting skills and with her own history as a victim of abuse.

B. Manitoba Court of Appeal (1998), 126 Man. R. (2d) 315

66

In addition to her appeal of the merits of the trial judge's decisions, the appellant sought to have fresh evidence admitted regarding her efforts to get her life in order since the trial. In a brief unanimous judgment, Huband J.A. dismissed the application to admit fresh evidence on the basis that s. 45(3) of the Act was the appropriate mechanism for reviewing a permanent order of guardianship based on fresh evidence. At the time, s. 45(3) of the Act read as follows:

45(3) Where more than 1 year has elapsed since an order of permanent guardianship was pronounced, and the child has not been placed for adoption, the parents may apply to court for an order that the guardianship be terminated.

67

Huband J.A. went on to hold that the trial judge made no demonstrable error in coming to the conclusion that the children were in need of protection and to uphold the permanent guardianship orders. Finally, he held that the appellant's constitutional arguments failed in light of this Court's decision in *B. (R.)*, *supra*, which he suggested, at para. 5, stood for the following proposition:

déclarations trompeuses de K.L.W. et D.F., selon lesquelles ils avaient rompu.

Le juge Stefanson conclut que les trois enfants ont besoin de protection. Il statue qu'il est dans leur intérêt supérieur que l'Office soit nommé leur tuteur permanent. Il attire l'attention sur l'incapacité de K.L.W. à régler ses [TRADUCTION] «problèmes psychologiques profonds» et conclut que son [TRADUCTION] «habitude tragique de choisir des conjoints violents» l'emporte sur les progrès qu'elle a faits au cours de l'année précédant le procès pour surmonter sa dépendance à l'alcool de même que sur la preuve de sa participation fructueuse à des programmes visant à améliorer ses aptitudes parentales et à affronter son passé de personne victime d'abus.

B. Cour d'appel du Manitoba (1998), 126 Man. R. (2d) 315

En plus de son appel sur le bien-fondé des décisions du juge de première instance, l'appelante cherche à faire admettre une preuve nouvelle relativement aux efforts qu'elle a faits pour mettre de l'ordre dans sa vie depuis le procès. Dans un bref jugement unanime, le juge Huband rejette la demande d'admission de la preuve nouvelle au motif que le par. 45(3) de la Loi est le mécanisme d'examen approprié d'une ordonnance de tutelle permanente fondé sur une preuve nouvelle. À l'époque, le par. 45(3) de la Loi était ainsi libellé:

45(3) Les parents peuvent demander à la Cour de rendre une ordonnance mettant fin à la tutelle permanente, lorsqu'un délai de plus d'un an s'est écoulé depuis que l'ordonnance de tutelle permanente a été rendue et que l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption.

Le juge Huband conclut ensuite que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que les enfants ont besoin de protection et confirme les ordonnances de tutelle permanente. Enfin, il conclut que les arguments constitutionnels de l'appelante sont mal fondés d'après la décision rendue par notre Cour dans *B. (R.)*, précité, qu'il interprète ainsi (au par. 5):

... s. 7 of the [Charter] is indeed engaged, but ... legislation accords with the principles of fundamental justice, even though there is no prior notice or judicial review of the decision to apprehend, so long as the subsequent proceedings are fair.

IV. Issues

Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The following additional issue is also before us:

Did the Court of Appeal err in law in refusing the appellant's application to adduce fresh evidence?

I note that, since the appeal, s. 45(3) has been amended (S.M. 1997, c. 48, s. 23) to state that:

45(3) The parents of a child with respect to whom an order of permanent guardianship has been made may apply to court for an order that the guardianship be terminated if

- (a) the child has not been placed for adoption; and
- (b) one year has elapsed since the expiry of the parents' right to appeal from the guardianship order or, if an appeal was taken, since the appeal was finally disposed of.

In light of the conclusions reached below on the constitutional issue, and given the subsequent legislative amendments, it is not necessary for this Court to decide this issue.

[TRANSDUCTION] ... l'art. 7 de la [Charte] s'applique effectivement, mais cette loi est conforme aux principes de justice fondamentale même s'il n'y a aucun préavis ni contrôle judiciaire de la décision d'appréhender, dans la mesure où les audiences tenues par la suite sont équitables.

IV. Les questions en litige

Le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?
2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Nous sommes également saisis de la question suivante:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en refusant la demande de l'appelante de présenter une nouvelle preuve?

Je note que, depuis l'appel, le par. 45(3) a été ainsi modifié (L.M. 1997, ch. 48, art. 23):

45(3) Les parents d'un enfant à l'égard de qui une ordonnance de tutelle permanente a été rendue peuvent demander à la Cour de rendre une ordonnance mettant fin à la tutelle si:

- a) d'une part, l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption;
- b) d'autre part, un délai d'un an s'est écoulé depuis l'extinction du droit des parents d'interjeter appel de l'ordonnance de tutelle ou, si un appel a été interjeté, depuis que l'appel a été tranché de façon définitive.

Au regard des conclusions auxquelles j'en arrive sur la question constitutionnelle et étant donné les modifications législatives subséquentes, il n'y a pas lieu pour notre Cour de se prononcer sur cette question.

68

69

V. Analysis

70 Section 7 of the *Charter* requires the following two-step analysis to determine whether legislation or other state action infringes a protected *Charter* right: (1) Is there an infringement of the right to "life, liberty and security of the person"? (2) If so, is the infringement contrary to the principles of fundamental justice? See *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 584; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 53; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212.

71 The s. 7 analysis must be a contextual one: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779. In order to understand the s. 7 rights and the principles of fundamental justice at stake in this appeal, it is first necessary to outline briefly the social and legislative context in which the impugned provisions of the *Manitoba Child and Family Services Act* operate, before undertaking the s. 7 analysis.

A. *Context and Legislative Framework*(1) Social Context

72 The mutual bond of love and support between parents and their children is a crucial one and deserves great respect. Unnecessary disruptions of this bond by the state have the potential to cause significant trauma to both the parent and the child. Parents must be accorded a relatively large measure of freedom from state interference to raise their children as they see fit. Indeed, no one would dispute the fact that the task of raising a child can be difficult, especially when parents experience the types of personal, social and economic problems faced by the appellant in this case. A proper description of the general context of this case can-

V. Analyse

L'article 7 de la *Charte* exige une analyse en deux temps pour déterminer si une loi ou une action de l'État porte atteinte à un droit protégé par la *Charte*: 1) Y a-t-il une atteinte au droit à «la vie, à la liberté et à la sécurité de [la] personne»? 2) Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 584; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 53; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212.

L'analyse fondée sur l'art. 7 doit être contextuelle: *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Pour comprendre les droits garantis par l'art. 7 et les principes de justice fondamentale qui sont en jeu dans le présent pourvoi, il faut d'abord exposer brièvement le contexte social et législatif dans lequel s'appliquent les dispositions contestées de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba avant d'entreprendre l'analyse fondée sur l'art. 7.

A. *Le contexte et le cadre législatif*(1) Le contexte social

Le lien d'amour et de soutien mutuel entre les parents et leurs enfants est vital et mérite un grand respect. Une perturbation inutile de ce lien par l'État risque de causer de graves traumatismes tant aux parents qu'aux enfants. Les parents doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État pour élever leurs enfants comme ils l'entendent. Personne, d'ailleurs, ne contesterait le fait qu'élever un enfant peut être une tâche difficile, surtout lorsque les parents connaissent les mêmes genres de problèmes personnels, sociaux et économiques auxquels l'appelante a eu à faire face dans la présente affaire. Une description appro-

not ignore the frequent occurrence of child protection proceedings involving already disadvantaged members of society such as single-parent families, aboriginal families and disabled parents: see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 113-15, *per* L'Heureux-Dubé J.; Manitoba Family Services, *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*, at p. 13.

It must also be recognized that children are vulnerable and depend on their parents or other caregivers for the necessities of life, as well as for their physical, emotional and intellectual development and well-being. Thus, protecting children from harm has become a universally accepted goal: see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, now ratified by 191 states, including Canada.

Although Canada does not yet have a national database for child protection statistics, it is clear that the family does not always provide a safe environment for children: see Statistics Canada, *Family Violence in Canada: A Statistical Profile 2000*, at pp. 31 ff.; H. L. MacMillan et al., "Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement" (1997), 278 *JAMA* 131. Tragedies in Ontario and British Columbia in which children have died due to abuse and neglect in the home have led to recent reviews of the state of child protection and child welfare in those provinces: Ontario Association of Children's Aid Societies, *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report* (1997); Ontario Panel of Experts on Child Protection, *Protecting Vulnerable Children* (1998) ("Ontario Panel Report"); Ministry of Social Services of British Columbia, *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia* (1995). On the negative long-term effects of childhood abuse and neglect, see: L. S. Wissow, "Child Abuse and Neglect" (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425; Law Commission of Canada, *Restoring*

priée du contexte général de la présente affaire ne peut passer sous silence le fait que les procédures de protection des enfants concernent souvent des membres déjà défavorisés de la société comme les familles monoparentales, les familles autochtones et les parents handicapés: voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 113 à 115, le juge L'Heureux-Dubé; Services à la famille Manitoba, *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*, à la p. 13.

Il faut, toutefois, reconnaître que les enfants sont vulnérables et qu'ils dépendent de leurs parents ou d'autres personnes responsables des soins pour les nécessités de la vie de même que pour leur développement et leur bien-être physique, affectif et intellectuel. La protection des enfants est en conséquence devenue un objectif universellement reconnu: voir la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, maintenant ratifiée par 191 États, dont le Canada.

Bien que le Canada n'ait pas encore de banque de données nationale sur les statistiques relatives à la protection des enfants, il est clair que la famille ne fournit pas toujours un environnement sécuritaire pour les enfants: voir Statistique Canada, *La violence familiale au Canada: un profil statistique 2000*, à la p. 35 et suiv.; H. L. MacMillan et autres, «Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement» (1997), 278 *JAMA* 131. Des tragédies survenues en Ontario et en Colombie-Britannique, lors desquelles des enfants sont morts en raison de mauvais traitements et de négligence dans leur foyer, ont récemment donné lieu à une évaluation de l'état de la protection et du bien-être des enfants dans ces provinces: Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance, *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report* (1997); Comité d'experts en matière de protection des enfants (Ontario), *Protecting Vulnerable Children* (1998) (le «rapport du comité ontarien»); ministère des Services sociaux de la Colombie-Britannique, *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia* (1995). Pour les

73

74

Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions (2000), at pp. 44-46.

75

Because children are vulnerable and cannot exercise their rights independently, particularly at a young age, and because child abuse and neglect have long-term effects that impact negatively both on the individual child and on society, the state has assumed both the duty and the power to intervene to protect children's welfare. This responsibility finds expression in the *parens patriae* jurisdiction of the common law courts: see generally *G. (J.)*, *supra*, at paras. 69-70; *G. (D.F.)*, *supra*, at para. 56; *B. (R.)*, *supra*, at para. 88; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, at p. 607. It is also found in Book 1 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and in every provincial and territorial child protection statute. For a summary of provincial and territorial child protection legislation, see M. M. Bernstein, L. M. Kirwin and H. Bernstein, *Child Protection Law in Canada* (loose-leaf).

(2) Legislative Context

76

Canadian child protection law has undergone a significant evolution over the past decades. This evolution reflects a variety of policy shifts and orientations, as society has sought the most appropriate means of protecting children from harm. Over the last 40 years or so, society has become much more aware of problems such as battered child syndrome and child sexual abuse, leading to calls for greater preventive intervention and protection. At the same time, Canadian law has increasingly emphasized individual rights to protection against state intervention. This has led, somewhat paradoxically, both to greater scope for state intervention in the lives of families for the purpose of protecting children, and to greater emphasis on court-enforced procedural protections from such intervention: N. Bala, "An Introduction to Child Protection Problems", in N. Bala, J. P. Hornick and R.

effets négatifs à long terme des sévices et de la négligence subis pendant l'enfance, voir: L. S. Wissow, «Child Abuse and Neglect» (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425; Commission du droit du Canada, *La dignité retrouvée: La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens* (2000), aux pp. 44 à 48.

Les enfants étant vulnérables et ne pouvant exercer leurs droits de façon indépendante, surtout en bas âge, et les mauvais traitements et la négligence ayant des effets à long terme qui affectent négativement l'enfant lui-même et la société, l'État a assumé l'obligation et le pouvoir d'intervenir pour protéger le bien-être des enfants. Cette responsabilité se reflète dans la compétence *parens patriae* des tribunaux de common law: voir, de façon générale, *G. (J.)*, précité, aux par. 69 et 70; *G. (D.F.)*, précité, au par. 56; *B. (R.)*, précité, au par. 88; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, à la p. 607. Elle se retrouve également dans le livre premier du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et dans toutes les lois provinciales et territoriales portant sur la protection des enfants. Pour un résumé de ces lois, voir M. M. Bernstein, L. M. Kirwin et H. Bernstein, *Child Protection Law in Canada* (feuilles mobiles).

(2) Le contexte législatif

Le droit canadien de la protection de l'enfance a considérablement évolué au cours des dernières décennies. Cette évolution reflète les divers changements de politiques et orientations au fur et à mesure que la société cherchait le moyen le plus approprié de protéger les enfants contre tout préjudice. Au cours des 40 dernières années, la société est devenue beaucoup plus consciente des problèmes comme le syndrome de l'enfant battu et l'exploitation sexuelle des enfants, ce qui a suscité un intérêt marqué pour une meilleure intervention préventive et protectrice. Parallèlement, le droit canadien a de plus en plus mis l'accent sur la protection des droits de la personne à l'encontre de l'intervention de l'État. Cela a mené, de façon quelque peu paradoxale, à une plus grande intervention de l'État dans la vie des familles en vue de la protection des enfants et à un accroissement des

Vogl, *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State* (1991), 1; S. R. Fodden, *Family Law* (1999), at pp. 120-21; *La protection de l'enfant: évolution* (1999). For an exploration of the even more dramatic shift in English child protection law over the past decades, see: J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (1998), at pp. 366-67.

One of the ways in which legislatures have sought to respond to concerns about excessive intrusion into family life has been to provide for a range of possible measures, from least to most disruptive, by which the state, acting through child protection authorities, may intervene to protect a child from harm: see R. Vogl, "Initial Involvement", in Bala, Hornick and Vogl, *supra*, 33, at pp. 33 ff. Within this legislative framework, the least disruptive measures include support services provided to parents in the home and voluntary placements with a child protection agency.

The most disruptive form of intervention is a court order giving the agency temporary or permanent guardianship of a child. Particularly in the case of a permanent order, this may sever legal ties between parent and child forever. To make such an order, a court must find that the child is in need of protection within the meaning of the applicable statute. In addition, the court must find that the "best interests of the child" dictate a temporary or permanent transfer of guardianship. As Lamer C.J. observed in *G. (J.)*, *supra*, at para. 76: "Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child."

Apprehension is an interim child protection measure. Where it involves the physical removal of a child from his or her parents' care, it is also one of the most disruptive forms of intervention undertaken to protect children. It has the potential

protections procédurales, appliquées par les tribunaux, contre cette intervention: N. Bala, «An Introduction to Child Protection Problems», dans N. Bala, J. P. Hornick et R. Vogl, *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State* (1991), 1; S. R. Fodden, *Family Law* (1999), aux pp. 120 et 121; *La protection de l'enfant: évolution* (1999). Pour une analyse des changements encore plus importants du droit anglais de la protection de l'enfance au cours des dernières décennies, voir: J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (1998), aux pp. 366 et 367.

L'une des façons par lesquelles les législatures ont cherché à répondre aux craintes d'ingérence excessive dans la vie familiale a été de prévoir une gamme de mesures possibles, de la moindre à la plus perturbatrice, par lesquelles l'État, agissant par l'entremise des autorités de la protection de l'enfance, pouvait intervenir pour protéger un enfant contre tout préjudice: voir R. Vogl, «Initial Involvement», dans Bala, Hornick et Vogl, *op. cit.*, 33, à la p. 33 et suiv. Dans ce cadre législatif, les mesures les moins perturbatrices comprennent les services d'aide à domicile fournis aux parents et les placements volontaires auprès d'un organisme de protection de l'enfance.

La forme d'intervention la plus perturbatrice est l'ordonnance du tribunal conférant à l'Office la tutelle temporaire ou permanente d'un enfant. Surtout dans le cas d'une ordonnance de tutelle permanente, cela peut rompre pour toujours les liens juridiques entre les parents et les enfants. Pour rendre une telle ordonnance, le tribunal doit conclure que l'enfant a besoin de protection au sens de la loi applicable. En outre, il doit conclure que «l'intérêt supérieur de l'enfant» dicte un changement de tutelle temporaire ou permanent. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 76: «Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant.»

L'apprehension est une mesure de protection temporaire d'un enfant. Lorsqu'elle comporte l'enlèvement physique d'un enfant à ses parents, elle est également l'une des formes d'intervention les plus perturbatrices visant à protéger les enfants.

77

78

79

to lead to a relatively lengthy separation of parents and children, in cases where the child is held in the agency's care pending the disposition of a child protection hearing and the hearing is delayed for any reason: D. Barnhorst and B. Walter, "Child Protection Legislation in Canada", in Bala, Hornick and Vogl, *supra*, 17, at p. 25.

Elle peut mener à une séparation relativement longue des parents et des enfants si l'enfant est confié aux soins de l'Office dans l'attente de l'issue de l'audience relative à sa protection et que l'audience est retardée pour une raison quelconque: D. Barnhorst et B. Walter, «Child Protection Legislation in Canada», dans Bala, Hornick et Vogl, *op. cit.*, 17, à la p. 25.

80

Ultimately, however, as the Alberta Court of Appeal recently observed in *T. v. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603, at para. 14, child protection legislation "is about protecting children from harm; it is a child welfare statute and not a parents' rights statute". While parents' and children's rights and responsibilities must be balanced together with children's right to life and health and the state's responsibility to protect children, the underlying philosophy and policy of the legislation must be kept in mind when interpreting it and determining its constitutional validity.

En définitive, cependant, comme la Cour d'appel de l'Alberta l'a récemment fait remarquer dans *T. c. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603, au par. 14, la loi sur la protection de l'enfant [TRADUCTION] « *vise à protéger les enfants contre tout préjudice; il s'agit d'une loi concernant le bien-être de l'enfant et non d'une loi conférant des droits aux parents*». Bien qu'il faille pondérer à la fois les droits et les responsabilités des parents et des enfants par rapport au droit des enfants à la vie et à la santé et à la responsabilité de l'État de les protéger, il faut avoir à l'esprit la philosophie et les principes qui sous-tendent la loi lorsqu'il s'agit de l'interpréter et d'en déterminer la constitutionnalité.

(3) Legislative Framework of the Manitoba Act

(3) Le cadre législatif de la Loi manitobaine

81

In terms of its overarching framework, the Act specifies in s. 2(1) that the best interests of the child shall be "the paramount consideration" in all proceedings affecting a child, "other than proceedings to determine whether a child is in need of protection" (emphasis added). Article 3(1) of the *UN Convention on the Rights of the Child*, to which Canada is a signatory, requires that: "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". In light of the *Convention's* wording, the Manitoba provision is understandable, since in the setting of protection proceedings the best interests of the child are reduced from being the paramount consideration to being a primary consideration. This avoids establishing a higher threshold than even the *Convention* requires, for situations in which time can be of the essence. Precluding the exclusive use of the abstract concept of "best interests" in protection proceedings allows attention to

En ce qui concerne ses principes fondamentaux, la Loi prévoit au par. 2(1) que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le «critère de décision le plus important» dans toute démarche touchant à ses droits, «à l'exception d'une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection» (je souligne). Le paragraphe 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* de l'ONU, dont le Canada est signataire, précise: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.» À la lumière du libellé de la *Convention*, la disposition manitobaine se comprend bien, car elle prévoit que, dans le cadre de procédures concernant la protection de l'enfant, l'intérêt supérieur de ce dernier est non plus le critère le plus important, mais seulement une considération primordiale. Cela permet d'éviter d'établir un critère plus strict que celui prévu par la *Convention*

be given as well to the Act's other, more concrete, criteria for determining when a child is in need of protection.

Part II of the Act sets out less disruptive types of services that child protection authorities may provide to families, generally with the consent of parents, including: counselling, guidance, the provision of homemaker or day care services, and voluntary placement agreements.

Part III of the Act governs child protection proceedings with respect to a "child in need of protection" as defined in s. 17. Part III provides for apprehension based on "reasonable and probable grounds [to] believ[e] that [the] child is in need of protection" in s. 21(1). Apprehension is subject to a prior warrant requirement for entry into a building or other place when there is no "immediate danger" to a child and no lack of responsible care for a vulnerable child: see ss. 21(2) and 21(3). Part III then sets out the notice and hearing requirements with which the agency must comply, after apprehension, in order to obtain a judicial determination of whether a child is in need of protection, and if so, whether the child requires the agency's supervision or guardianship pursuant to a court order. The evidence in this case supports the proposition that in Manitoba the apprehension of a child is a last resort. The respondent agency's Director is mandated by the Act's s. 4(1) to:

(d) ensure the development and establishment of standards of services and practices and procedures to be followed where services are provided to children and families;

and

(e) ensure that agencies are providing the standard of services and are following the procedures and practices

elle-même pour les cas où le délai peut être un élément essentiel. Empêcher l'utilisation exclusive du concept abstrait de l'«intérêt supérieur» dans les procédures de protection permet de tenir compte également d'autres critères plus concrets de la Loi pour déterminer quand l'enfant a besoin de protection.

La partie II de la Loi prévoit des types de services moins perturbateurs que les autorités de la protection de l'enfance peuvent fournir aux familles, généralement avec le consentement des parents, notamment les conseils, l'encadrement, la prestation de services d'aide à domicile ou de garde ainsi que les ententes de placement volontaire.

La partie III de la Loi régit les instances relatives à la protection de l'enfant dans le cas de tout «enfant ayant besoin de protection» au sens de la définition figurant à l'art. 17. Elle prévoit au par. 21(1) l'apprehension fondée sur «des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection». L'apprehension est subordonnée à l'exigence d'obtenir un mandat avant de pénétrer dans un immeuble ou autre lieu dans les cas où il n'y a aucun «danger immédiat» pour l'enfant et où il y a une personne responsable pour prendre soin de l'enfant vulnérable: voir les par. 21(2) et 21(3). Elle prévoit ensuite les exigences d'avis et d'audience auxquelles l'Office doit se conformer, après l'apprehension, pour que le tribunal détermine si un enfant a besoin de protection et, le cas échéant, si l'enfant nécessite la surveillance ou la tutelle de l'Office conformément à un ordre de la Cour. La preuve étaye ici l'affirmation que l'apprehension de l'enfant est, au Manitoba, une mesure de dernier recours. Le Directeur de l'Office intimé doit, en vertu du par. 4(1) de la Loi:

d) assurer la mise en place et l'adoption des normes de qualité et des règles de pratique et de procédure à respecter dans les services offerts aux enfants et aux familles;

et

e) s'assurer que les offices respectent les normes de qualité et les règles de pratique et de procédure, adoptées en

82

83

established pursuant to clause (d) and by the provisions of this Act and the regulations

Several aspects of the agency's practices and procedures suggest that apprehension is carefully considered and that taking a child away from his or her family is a last resort. First, the phrase "last resort" is contained in the Training Manual for agency workers: J. S. Rycus, R. C. Hughes and J. K. Garrison, *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1 (1989), at p. 132. Second, the agency regularly cooperates with parents to establish goals for them to achieve in order to avoid apprehension. Third, there is a kinship program designed to recruit family members to care for children in need of protection. The evidence indicates that apprehensions occur in only 14 percent of the agency's cases. If one takes into account the figure that at least 50 percent of these apprehensions are classified by the agency to be emergencies, then the number of apprehensions like the one at issue in this case is revealed to be less than 7 percent of all the agency's cases. The agency's practices and procedures mandate that these apprehension decisions be last resorts. If these protocols are not followed, the courts can then intervene to impose appropriate sanctions in order to deter the agency from failing to meet either the legislation's standards or those the Act requires the agency to set for itself: see for example *C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175 (Man. Q.B.).

84 With this context and legislative framework in mind, I now turn to the constitutionality of the impugned provisions under s. 7 of the *Charter*.

B. Infringement of the Section 7 Right to Security of the Person

85 At the first stage of the s. 7 analysis, the appellant submits that the apprehension of a child infringes parental rights to liberty and security of the person and, therefore, triggers the application of s. 7. In *G. (J.)*, *supra*, at para. 58, this Court held

vertu de l'alinéa d) ou prévues par la présente loi et les règlements

Il ressort de plusieurs aspects des pratiques et des procédures de l'Office que l'apprehension fait l'objet d'un examen approfondi et que ce n'est qu'en dernier ressort que l'enfant est retiré à sa famille. Premièrement, l'expression [TRADUCTION] «dernier ressort» se trouve dans le manuel de formation des employés de l'Office: J. S. Rycus, R. C. Hughes et J. K. Garrison, *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1 (1989), à la p. 132. Deuxièmement, celui-ci collabore régulièrement avec les parents pour établir des objectifs qu'ils doivent atteindre pour éviter que leur enfant soit appréhendé. Troisièmement, on a mis en place un programme de lien de parenté en vue de recruter des membres de la famille qui pourraient prendre soin d'enfants ayant besoin de protection. Selon la preuve, l'Office appréhende l'enfant dans quatorze pour cent des cas seulement. Compte tenu du nombre indiquant qu'au moins cinquante pour cent de ces appréhensions sont des urgences selon l'Office, le nombre d'appréhensions comme celle en l'espèce constituent moins de sept pour cent des cas qui lui sont soumis. Les pratiques et procédures de l'Office prévoient que de telles appréhensions sont des mesures de dernier ressort. En cas d'inobservation de ces protocoles, les tribunaux peuvent imposer des sanctions appropriées pour dissuader l'Office de s'écarter soit des normes prévues par la loi, soit de celles que, selon la Loi, il doit s'imposer: voir, par exemple, *C. (J.M.N.) c. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175 (B.R. Man.).

Ayant à l'esprit ce contexte et ce cadre législatif, j'aborde maintenant la question de la constitutionnalité des dispositions contestées en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

B. L'atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7

À la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, l'appelante soutient que l'apprehension d'un enfant porte atteinte aux droits des parents à la liberté et à la sécurité de leur personne et que, par conséquent, elle entraîne l'application de

that legal proceedings to extend a custody order in the child protection context triggered the application of s. 7 of the *Charter*. The Court found that the deprivation of custody infringed the parent's right to security of the person. Lamer C.J. observed that this Court has determined that the s. 7 right to security of the person extends beyond physical deprivations of security of the person to protect the "psychological integrity of the individual": *G. (J.)*, *supra*, at para. 58; see more generally *Rodriguez*, *supra*, at pp. 587-88, *per* Sopinka J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.; *Morgentaler*, *supra*, at p. 173, *per* Wilson J. Where the deprivation is not physical, the "impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity", assessed objectively, in order to constitute an impairment of the s. 7 right: *G. (J.)*, *supra*, at para. 60.

Lamer C.J. reasoned in *G. (J.)*, *supra*, at para. 61, that "state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent", given the distress arising from the breaking of the bond between parent and child, the "gross intrusion into a private and intimate sphere" caused by direct state interference with the parent-child relationship through inspection and review, and the potential stigmatization of the parent as "unfit" when relieved of custody; see also *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at paras. 55-57. Thus, he found an infringement of the parent's right to security of the person within the meaning of s. 7.

Similarly, the removal of a child from parental care by way of apprehension may give rise to great emotional and psychological distress for parents and constitutes a serious intrusion into the family

l'art. 7. Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 58, notre Cour a conclu que les procédures judiciaires visant à prolonger une ordonnance de garde dans le contexte de la protection des enfants entraînaient l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que la privation de la garde portait atteinte aux droits du parent à la liberté de sa personne. Le juge en chef Lamer a fait remarquer que notre Cour avait déterminé que le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 allait au-delà des privations physiques de la sécurité de la personne et s'étendait à la protection de «l'intégrité [. . .] psychologique de la personne»: *G. (J.)*, précité, au par. 58; voir, de façon plus générale, *Rodriguez*, précité, aux pp. 587 et 588, le juge Sopinka; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *Morgentaler*, précité, à la p. 173, le juge Wilson. Lorsque la privation n'est pas physique, «il faut [. . .] que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne», selon une évaluation objective, pour constituer une atteinte au droit garanti par l'art. 7: *G. (J.)*, précité, au par. 60.

Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 61, le juge en chef Lamer explique que «le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci [. . .] porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent», compte tenu de la détresse causée par la rupture du lien affectif entre le parent et l'enfant, de l'«intrusion flagrante dans un domaine privé et intime» causée par l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant par voie d'examen et de contrôle, et de la stigmatisation potentielle du parent comme étant «inapte» lorsqu'on lui retire la garde: voir aussi *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, aux par. 55 à 57. Il conclut donc à l'existence d'une atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7.

De la même manière, le retrait d'un enfant à ses parents par voie d'apprehension peut leur causer une grande détresse affective et psychologique et constitue une ingérence grave dans la vie de la

sphere. Since s. 21(1) of the Act provides for the apprehension of a child from parental care, it contemplates an infringement of the right to security of the person which can only be carried out in accordance with the principles of fundamental justice. Given this conclusion, there is no need to consider whether the statute also infringes a parental liberty right.

C. Prior Judicial Authorization of Apprehension and the Principles of Fundamental Justice

88

Having found that apprehension impairs the parents' right to security of the person, I now turn to the question squarely raised in this appeal: do the principles of fundamental justice applicable in the child protection context require prior judicial authorization of apprehensions in "non-emergency" situations?

89

The appellant concedes that in "emergency" situations, the principles of fundamental justice dictate that a hearing occur subsequent to the child's removal. This concession is clearly based on the recognition that in cases of imminent danger, the child's right to life and health, and the state's duty to intervene to protect that right, are so compelling as to justify *post facto* assessment of state action: *B. (R.)*, *supra*, at para. 92; see also *Wallis v. Spencer*, 202 F.3d 1126 (9th Cir. 2000), at pp. 1136-37; *Dietz v. Damas*, 932 F.Supp. 431 (E.D.N.Y. 1996), at p. 444. For this reason, no provincial or territorial child protection legislation requires any form of notice or prior judicial authorization of apprehension in "emergency" situations.

90

Accordingly, we are dealing in this appeal only with what the appellant has termed "non-emergency" child protection situations. The appellant submits that there must be notice to the parents and an *inter partes* hearing prior to a "non-emergency" apprehension. In the alternative, she submits that prior *ex parte* authorization is required with respect to "non-emergency" apprehensions. The respondent agency and provincial interveners

famille. Étant donné que le par. 21(1) de la Loi prévoit l'enlèvement d'un enfant à ses parents, il vise une atteinte au droit à la sécurité de la personne qui ne peut avoir lieu que conformément aux principes de justice fondamentale. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer si la loi porte également atteinte au droit des parents à leur liberté.

C. L'autorisation judiciaire préalable de l'apprehension et les principes de justice fondamentale

Ayant conclu que l'apprehension porte atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne, j'aborde maintenant la véritable question soulevée dans ce pourvoi: les principes de justice fondamentale applicables dans le contexte de la protection des enfants exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»?

L'appelante concède que dans des situations d'urgence, les principes de justice fondamentale exigent que l'audience ait lieu après le retrait de l'enfant. Cette admission est manifestement fondée sur la reconnaissance que, dans les cas de danger immédiat, le droit des enfants à la vie et à la santé ainsi que l'obligation de l'État d'intervenir pour protéger ce droit sont si prédominants qu'ils justifient une évaluation après le fait de l'action de l'État: *B. (R.)*, précité, au par. 92; voir aussi *Wallis c. Spencer*, 202 F.3d 1126 (9th Cir. 2000), aux pp. 1136 et 1137; *Dietz c. Damas*, 932 F.Supp. 431 (E.D.N.Y. 1996), à la p. 444. Pour ce motif, aucune loi provinciale ou territoriale en matière de protection de l'enfance n'exige une quelconque forme d'avis ou d'autorisation judiciaire préalable à l'apprehension dans des situations d'urgence.

Par conséquent, le présent pourvoi porte uniquement sur ce que l'appelante a qualifié de cas de protection d'enfants «en l'absence d'urgence». Selon ses prétentions, un avis doit être donné aux parents et une audience *inter partes* tenue avant l'apprehension «en l'absence d'urgence». Elle soutient, subsidiairement, qu'une autorisation préalable *ex parte* est requise pour les appréhensions «en l'absence d'urgence». L'Office intimé et les inter-

submit, for their part, that a prompt post-apprehension protection hearing may conform to the principles of fundamental justice in a broader range of child protection situations than emergencies alone.

Before proceeding to analyse these submissions, I note that all of the parties to this appeal, as well as the courts below, relied to a significant extent on La Forest J.'s reasons in *B. (R.)*, *supra*, for guidance on these issues. In that appeal, La Forest J. considered the right under s. 7 to a fair hearing prior to state interference in parents' choice of medical treatment for their child. The Ontario child protection agency had apprehended a child without a warrant, pursuant to s. 19(1)(b)(ix) of the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66 (now repealed). The agency then sought a temporary wardship order to allow the agency to substitute its consent to life-saving medical treatment for the child, since the parents refused to consent. The parents challenged the fairness of the hearing with respect to the wardship order, rather than the fairness of the apprehension.

In upholding the constitutionality of the impugned provisions, La Forest J. focussed on the statutory notice requirement for the wardship hearing and on the adversarial nature of the proceedings. He did not consider the fairness of the apprehension *per se*. Moreover, the apprehension in that case occurred in what La Forest J. recognized as an "emergency" situation, broadly defined. Thus, the question decided then was quite different from the one raised by the present appeal. Contrary to the findings of the Court of Appeal in this case, this Court did not reach any conclusion in *B. (R.)*, *supra*, on the specific issue of whether prior judicial authorization of apprehension in "non-emergency" situations is required for compliance with the principles of fundamental justice.

Many of the general principles La Forest J. enunciated remain relevant, however, and were

venants provinciaux font valoir, quant à eux, qu'une audience tenue promptement après l'apprehension peut être conforme aux principes de justice fondamentale dans un éventail de situations de protection des enfants plus large que les situations d'urgence.

Avant d'aborder l'analyse de ces prétentions, je souligne que toutes les parties au présent pourvoi, de même que les tribunaux d'instance inférieure, se sont largement inspirés des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)*, précité. Dans ce pourvoi, le juge La Forest a examiné la question de savoir si l'art. 7 conférait le droit à une audition équitable préalable à l'ingérence de l'État dans le choix des parents en ce qui concerne le traitement médical de leur enfant. Les autorités de la protection de l'enfance de l'Ontario avaient appréhendé un enfant sans mandat en vertu du sous-al. 19(1)(b)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66 (maintenant abrogé). L'organisme a ensuite demandé une ordonnance de garde temporaire l'autorisant à consentir, devant le refus des parents et à leur place, à un traitement médical permettant de sauver la vie de l'enfant. Les parents ont contesté le caractère équitable de l'audition relative à l'ordonnance de garde plutôt que le caractère équitable de l'apprehension.

En confirmant la constitutionnalité des dispositions contestées, le juge La Forest a insisté sur l'exigence d'un avis préalable à l'audience relative à la garde et sur la nature contradictoire de l'instance. Il n'a pas examiné le caractère équitable de l'apprehension en soi. De plus, l'apprehension dans cette affaire avait eu lieu dans ce que le juge La Forest a reconnu comme étant une situation d'urgence au sens large. Par conséquent, la question alors tranchée était très différente de celle soulevée dans le présent appel. Contrairement à ce qu'a affirmé la Cour d'appel dans la présente affaire, notre Cour n'a tiré aucune conclusion dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, sur la question précise de savoir si les principes de justice fondamentale exigent une autorisation judiciaire préalable à une apprehension «en l'absence d'urgence».

Plusieurs des principes généraux énoncés par le juge La Forest demeurent toutefois pertinents et

91

92

93

approved by this Court in *G. (J.)*, *supra*. In *B. (R.)*, *supra*, at para. 88, cited with approval by Lamer C.J. in *G. (J.)*, *supra*, at para. 70, La Forest J. stated that there are two fundamental principles at stake in the child protection context:

The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

It remains, therefore, for this Court to determine what the principles of fundamental justice require with respect to the threshold for apprehension without prior judicial authorization. In doing so, it is necessary to balance the following factors: (1) the seriousness of the interests at stake; (2) the difficulties associated with distinguishing emergency from non-emergency child protection situations; and (3) an assessment of the risks to children associated with adopting an "emergency" threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization.

(1) Interests at Stake

As in *G. (J.)*, *supra*, the interests at stake in cases of apprehension are of the highest order, given the impact that state action involving the separation of parents and children may have on all of their lives, and particularly on their psychological and emotional well-being. From the child's perspective, state action in the form of apprehension seeks to ensure the protection, and indeed the very survival, of another interest of fundamental importance: the child's life and health. Given that children are highly vulnerable members of our society, and given society's interest in protecting them from harm, fair process in the child protection context must reflect the fact that children's lives and health may need to be given priority where the protection of these interests diverges from the protection of parents' rights to freedom from state intervention.

ont été approuvés par notre Cour dans l'arrêt *G. (J.)*, précité. Dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, au par. 88, cité avec approbation par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, au par. 70, le juge La Forest déclare qu'il existe deux principes fondamentaux dans le contexte de la protection des enfants:

La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

Il appartient donc à notre Cour de déterminer quel est le seuil requis par les principes de justice fondamentale pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable. Ce faisant, il est nécessaire de soulever les facteurs suivants: (1) l'importance des intérêts en jeu; (2) la difficulté de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence dans les cas de protection d'enfants; (3) l'évaluation des risques que présente pour les enfants l'adoption du critère «d'urgence», par opposition aux avantages de l'autorisation judiciaire préalable.

(1) Les intérêts en question

Comme dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, les intérêts en question dans les cas d'appréhension sont de la plus haute importance, compte tenu des répercussions que l'action de l'État comportant la séparation des parents de leurs enfants peut avoir sur toute leur vie, en particulier sur leur bien-être psychologique et affectif. Du point de vue de l'enfant, l'action de l'État, sous forme d'appréhension, vise à assurer la protection, sinon la survie d'un autre droit d'une importance fondamentale: la vie de l'enfant et sa santé. Étant donné que les enfants sont des individus très vulnérables dans notre société et étant donné l'intérêt qu'a la société à les protéger contre tout préjudice, le processus équitable dans le contexte de la protection des enfants doit tenir compte du fait qu'il faut parfois accorder la priorité à leur vie et à leur santé lorsque la protection de ces intérêts diverge de celle du droit des parents d'être à l'abri de l'intervention de l'État.

The appellant sought to introduce into the s. 7 analysis a s. 8 *Charter* argument on the reasonable expectation of privacy. This was done with a view to importing into the child protection context the rationale, developed in the criminal context, for requiring prior *ex parte* authorization, where feasible, as preventive protection against the infringement of privacy interests: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

This Court has suggested in cases such as *Beare*, *supra*, at p. 412, *per* La Forest J., and *Mills*, *supra*, at para. 62, *per* McLachlin and Iacobucci JJ., that the principles of fundamental justice include a right to privacy given its great value to society: see also *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 110, *per* L'Heureux-Dubé J. In particular, this Court has recognized that it may be necessary, in certain contexts, to balance one individual's right to privacy against another individual's competing rights and interests: *Mills*, *supra*; *O'Connor*, *supra*.

This line of reasoning is not directly applicable, however, in the context of this appeal. In the child protection context, both parents' and children's privacy interests are better viewed as being included within the fundamental right at stake: the right to security of the person: see *G. (J.)*, *supra*, at paras. 61-62. The privacy interest underlies and informs the content of this right. It does not, however, provide an appropriate basis for importing a s. 8 analysis to determine, under the s. 7 balancing of principles of fundamental justice, what procedural protections are required against state intrusion in the form of apprehension.

To summarize, the interests at stake in the child protection context dictate a somewhat different balancing analysis from that undertaken with respect to the accused's s. 7 and s. 8 rights in the criminal context. Moreover, the state's protective purpose in apprehending a child is clearly distinguishable from the state's punitive purpose in the

L'appelante cherche à intégrer à l'analyse en vertu de l'art. 7 un argument fondé sur l'art. 8 de la *Charte*, selon lequel chacun peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée. Ceci dans le but d'appliquer au contexte de la protection des enfants le fondement, élaboré dans le contexte criminel, de l'exigence d'autorisation préalable *ex parte*, lorsque cela est possible, en tant que mesure de protection préventive contre les atteintes au droit à la vie privée: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Dans des arrêts tels *Beare*, précité, à la p. 412, le juge La Forest, et *Mills*, précité, au par. 62, les juges McLachlin et Iacobucci, notre Cour indique que les principes de justice fondamentale comprennent le droit à la vie privée, vu l'importance qu'il revêt pour la société: voir aussi *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 110, le juge L'Heureux-Dubé. Notre Cour reconnaît notamment qu'il est parfois nécessaire, dans certains contextes, de trouver un juste équilibre entre le droit à la vie privée d'une personne et les droits et intérêts opposés d'une autre personne: *Mills* et *O'Connor*, précités.

Ce type de raisonnement n'est cependant pas directement applicable dans le cadre du présent pourvoi. Dans un contexte de protection des enfants, il faut considérer le droit à la vie privée des parents et des enfants comme étant inclus dans le droit fondamental en jeu: le droit à la sécurité de la personne: voir *G. (J.)*, précité, aux par. 61 et 62. Le droit à la vie privée sous-tend le contenu de ce droit. Ce n'est cependant pas un fondement approprié pour y incorporer l'analyse de l'art. 8 aux fins de déterminer, en vertu de la pondération des principes de justice fondamentale fondée sur l'art. 7, quelles sont les protections procédurales requises contre l'intervention de l'État sous forme d'apprehension.

En résumé, les intérêts en jeu dans le contexte de la protection des enfants dictent une analyse quelque peu différente de celle entreprise dans le contexte criminel relativement aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 8. De plus, l'objectif de protection visé par l'État lorsqu'il appréhende un enfant se distingue manifestement du but punitif

95

96

97

98

criminal context, namely that of seeing that justice is done with respect to a criminal act. These distinctions should make courts reluctant to import procedural protections developed in the criminal context into the child protection context. On the importance of distinguishing between criminal and non-criminal contexts with respect to s. 7 analysis; see *Blencoe, supra*, at para. 92.

(2) Emergency vs. Non-Emergency Distinction in the Child Protection Context

99

There are a number of factors specific to the child protection context that must be considered in determining the appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. These factors include: the evidentiary difficulties and time pressures associated with child protection situations; and the need for preventive as well as protective state intervention with respect to children. The factors point to several difficulties associated with establishing an "emergency" threshold for the apprehension of a child. I emphasize that these difficulties are related primarily to the effective protection of children's lives and health, rather than to considerations of administrative convenience.

100

The evidentiary difficulties particular to the child protection context arise out of the fact that child protection authorities are almost always concerned with situations taking place within the intimacy of private homes. The following passage from Southin J.'s (as she then was) insightful decision in *Gareau v. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352 (S.C.), at p. 360, aff'd (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215 (C.A.), describes the problems this causes for child protection authorities carrying out their mandate:

Social workers must make difficult choices when determining what to do about a child allegedly in danger. From time to time, we read of a child who dies because he was physically maltreated. The ministry is sometimes blamed for not having done enough. A child

qu'il vise dans le contexte criminel, à savoir veiller à ce que justice soit faite relativement à un acte criminel. Du fait de ces distinctions, les tribunaux devraient hésiter à appliquer au contexte de la protection des enfants des protections procédurales élaborées dans le contexte criminel. Quant à l'importance d'établir une distinction entre les contextes criminel et non criminel dans lesquels s'effectue l'analyse fondée sur l'art. 7; voir *Blencoe*, précité, au par. 92.

(2) La distinction entre l'urgence et l'absence d'urgence dans le contexte de la protection des enfants

Nombre de facteurs propres au contexte de la protection des enfants doivent être considérés lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil approprié pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable, notamment les difficultés de preuve et les contraintes de temps dans les cas de protection d'enfants ainsi que la nécessité d'une intervention tant préventive que protectrice de l'État en ce qui a trait aux enfants. Ces facteurs mettent en évidence plusieurs difficultés liées à l'établissement du seuil d'«urgence» pour l'appréhension d'un enfant. Je souligne que ces difficultés sont principalement liées à la protection efficace de la vie et de la santé des enfants, plutôt qu'à des considérations de commodité administrative.

Les problèmes de preuve propres au contexte de la protection des enfants découlent du fait que les autorités de la protection de l'enfance sont presque toujours aux prises avec des situations se produisant dans l'intimité du foyer. L'extrait suivant de la décision perspicace du juge Southin (maintenant juge de la Cour d'appel) dans *Gareau c. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352 (C.S.), à la p. 360, conf. par (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215 (C.A.), décrit les problèmes qui se posent aux autorités de la protection de l'enfance dans l'exercice de leur mandat:

[TRADUCTION] Les travailleurs sociaux doivent faire des choix difficiles lorsqu'ils déterminent ce qu'il faut faire au sujet d'un enfant qui serait en danger. De temps à autre, nous lisons l'histoire d'un enfant qui meurt parce qu'il a subi des sévices corporels. Le ministère est

may have physical injuries. The ministry investigates. The parent says the child fell. The physicians say that perhaps the injuries came from a fall and perhaps they came from a beating. The evidence is inconclusive and the child is not apprehended. It was a beating. The child who is neglected may or may not tell the truth. He stays in the home and is abused further. The ministry can do little as it has insufficient evidence.

(See also: *Director of Child Welfare, supra*, at para. 18.) As this passage reveals, child protection workers are inevitably called upon to make highly time-sensitive decisions in situations in which it is often difficult, if not impossible, to determine whether a child is at risk of imminent harm, or at risk of non-imminent but serious harm, while the child remains in the parents' care. The challenging task facing child protection workers was also recognized by Lord Nicholls in his speech for the majority in *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), at p. 592:

I am very conscious of the difficulties confronting social workers and others in obtaining hard evidence, which will stand up when challenged in court, of the maltreatment meted out to children behind closed doors. Cruelty and physical abuse are notoriously difficult to prove. The task of social workers is usually anxious and often thankless. They are criticised for not having taken action in response to warning signs which are obvious enough when seen in the clear light of hindsight. Or they are criticised for making applications based on serious allegations which, in the event, are not established in court. Sometimes, whatever they do, they cannot do right.

My colleague Madam Justice Arbour writes at para. 38 that

even if we only focus on the four or five days of intense decision-making around the time of the infant's birth, there was ample time for the respondent to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision.

parfois blâmé de ne pas en avoir fait assez. Un enfant peut être blessé. Le ministère fait enquête. Le père ou la mère dit que l'enfant est tombé. Les médecins disent que les blessures ont peut-être été causées par une chute ou qu'elles ont peut-être été causées par une raclée. La preuve n'est pas concluante et l'enfant n'est pas appréhendé. Il s'agissait d'une raclée. L'enfant maltraité peut dire ou non la vérité. Il reste chez lui et il se fait maltraiter davantage. Le ministère ne peut pas faire grand-chose, car il n'a pas suffisamment d'éléments de preuve.

(Voir aussi *Director of Child Welfare, précité*, au para. 18.) Comme le révèle cet extrait, les préposés à la protection de l'enfance doivent inévitablement prendre des décisions à des moments très critiques où il est souvent difficile, voire impossible, de déterminer s'il existe pour l'enfant un risque immédiat de préjudice ou un risque non immédiat mais sérieux lorsqu'il demeure sous la garde de ses parents. Le défi que les préposés à la protection de l'enfance doivent relever a également été reconnu par lord Nicholls dans ses motifs au nom des juges majoritaires dans *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), à la p. 592:

[TRADUCTION] Je suis très conscient des difficultés qu'éprouvent les travailleurs sociaux et d'autres intervenants lorsqu'ils cherchent à obtenir des éléments de preuve tangibles, solides en cas de contestation devant les tribunaux, établissant les mauvais traitements que subissent des enfants en privé. Il est notoirement difficile de prouver la cruauté et la violence physique. La tâche des travailleurs sociaux est habituellement angoissante et souvent ingrate. On les critique parce qu'ils n'ont pas pris de mesures devant des signes avant-coureurs qui semblent assez évidents après coup. Ou encore on les critique parce qu'ils ont présenté des demandes fondées sur de graves allégations dont le bien-fondé n'est pas finalement établi devant le tribunal. Parfois, peu importe ce qu'ils font, ils ont tort.

Ma collègue Madame le juge Arbour écrit au para. 38:

... même si nous ne considérons que les quatre ou cinq jours de prise de décision intense à l'époque de la naissance de l'enfant, l'intimé avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l'apprehension de l'enfant sans que ce dernier ne coure de risque, car il se trouvait alors à l'hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale.

I disagree with this characterization. In my view, this case illustrates very well how time-sensitive apprehension decisions can be. Far from having four or five days to decide, the agency had to act on Friday October 25, 1996 after the baby's birth the night before. If the apprehension had not been accomplished immediately, the mother would have been free to leave the hospital with the baby. The reason the social worker needed to intervene so quickly was because the appellant "had a history of drug and alcohol abuse. We weren't sure exactly how long it had been since she had been sober". In preparing for the apprehension, the agency could not have anticipated that the child would be born two weeks ahead of its due date. The agency's attempt to place the appellant into a residential facility immediately upon her October 23, 1996 request, two months after her refusal to go, shows that the agency used apprehension as a last resort. Only after the birth of her child and the resulting impossibility of the appellant's staying safely at the residential facility — because of minimal supervision and the threat posed by her abusive partner — did the agency finally decide to apprehend. At this stage immediate action was imperative since the appellant's discharge from the hospital could have taken place at any moment, subject only to her own volition. Even if counsel's estimate at oral argument that it would take 20 hours to prepare affidavits for an *ex parte* warrant application is high, the time pressures of that Friday would have caused the type of *ex parte* proceeding proposed by Madam Justice Arbour to impose a risk of serious harm on the baby.

Je ne souscris pas ce point de vue. À mon avis, la présente affaire illustre très bien jusqu'à quel point les décisions concernant l'apprehension sont sensibles au facteur temps. Loin de disposer de quatre ou cinq jours pour prendre une décision, l'Office devait agir le vendredi 25 octobre 1996, soit après la naissance de l'enfant la nuit précédente. Si l'Office n'avait pas immédiatement appréhendé l'enfant, la mère aurait été libre de quitter l'hôpital avec lui. La raison pour laquelle le travailleur social devait intervenir si rapidement était que l'appelante [TRADUCTION] «avait des antécédents de consommation excessive de drogue et d'alcool. Nous ne savions pas exactement depuis quand elle était sobre». L'Office ne pouvait prévoir, pendant qu'il se préparait à appréhender l'enfant, que celui-ci naîtrait deux semaines avant terme. La tentative de l'Office de transférer sans délai l'appelante dans un établissement résidentiel à la suite de la demande qu'elle avait faite en ce sens le 23 octobre 1996, soit deux mois après son refus initial, démontre qu'on a recouru à l'apprehension en dernier ressort. C'est seulement après la naissance de l'enfant, quand il est devenu impossible pour l'appelante de séjourner en toute sécurité dans l'établissement résidentiel, vu la supervision minimale qu'on y offrait et la menace que posait son conjoint violent, que l'Office a finalement décidé d'appréhender l'enfant. À ce stade-là, l'Office devait absolument agir sans tarder, car l'appelante aurait pu obtenir son congé de l'hôpital à tout moment, au gré de sa volonté. Bien que l'estimation faite par l'avocat, dans sa plaidoirie, à l'effet qu'il faudrait 20 heures pour préparer les affidavits qui doivent accompagner une demande de mandat *ex parte*, soit généreuse, les contraintes de temps ce vendredi-là auraient fait en sorte que la tenue d'une instance *ex parte* comme celle que propose Madame le juge Arbour aurait fait courir un risque grave au bébé.

Aside from evidentiary difficulties and time pressures, it is also important to recognize that the state must be able to take preventive action to protect children: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 83-85, *per* L'Heureux-Dubé J.; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 178, *per*

Outre les difficultés sur le plan de la preuve et les contraintes de temps, il est aussi important de reconnaître que l'État doit pouvoir prendre des mesures préventives pour protéger les enfants: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 83 à 85, le juge L'Heureux-Dubé; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993]

L'Heureux-Dubé J. This means that the state should not always be required to wait until a child has been seriously harmed before being allowed to intervene. Requiring prior judicial authorization in "non-emergency" situations, assuming that they can be distinguished, may impede pro-active intervention by placing the burden on the state to justify intervention in situations of arguably "non-imminent", yet serious, danger to the child.

Some of the difficulties associated with the emergency standard are illustrated by s. 17(2)(a) of the Manitoba *Child and Family Services Act*, which defines "child in need of protection" to include situations in which a child is "without adequate care, supervision or control". While this term is broad, it contemplates situations of serious risk of harm to children, including, for example, those in which they are found alone in the street without anyone to care for them, or in which they are with adults who are unable to provide adequate care because they are intoxicated. Given the state's duty to protect a child at risk of serious harm, as well as the child's compelling interest in being so protected, immediate apprehension may be appropriate in such circumstances, even though there might be some dispute as to whether the danger of harm is "imminent".

All of these factors point to serious harm or risk of serious harm as an appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. I recognize that with respect to prior *ex parte* authorization, several child protection statutes in Canada distinguish between situations of "imminent danger", sometimes also expressed in terms of situations in which "substantial risk" would be posed to the child if prior judicial authorization were sought, and other child protection situations: see, e.g., Alberta *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 17(9); Ontario *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 40(7). The Manitoba Act itself makes a similar distinction in s. 21(2), with respect to entry into premises to search for a child in situations of "immediate danger". Section

4 R.C.S. 141, à la p. 178, le juge L'Heureux-Dubé. Cela signifie que l'État ne doit pas toujours devoir attendre que l'enfant subisse un préjudice grave avant d'être à même d'intervenir. Exiger une autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence», en supposant que la distinction soit possible, peut empêcher une intervention proactive en obligeant l'État à justifier l'intervention dans des situations où il y aurait un danger «non immédiat», mais néanmoins grave, pour l'enfant.

Certaines difficultés liées à la norme de l'urgence sont illustrées à l'al. 17(2)a) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba, qui inclut dans la définition de «enfant ayant besoin de protection», le cas de l'enfant «privé de soins, de surveillance ou de direction convenables». Bien que cette expression soit large, elle vise les situations où il y a risque sérieux de préjudice pour l'enfant, notamment celle où il est trouvé seul dans la rue sans personne pour s'occuper de lui et celle où il est avec un adulte incapable de lui fournir des soins convenables en raison de son intoxication. Étant donné l'obligation de l'État de protéger les enfants qui risquent de subir un préjudice grave et l'intérêt prépondérant de ces derniers d'être ainsi protégés, l'apprehension immédiate peut être justifiée dans de telles circonstances, bien qu'il puisse y avoir contestation sur la question de savoir si le danger de préjudice est «immédiat» ou non.

Tous ces facteurs dénotent un préjudice grave ou un risque de préjudice grave comme seuil approprié justifiant l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable. Je reconnais qu'en ce qui concerne l'autorisation préalable *ex parte*, plusieurs lois relatives à la protection des enfants au Canada font la distinction entre les cas de [TRADUCTION] «danger immédiat», parfois aussi décrits comme des situations où l'enfant courrait un «risque considérable» si l'on demandait une autorisation judiciaire préalable, et d'autres situations exigeant la protection de l'enfant: voir, p. ex., la *Child Welfare Act* de l'Alberta, S.A. 1984, ch. C-8.1, par. 17(9); la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.11, par. 40(7). La loi manitobaine elle-même établit une distinction

21(2) goes on to include situations in which “a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her”. No statute defines the term “emergency”, however, and many statutes qualify the notion of immediate danger by adding words to the effect that “no other less disruptive measure that is available is adequate to protect the child”: see *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 30; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, s. 33; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17.

semblable au par. 21(2) relativement à l'entrée en tout lieu pour rechercher un enfant en «danger immédiat». Le paragraphe 21(2) va jusqu'à s'appliquer aux situations où «un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui». Aucune loi ne définit le terme «urgence», toutefois, et de nombreuses lois précisent la notion de danger immédiat en ajoutant qu'il n'y a [TRADUCTION] «aucune autre mesure moins perturbatrice pour protéger convenablement l'enfant»: voir *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 30; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 33; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 17.

105

In addition to these considerations, a recent report by a panel of experts in Ontario acknowledges that practices among Ontario agencies and courts diverge significantly as to when a warrant is sought and granted prior to apprehension. According to the panel, “[t]he process required to obtain a warrant in some jurisdictions can lead to unnecessary delay in early decisive intervention”: Ontario Panel Report, *supra*, at p. 40. Consequently, the panel recommended “that the requirement to obtain a warrant to apprehend a child be eliminated”: Ontario Panel Report, at p. 41. Madam Justice Arbour writes at para. 41 that she “recognize[s] that the Ontario Panel of Experts on Child Protection has recommended clarifying or abolishing the warrant requirements in Ontario. However, Professor Bala . . . has pointed out that there were no representatives or advocates for children or for parents on that panel . . .”. This creates an incomplete impression since, to quote Professor Bala in full: “The Ontario Panel members included two Family Law judges, a police detective, a school principal, two doctors, and two social work professionals. All the Panel members had experience with child abuse and neglect issues, but there were no representatives or advocates for children or for parents involved with Children’s Aid Societies on the Panel” (N. Bala, “Reforming Ontario’s *Child and Family Services Act*”: Is the Pendulum

En plus des considérations susmentionnées, le récent rapport d'un comité d'experts de l'Ontario reconnaît que les organismes et les tribunaux de l'Ontario ont des pratiques fort différentes relativement aux cas où un mandat est sollicité et accordé avant appréhension. Selon le comité, [TRADUCTION] «dans certaines instances, l'obtention d'un mandat peut retarder inutilement une intervention décisive rapide»: rapport du comité d'experts de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 40. Par conséquent, le comité recommande que [TRADUCTION] «l'exigence d'obtenir un mandat pour appréhender un enfant soit éliminée»: rapport du comité d'experts de l'Ontario, à la p. 41. Madame le juge Arbour écrit au par. 41 qu'elle «reconnait» que le comité d'experts de l'Ontario sur la protection de l'enfant recommande que l'on clarifie ou abolisse les exigences de la loi ontarienne en matière de mandat. Cependant, le professeur Bala souligne que le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents . . . ». Ceci donne une impression incomplète car, selon le professeur Bala, [TRADUCTION] «[I]es membres du comité d'experts de l'Ontario comprenaient deux juges en droit de la famille, un détective policier, un directeur d'école, deux médecins et deux travailleurs sociaux. Tous les membres du comité connaissaient bien les questions de violence faite aux enfants et de négligence à leur égard,

Swinging Back Too Far?" (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, at pp. 140-41 (emphasis added)).

The legislative practice in other provinces and territories is neither consistent nor determinative. In my view, however, it tends to confirm the conclusion that adopting an "emergency" threshold as the constitutional minimum for apprehension without prior judicial authorization risks allowing significant danger to children's lives and health. Madam Justice Arbour refers at para. 40 to *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (B.C.C.A.), for the proposition that "courts have interpreted terms such as 'substantial risk of harm' with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. For example, in *S. (B.)* . . . at para. 111, it was made clear that a significant risk of harm was more than transitory in nature". The relevant paragraph in that decision appears in the reasons of Prowse J.A., joined by Rowles J.A., concurring in the result. Interestingly, the majority reasons of Lambert J.A. contain a passage that would support the position that the emergency/non-emergency distinction is both difficult and risky to make. He criticized the potential for "legal niceties" to defeat the legislative purpose of the British Columbia *Child, Family and Community Service Act*, which is "to provide for the protection of every child who needs protection. No child should continue in a state of abuse, neglect, harm or threat of harm while administrators, lawyers and judges argue about which precise compartment of s-s.13(1) [delineating when a child needs protection] the case comes within or indeed,

mais le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents qui ont eu affaire à des sociétés d'aide à l'enfance» (N. Bala, «Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, aux pp. 140 et 141 (je souligne)).

La pratique législative d'autres provinces et territoires n'est ni uniforme ni déterminante. J'estime, toutefois, que cela tend à confirmer la conclusion que l'adoption du critère d'«urgence» comme minimum autorisé par la Constitution pour l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable risque de créer un grave danger pour la vie et la santé des enfants. Madame le juge Arbour renvoie au par. 40 de l'arrêt *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (C.A.C.-B.), pour étayer la proposition selon laquelle «les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu'aux familles. Par exemple, dans l'arrêt *S. (B.)* [. . .], au par. 111, la cour dit clairement qu'un risque considérable de sévices n'est pas seulement passager». Le passage pertinent de la décision de la Cour d'appel se retrouve dans les motifs du juge Prowse, avec l'appui du juge Rowles, qui souscrit au résultat. Il est intéressant de noter que les motifs du juge Lambert, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, contiennent un passage qui confirmerait le point de vue selon lequel il est difficile et hasardeux de distinguer les situations urgentes de celles qui ne le sont pas. Il a critiqué le fait que des [TRADUCTION] «subtilités juridiques» pouvaient faire échec à l'objectif de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique, qui vise à [TRADUCTION] «protéger tout enfant en cas de besoin. Aucun enfant ne doit continuer d'être maltraité ou négligé ou de subir des sévices ou des menaces de sévices pendant que des administrateurs, des avocats et des juges débattent à savoir si l'affaire relève de telle section particulière du par. 13(1) [qui détermine quand un enfant a besoin de protection], ou si elle ne relève

whether it comes with[in] any lettered compartment at all” (para. 23 (emphasis in original)).

(3) Assessment of the Risks and Benefits of an “Emergency” Threshold

107

My conclusion regarding the inappropriateness of an “emergency” threshold for apprehension without prior judicial authorization is further supported by an assessment of the risks to children associated with adopting an “emergency” threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization. Section 7 requires this balancing in the child protection context, given that the protection of the child as a vulnerable human being is a basic tenet of our legal system that must be weighed against the requirements of procedural fairness: see para. 93.

108

Child protection authorities may err, of course, in their assessment of whether a child is in need of protection through apprehension, and they may intervene unnecessarily. If court supervision occurs post-apprehension, this risk of a wrongful infringement of rights lies with both parents and children. They may be subjected to the trauma of separation and unjustified state interference in their family lives. This may have a significant impact on both the parents’ and the child’s emotional well-being. It also affects their underlying dignity and privacy interests.

109

In contrast, if this Court were to find that prior judicial authorization of apprehension is required in so-called “non-emergency” situations, the risk inherent in the process of obtaining such authorization would fall primarily on the child. This risk can result from delays related to the need to gather proof of reasonable and probable grounds that the child is in need of protection, whether in the form of an affidavit or of testimony and documentary evidence. While the delays associated with prior *ex parte* authorization are not as significant as those associated with a prior hearing, they would still leave children at risk of serious, or even life-threatening, harm for at least a number of hours, or even

d’aucune section» (par. 23 (en italique dans l’original)).

(3) L’évaluation des risques et des avantages du critère d’urgence

Ma conclusion selon laquelle le critère d’urgence n’est pas le critère approprié pour l’appréhension judiciaire sans autorisation préalable est aussi confirmée par l’évaluation des risques pour les enfants que crée l’adoption d’un tel critère, par opposition aux avantages que présente l’autorisation judiciaire préalable. L’article 7 exige cette pondération dans le contexte de la protection des enfants, étant donné que la protection d’un enfant en tant qu’être humain vulnérable est un principe de base de notre système de droit qui doit être sou- pesé par rapport aux exigences d’équité procédurale: voir par. 93.

Les autorités de la protection de l’enfance peuvent, évidemment, se tromper lorsqu’elles déterminent si un enfant a besoin d’être appréhendé pour sa protection, et peuvent intervenir inutilement. Si la surveillance des tribunaux intervient après l’appréhension, les parents et les enfants risquent de voir leurs droits violés de façon injustifiée. Ils peuvent être traumatisés par la séparation et l’ingérence de l’État dans leur vie familiale. Cela peut avoir des répercussions importantes sur le bien-être affectif des parents et de l’enfant et porte atteinte à leur dignité et à leur droit à la vie privée.

Par contre, si notre Cour devait conclure qu’une autorisation judiciaire préalable à l’appréhension est requise «en l’absence d’urgence», c’est surtout l’enfant qui est exposé au risque inhérent à l’obtention d’une telle autorisation. Ce risque peut résulter des délais liés à la nécessité d’amasser des éléments de preuve quant aux motifs raisonnables et probables que l’enfant a besoin de protection, que ces éléments de preuve soient sous forme d’affidavit, de témoignage ou de documents. Bien que les délais liés à l’autorisation préalable *ex parte* ne soient pas aussi longs que ceux liés à une audience préalable, les enfants seraient quand même exposés pendant au moins un certain nombre d’heures,

days. A child should never be placed in such jeopardy.

Moreover, a requirement to obtain prior judicial authorization in such situations will tend to divert the resources of the child protection authorities away from their duty to protect children at risk of serious harm, toward the process of obtaining prior judicial determinations of whether a child is in need of protection or not: see Manitoba, *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process* (1997), at p. 15.

It is also clear that a wrongful apprehension does not give rise to the same risk of serious, and potentially even fatal, harm to a child, as would an inability on the part of the state to intervene promptly when a child is at risk of serious harm.

These risks must be weighed against the benefits associated with prior judicial authorization of apprehension in terms of procedural fairness. Prior notice and a hearing would provide parents and children with significant protection against wrongful apprehensions, as they would be able to present their arguments and evidence to the court as to why a child is not in need of protection. In my view, however, even in situations of non-imminent danger, the risks posed to the child's life and health by the delays associated with a prior hearing, compounded by the evidentiary difficulties outlined above, more than outweigh the benefits of a hearing. The risks render prior notice and a hearing unfeasible with respect to apprehension in the child protection context.

In *ex parte* proceedings, the court relies on affidavit evidence prepared by a child protection worker in determining whether a child should be apprehended. While a review of this information by the court will provide some protection against unjustified apprehensions, courts will tend to defer to the agency's assessment of the situation given the highly particularized nature of child protection proceedings and the highly compelling purpose for state action in this context. This deference will be

ou même de jours, à un risque grave, voire mortel. Un enfant ne devrait jamais être exposé à un tel risque.

En outre, l'exigence d'autorisation judiciaire préalable dans ces cas tendrait à détourner les ressources des autorités de la protection de l'enfance de leur obligation de protéger les enfants susceptibles de subir un préjudice grave afin d'obtenir une décision judiciaire sur la question de savoir si un enfant a besoin de protection ou non: voir Manitoba, *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process* (1997), à la p. 15.

Il est également clair qu'une appréhension injustifiée n'entraîne pas pour l'enfant le même risque de préjudice sérieux, voire fatal, qu'entraînerait l'incapacité de l'État d'intervenir rapidement lorsque l'enfant risque de subir un préjudice grave.

Ces risques doivent être soupesés par rapport aux avantages que présente sur le plan de l'équité procédurale l'autorisation judiciaire préalable à l'appréhension. Un préavis et une audience fourniraient aux parents et aux enfants une protection importante contre les appréhensions injustifiées, car ils pourraient présenter au tribunal leurs arguments et leur preuve à l'effet qu'un enfant n'a pas besoin de protection. J'estime, toutefois, que même dans les situations de danger non immédiat, les risques que présentent pour la vie et la santé de l'enfant les délais liés à l'audience préalable et les difficultés de preuve déjà mentionnées dépassent de loin les avantages d'une audience. En fait, les risques rendent impossibles le préavis et l'audience relatifs à l'appréhension dans le contexte de la protection des enfants.

Lors de procédures *ex parte*, le tribunal se fonde sur la preuve par affidavit présentée par le préposé à la protection de l'enfance pour déterminer si un enfant doit être appréhendé. Bien que l'examen de ces renseignements par le tribunal fournisse une certaine protection contre les appréhensions injustifiées, les tribunaux ont tendance à s'en remettre à l'évaluation de la situation faite par l'Office, compte tenu de la nature très particulière des audiences relatives à la protection des enfants et du

110

111

112

113

all the more warranted when the child protection worker's assessment has already been subject to an internal review process within the agency. Thus, an *ex parte* authorization requirement provides only a limited enhancement of the fairness of the apprehension process. Neither the parents nor the child have any input into the decision. The appellant herself concedes this point to some extent, since her principal argument is that the principles of fundamental justice require notice and a hearing prior to apprehension, rather than an *ex parte* authorization.

114 Madam Justice Arbour believes that s. 7 does require an *ex parte* warrant procedure in this type of case. She writes at para. 24 that "any concerns that the judge may have about the appropriateness of the initiative may result in further information being requested" (emphasis added). This comment points to the acute risk of delay that requiring a prior *ex parte* warrant would occasion. To meet the evidentiary threshold for a warrant, agency workers would have to assume a third role in addition to the two identified by Madam Justice Arbour (at para. 23). They would not only have to make the difficult, but only interim, decisions of "whether a child is in need of protection" and "whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care", but they would also have to weigh time pressures against the need to provide enough information to the judge to avoid judicial delays. The full 79 paragraphs of the appellant's case history submitted by the respondent agency to this Court may not all be needed for a judge to grant an *ex parte* warrant. Yet agency workers could not, in good conscience, save precious time by submitting only a small fraction of this information to the judge and thereby inadvertently put a child at risk of serious harm through judicial delay. Requiring an *ex parte* proceeding creates a double bind: the more time the agency spends on its affidavits, the greater the risk to the child. The less time the agency spends on them, the greater the risk that the

but impératif visé par l'action de l'État dans ce contexte. Cette déférence est d'autant plus justifiée lorsque l'évaluation du préposé à la protection de l'enfance a déjà fait l'objet d'un examen interne par l'Office. Par conséquent, l'exigence d'autorisation *ex parte* ne rehausse que de façon limitée le caractère équitable du processus inhérent à l'apprehension. Ni les parents ni l'enfant n'ont leur mot à dire dans la prise de décision. Dans une certaine mesure, l'appelante elle-même concède ce fait, son principal argument étant que les principes de justice fondamentale exigent un avis et une audience avant l'apprehension, plutôt qu'une autorisation *ex parte*.

Madame le juge Arbour estime que, dans ce type d'affaire, l'art. 7 exige la tenue d'une instance *ex parte* en vue de l'obtention d'un mandat. Elle écrit au par. 24 que le juge «peut demander des renseignements supplémentaires s'il a des réserves quant à l'opportunité de l'initiative» (je souligne). Cette remarque fait ressortir le risque aigu de délai qu'occasionnerait l'obligation d'obtenir au préalable un mandat *ex parte*. Pour répondre au critère préliminaire de preuve en matière de mandat, les employés de l'Office seraient tenus de jouer un troisième rôle, en plus des deux rôles que Madame le juge Arbour a mentionnés (au par. 23). Ainsi, non seulement ils devraient trancher, mais seulement à titre provisoire, les difficiles questions de savoir «si l'enfant a besoin de protection» et de savoir «si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents», mais ils seraient également tenus d'apprécier les contraintes de temps au regard de la nécessité de fournir assez de renseignements au juge afin d'éviter tout retard devant le tribunal. Il se pourrait bien que les 79 paragraphes relatifs au dossier de l'appelante soumis à notre Cour par l'Office intimé ne soient pas tous nécessaires pour qu'un juge puisse décerner un mandat *ex parte*. Cependant, les employés de l'Office ne pourraient raisonnablement pas gagner un temps précieux en ne soumettant au juge qu'une petite partie de ces renseignements et faire ainsi courir à l'enfant le risque de subir un préjudice grave en raison du retard occasionné devant le tribunal. Exiger la tenue d'une instance *ex parte* crée une double

judge will require “further information”. Again, the child unacceptably bears the increased risk.

Madam Justice Arbour adds at para. 41 that: “An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound” (emphasis added). Although Madam Justice Arbour argues at para. 17 on behalf of the *nemo debet esse iudex in propria causa* principle (no one ought to be a judge in his or her own cause), she does not consider how minimal the assurance would be for families denied the opportunity to be heard in the *ex parte* proceeding. In the *ex parte* procedure, another fundamental principle, *audi alteram partem* (hear the other side), cannot, by definition, be respected. Indeed, some case law suggests that far from being given “some assurance” by an *ex parte* proceeding, families can be deeply frustrated and angered by knowing that a judicial deliberation is taking place, or has taken place, from which they are, properly, excluded. For example, the facts of a recent Alberta Court of Appeal case, *Director of Child Welfare, supra*, concern a mother who was in a courthouse with her counsel and was excluded from an *ex parte* proceeding concerning the apprehension of her baby son. See also *Miller v. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (3rd Cir. 1999), where a mother and her attorney, despite being on site and available, were denied participation in an emergency hearing that led to the removal of two of her children.

I acknowledge that there may be valid policy justifications for requiring prior *ex parte* authorization for apprehensions in so-called “non-emergency” child protection situations. I find for the

problématique: plus l'Office met de temps à préparer ses affidavits, plus le risque que court l'enfant augmente; moins il met de temps à les préparer, plus le juge risque d'exiger des «renseignements supplémentaires». Encore une fois, c'est l'enfant qui fait les frais de l'augmentation du risque, ce qui est inacceptable.

Madame le juge Arbour ajoute, au par. 41, que «[l']obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial fournirait une certaine garantie aux familles faisant l'objet d'une ingérence radicale de l'État dans leur vie privée indiquant que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel» (je souligne). Bien que ma collègue se fonde sur le principe *nemo debet esse iudex in propria causa* (personne ne doit être juge dans sa propre cause) (par. 17), elle ne considère pas jusqu'à quel point cette garantie serait minimale pour les familles privées de l'occasion de se faire entendre dans le cadre d'une instance *ex parte*. Dans une telle instance, un autre principe fondamental, *audi alteram partem* (entends l'autre partie), ne peut, par définition, être respecté. En fait, certains précédents suggèrent que, loin de fournir «une certaine garantie», l'instance *ex parte* peut parfois profondément frustrer et irriter la famille en cause du fait qu'un juge délibère ou ait délibéré sur leur affaire alors qu'elle était légitimement exclue de l'instance. Par exemple, dans une affaire qui a récemment fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, *Director of Child Welfare*, précité, une mère, bien qu'elle se soit trouvée au palais de justice en compagnie de son avocat, a été exclue d'une audience *ex parte* concernant l'apprehension de son bébé. Voir également l'affaire *Miller c. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (3rd Cir. 1999), dans laquelle on a empêché une mère et son avocat, bien qu'ils fussent sur place et disponibles, de participer à une audience tenue d'urgence qui a mené à la décision de retirer à cette dernière deux de ses enfants.

Je reconnais qu'il puisse y avoir des justifications de principe valables exigeant une autorisation *ex parte* pour l'apprehension faite «en l'absence d'urgence» pour la protection des enfants. Je

purposes of the s. 7 constitutional analysis, however, that the procedural protections against state interference provided by prior *ex parte* authorization do not enhance the fairness of the apprehension process sufficiently to outweigh the countervailing interests of, and potential risks to, a child who may be in need of the state's protection. Rather, the balancing of risks and benefits suggests that while the trauma of an unjustified separation of parent and child cannot be fully redressed by a post-apprehension hearing, the infringement will be adequately reduced when the hearing is both prompt and fair. Pending the hearing, the child will be in a safe environment, thereby minimizing the risk of harm. At the hearing, the court will determine, based on a more complete record and in an adversarial forum, whether the child is in need of protection and in need of some form of state supervision or guardianship, or whether the child should be returned to the parents' care.

(4) Conclusions on Prior Judicial Authorization and Application to the Impugned Provisions

117

Apprehension should be used only as a measure of last resort where no less disruptive means are available. For the reasons set out above, I find that the appropriate minimum s. 7 threshold for apprehension without prior judicial authorization is not the "emergency" threshold. Rather the constitutional standard may be expressed as follows: where a statute provides that apprehension may occur without prior judicial authorization in situations of serious harm or risk of serious harm to the child, the statute will not necessarily offend the principles of fundamental justice. Determining whether a specific statute establishes such a minimum threshold will require an examination of the relevant provisions in their legislative context: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *B. (R.)*, *supra*, at para. 90.

conclus, toutefois, qu'aux fins de l'analyse constitutionnelle de l'art. 7, les protections procédurales contre l'intervention de l'État fournies par l'autorisation *ex parte* préalable ne rehaussent pas suffisamment le caractère équitable du processus inhérent à l'appréhension pour l'emporter sur les intérêts opposés d'un enfant susceptible d'avoir besoin de la protection de l'État et sur les risques éventuels auxquels il peut être exposé. Au contraire, la pondération des risques et des avantages indique que, même si l'audience qui suit l'appréhension ne peut pas remédier entièrement au traumatisme causé par la séparation injustifiée des parents et de l'enfant, l'atteinte aux droits est suffisamment réduite si l'audience est rapide et équitable. Dans l'attente de l'audience, l'enfant se retrouve dans un environnement sécuritaire, ce qui minimise le risque de préjudice. À l'audience, le tribunal détermine, selon un dossier plus complet et dans le cadre d'un forum contradictoire, si l'enfant a besoin de protection et s'il a besoin d'une certaine surveillance ou de la tutelle de l'État, ou s'il doit être remis à ses parents.

(4) Conclusions sur l'autorisation judiciaire préalable et application aux dispositions contestées

L'appréhension ne doit être utilisée qu'en dernier ressort, après l'épuisement de tous les moyens moins perturbateurs. Pour les motifs susmentionnés, je conclus que le critère minimal approprié exigé par l'art. 7 pour l'appréhension sans autorisation judiciaire préalable n'est pas le critère d'«urgence». La norme constitutionnelle peut plutôt s'exprimer ainsi: dans les cas où la loi prévoit que l'appréhension peut avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable dans des situations où il y a préjudice grave ou risque de préjudice grave pour l'enfant, il n'y aura pas nécessairement atteinte aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer si une loi établit un tel critère minimal, il faut examiner les dispositions pertinentes dans leur contexte législatif: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *B. (R.)*, précité, au par. 90.

I come now to the impugned s. 21(1) of the Act, which establishes (as it established at the time of the apprehension of the appellant's child, John) that apprehension must be based on "reasonable and probable grounds" for believing "that a child is in need of protection". The statutory definition of "child in need of protection" is found at s. 17 of the Act and reads as follows:

17(1) For the purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

17(2) Without restricting the generality of subsection (1), a child is in need of protection where the child

- (a) is without adequate care, supervision or control;
- (b) is in the care, custody, control or charge of a person
 - (i) who is unable or unwilling to provide adequate care, supervision or control of the child, or
 - (ii) whose conduct endangers or might endanger the life, health or emotional well-being of the child, or
 - (iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;
- (c) is abused or is in danger of being abused;
- (d) is beyond the control of a person who has the care, custody, control or charge of the child;
- (e) is likely to suffer harm or injury due to the behaviour, condition, domestic environment or associations of the child or of a person having care, custody, control or charge of the child;
- (f) is subjected to aggression or sexual harassment that endangers the life, health or emotional well-being of the child;
- (g) being under the age of 12 years, is left unattended and without reasonable provision being made for the supervision and safety of the child; or

J'aborde maintenant le par. 21(1) de la Loi, qui est contesté: ce paragraphe prévoit (comme c'était le cas au moment de l'apprehension de l'enfant de l'appelante, John) que l'apprehension doit être fondée sur des «motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection». La définition d'«enfant ayant besoin de protection» se trouve à l'art. 17 de la Loi et est ainsi libellée:

17(1) Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

17(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), un enfant a besoin de protection lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

- a) il est privé de soins, de surveillance ou de direction convenables;
- b) il est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas:
 - (i) ne peut ou ne veut pas lui assurer des soins, une surveillance ou une direction convenables,
 - (ii) par sa conduite, menace ou pourrait menacer la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant,
 - (iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux ou thérapeutiques appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;
- c) il est victime de mauvais traitements ou menacé de mauvais traitements;
- d) il échappe au contrôle de la personne qui en a le soin, la garde, la direction ou la charge;
- e) il peut vraisemblablement subir un dommage ou des blessures en raison de son comportement, de son état, de son entourage ou de ses fréquentations, ou de ceux de la personne qui a le soin, la garde, la direction ou la charge de l'enfant;
- f) il est l'objet d'une agression ou de harcèlement sexuel qui menace sa vie, sa santé ou son bien-être affectif;
- g) il est âgé de moins de 12 ans et laissé à lui-même sans que des mesures raisonnables aient été prises pour assurer sa surveillance et sa sécurité;

(h) is the subject, or is about to become the subject, of an unlawful adoption under *The Adoption Act* or of a sale under section 84.

h) il fait l'objet ou est sur le point de faire l'objet d'une adoption illégale visée par la *Loi sur l'adoption* ou d'une vente visée à l'article 84.

119 The definition of "child in need of protection" found in s. 17 clearly encompasses situations that do not involve imminent danger to the child, including those in which the child is "without adequate care, supervision or control". I do not find, however, that the statutory definition is vague or overbroad. The definition of "child in need of protection" uses clear terms, and is limited to situations involving a risk of harm to a child's life, health or emotional well-being.

La définition d'«enfant ayant besoin de protection» à l'art. 17 englobe manifestement des situations ne comportant aucun danger immédiat pour l'enfant, notamment celles où l'enfant est «privé de soins, de surveillance ou de direction convenables». Je ne conclus pas, toutefois, que cette définition est floue ni qu'elle a une portée trop large. Elle utilise des termes clairs et se limite aux situations comportant un risque de préjudice pour la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant.

120 Moreover, the threshold for apprehension in s. 21(1) must be read in its legislative context. The Declaration of Principles in the Act recognizes that:

De plus, le critère pour l'appréhension prévu au par. 21(1) doit être interprété dans son contexte législatif. La Déclaration de principes de la Loi reconnaît que:

4. Families and children have the right to the least interference with their affairs to the extent compatible with the best interests of children and the responsibilities of society.

4. Les familles et les enfants ont le droit de subir le moins possible d'ingérences dans leurs affaires, dans la mesure où il y a compatibilité avec l'intérêt supérieur des enfants et les obligations de la société.

To this end, Part II of the Act sets out a number of less intrusive services and consensual measures that the agency is authorized to provide in lower-risk situations, without having to resort to apprehension. In addition, Part III provides for investigation by the agency when it receives a report that a child may be in need of protection, and obliges the agency to report on the findings of its investigation. Section 26(3) provides for a "deemed apprehension" under which child protection authorities may leave a child the agency believes to be in need of protection in his or her parents' care, pending the child protection hearing. Thus, the removal of a child from his or her home is not a necessary condition for initiating child protection proceedings.

À cette fin, la partie II de la Loi prévoit un certain nombre de services et de mesures consensuelles moins envahissants que l'Office est autorisé à fournir dans les situations à faible risque, sans avoir à recourir à l'appréhension. De plus, en vertu de la partie III, l'Office doit faire enquête lorsqu'il est informé qu'un enfant a peut-être besoin de protection et doit faire rapport des conclusions de l'enquête. Le paragraphe 26(3) prévoit «l'appréhension réputée», en vertu de laquelle les autorités de la protection de l'enfance qui croient qu'un enfant a besoin de protection peuvent le laisser à ses parents dans l'attente de l'audience relative à sa protection. Ainsi, le retrait d'un enfant de son milieu familial n'est donc pas une condition nécessaire à l'instigation de procédures relatives à sa protection.

121 When read as a whole, therefore, the Act provides for apprehension as a measure of last resort in cases where child protection authorities have reasonable and probable grounds to believe that the child is at risk of serious harm. Given the above conclusions, the fact that the impugned s. 21(1) does not establish an "emergency" thresh-

Lue dans son ensemble, la Loi prévoit donc que l'appréhension est une mesure de dernier ressort dans les cas où les autorités de la protection de l'enfance ont des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant risque de subir un préjudice grave. Étant donné les conclusions susmentionnées, le fait que le par. 21(1), qui est contesté,

old for apprehension without prior judicial authorization does not offend the principles of fundamental justice, subject to the conclusions below regarding the need for a fair and prompt post-apprehension hearing.

D. Post-Apprehension Hearing and the Principles of Fundamental Justice

While the infringement of a parent's right to security of the person caused by the interim removal of his or her child through apprehension in situations of harm or risk of serious harm to the child does not require prior judicial authorization for the reasons outlined above, the seriousness of the interests at stake demands that the resulting disruption of the parent-child relationship be minimized as much as possible by a fair and prompt post-apprehension hearing.

In order to be fair, the hearing must involve reasonable notice with particulars to the parents, as well as an opportunity for them to participate meaningfully in the proceedings: see *G. (J.)*, *supra*, at para. 73; *B. (R.)*, *supra*, at para. 92. The Manitoba Act clearly meets the notice and hearing requirements: ss. 24 and 30-37.

The child's need for continuity in relationships provides the most compelling basis for requiring a prompt post-apprehension hearing: see ss. 2(1)(a), (d) and (g) of the Act; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at pp. 205 and 206; *Young*, *supra*, at p. 41; *Re Agar, McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52, at p. 54; P. D. Steinhauer, *The Least Detrimental Alternative: A Systematic Guide to Case Planning and Decision Making for Children in Care* (1991), at pp. 13 ff.

While a two-week delay between the removal of a child and, at a minimum, an interim child protection hearing, would seem to lie at the outside limit of what is constitutionally acceptable, it does not seem advisable in this case to state a precise constitutional standard for delays in the child protection context. There may be several means by which constitutionally-sufficient safeguards could

n'établisse pas le critère d'«urgence» pour l'appréhension sans autorisation judiciaire préalable ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, sous réserve des conclusions qui suivent au sujet de la nécessité de tenir une audience équitable et rapide après l'appréhension.

D. L'audience après l'appréhension et les principes de justice fondamentale

Bien que l'atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne du fait du retrait temporaire de leur enfant par voie d'appréhension dans les situations où il y a préjudice ou risque de préjudice grave pour l'enfant ne requière pas d'autorisation judiciaire préalable pour les motifs susmentionnés, l'importance des intérêts en jeu exige que la perturbation de la relation parents-enfant soit réduite le plus possible, de là l'exigence d'une audience équitable et rapide après l'appréhension.

Pour être équitable, l'audience doit faire l'objet d'un avis raisonnable et détaillé aux parents et leur donner la possibilité d'y participer de façon significative: voir *G. (J.)*, au par. 73, et *B. (R.)*, au par. 92, précités. La loi manitobaine satisfait manifestement aux exigences d'avis et d'audience: art. 24 et 30 à 37.

Le besoin pour l'enfant de continuité dans ses relations constitue le motif le plus important pour exiger que se tienne une audience rapidement après l'appréhension: voir les al. 2(1)(a), d) et g) de la Loi; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, aux pp. 205 et 206; *Young*, précité, à la p. 41; *Re Agar, McNeilly c. Agar*, [1958] R.C.S. 52, à la p. 54; P. D. Steinhauer, *Le moindre mal: La question du placement de l'enfant* (1996), à la p. 27 et suiv.

Bien qu'un délai de deux semaines entre le retrait d'un enfant et, à tout le moins, l'audience préliminaire relative à sa protection ne semble pas constitutionnellement acceptable, il n'est pas souhaitable en l'espèce d'établir une norme constitutionnelle précise pour les délais dans le contexte de la protection des enfants. Plusieurs moyens pourraient être utilisés pour mettre en œuvre des

122

123

124

125

be implemented. As this Court recognized in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, the principles of fundamental justice do not require total uniformity among provinces and territories; they must be given some flexibility in designing administrative regimes in light of the particular needs of their respective communities.

126 Turning to the impugned Act's provisions governing post-apprehension delays, s. 27(1) requires the agency to make an application for a hearing to determine whether the child is in need of protection within four juridical days of the apprehension. At the time of trial, under s. 29(1), this application was returnable within 30 juridical days of being filed. This provision was amended in 1997 by S.M. 1997, c. 48, s. 16. Section 29(1) now states that the application is returnable within seven juridical days of being filed. The constitutional question at issue in this case refers to the validity of this seven-day delay. The validity of the 30-day delay will be considered below, however, with respect to any violation which may have taken place respecting the appellant's individual rights under the former provision.

127 In my view, the amended provisions achieve a constitutional balance between the need for interim measures to protect a child at risk of serious harm, and the requirement for an expedited post-apprehension hearing process. The four-day period to file an application for a child protection hearing and the seven-day period for the return of the application are not unreasonable as maximum delays, given the notification and preparation that must occur prior to the hearing.

128 Under this legislative scheme, no additional delays should generally be tolerated if the parents are ready for a hearing on the date the application is returnable. The respondent agency gave evidence, however, that parents do not often insist on a hearing immediately following the return date for the application, even when the apprehension is contested: see also Ontario Panel Report, *supra*, at p. 41. This may be because they cannot be found,

mesures de sauvegarde suffisantes sur le plan constitutionnel. Comme notre Cour le reconnaît dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, les principes de justice fondamentale n'exigent pas l'uniformité totale entre les provinces et territoires; ceux-ci doivent disposer d'une certaine latitude pour concevoir des régimes administratifs en fonction des besoins particuliers de leurs collectivités respectives.

En ce qui a trait aux dispositions contestées de la Loi qui prescrivent les délais à respecter après l'apprehension, le par. 27(1) exige que l'Office présente une demande d'audience visant à déterminer si l'enfant a besoin de protection dans les quatre jours ouvrables suivant l'apprehension. Au moment du procès, en vertu du par. 29(1), la demande était présentable dans les 30 jours ouvrables suivant son dépôt. Cette disposition a été modifiée en 1997 par L.M. 1997, ch. 48, art. 16. Le paragraphe 29(1) prévoit maintenant un délai de sept jours ouvrables suivant le dépôt. La question constitutionnelle contestée en l'espèce porte sur ce délai de sept jours. Nous examinerons ensuite la validité du délai de 30 jours pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'appelante par les anciennes dispositions.

J'estime que ces dispositions, dans leur version modifiée, garantissent un équilibre constitutionnel entre la nécessité de mesures temporaires pour protéger l'enfant exposé à un préjudice grave et l'obligation de tenir hâtivement une audience après l'apprehension. Le délai de quatre jours pour le dépôt d'une demande d'audience relative à la protection de l'enfant et celui de sept jours pour sa présentation ne sont pas déraisonnables en tant que délais maximums, compte tenu de la notification et de la préparation nécessaire aux fins de l'audience.

Selon ce régime législatif, aucun autre délai ne doit généralement être toléré lorsque les parents sont prêts pour l'audience à la date de présentation de la demande. L'Office intimé a toutefois témoigné à l'effet que les parents n'insistaient pas souvent après que l'audience ait lieu immédiatement après la présentation de la demande, même dans les cas où l'apprehension était contestée: voir également le rapport du comité ontarien, *op. cit.*, à

or because they seek additional time to put their lives in order before having the court determine whether their child is in need of protection. In such cases, the court's power to adjourn the hearing, upon application under s. 29(2), provides a necessary measure of flexibility given these realities of the child protection context.

I note in passing that parents are not limited to the proceedings prescribed by statute to challenge the agency's decision to apprehend. As illustrated by the facts of this case, parents may bring an action by prerogative writ for the return of their child in cases where they want immediate judicial review of the agency's decision to apprehend, rather than waiting for the child protection hearing provided by statute. This option imposes on parents the burden of initiating the proceeding and it is not relevant to the determination that the Act's statutory delays are constitutionally valid. It is nevertheless an important complement to a statutory regime that will almost inevitably lead to somewhat lengthier maximum delays than will be desirable in certain cases. The trial judge observed, based on the record before him, that Manitoba courts do everything in their power to expedite this type of proceeding. This is as it should be, particularly given the children's interests at stake.

E. *Conclusions on the Constitutional Validity of the Act*

This Court recognized in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14, that s. 7 involves "a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice". See also *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. In addition, this Court has observed that s. 7 does not guarantee the "most equitable process of all": *B. (R.)*, *supra*, at para. 101; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362.

la p. 41. Cela peut être dû au fait qu'ils soient introuvables ou qu'ils désirent avoir plus de temps pour mettre de l'ordre dans leur vie avant que la cour ne détermine si leur enfant a besoin de protection. Dans de tels cas, le pouvoir de la cour d'ajourner l'audience, sur demande faite en vertu du par. 29(2), permet la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du contexte de protection des enfants.

Je souligne en passant que les parents ne sont pas limités aux procédures prescrites par la loi lorsqu'ils veulent contester la décision de l'Office. Comme l'illustrent les faits de la présente affaire, les parents peuvent se pourvoir par bref de prérogative pour la remise de l'enfant s'ils désirent que la décision de l'Office soit immédiatement soumise au contrôle judiciaire au lieu d'attendre l'audience relative à la protection de l'enfant prévue par la loi. Ce choix impose aux parents le fardeau d'initier les procédures, lequel n'est pas pertinent à la détermination du caractère constitutionnel des délais prévus par la loi. C'est, néanmoins, un complément important à un régime législatif qui donne lieu presque inévitablement à des délais maximums plus longs qu'il n'est souhaitable dans certains cas. Se fondant sur le dossier dont il était saisi, le juge de première instance fait remarquer que les tribunaux manitobains font tout leur possible pour accélérer le déroulement des instances de cette nature. C'est ainsi que cela doit se passer, surtout considérant l'intérêt des enfants qui est en jeu.

E. *Conclusions sur la constitutionnalité de la Loi*

Notre Cour a reconnu dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14, que l'art. 7 comporte «une tâche délicate, c'est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu visé et l'intérêt de l'État qui est d'assurer un système de justice applicable et équitable». Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539. En outre, notre Cour fait remarquer que l'art. 7 ne garantit pas «le processus le plus équitable entre tous»: *B. (R.)*, précité, au

Rather, s. 7 “dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated”: *B. (R.)*, at para. 101.

131 The apprehension of children constitutes a significant state intrusion into the family. Less disruptive means of dealing with parenting issues are to be preferred as a matter of policy whenever possible. As set out above, however, provided that the threshold for apprehension is, at a minimum, that of a risk of serious harm to the child, the need for swift and preventive state action to protect a child’s life or health in such situations dictates that a fair and prompt post-apprehension hearing is the minimum procedural protection mandated by the principles of fundamental justice in the child protection context.

132 As concluded above, the Act’s provisions conform to these principles. The appellant submits, however, that even if the provisions are valid on their face, the Act should be held unconstitutional because it tolerates delays beyond the deadlines prescribed by statute, due to the absence of explicit sanctions for failing to meet those deadlines. As a preliminary comment, I note that the absence of express statutory sanctions does not mean that the provisions are unenforceable, since courts may lose jurisdiction if time limits are not complied with: see, e.g., *Family and Children’s Services of Kings County v. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205 (C.A.). Be that as it may, the appellant’s argument cannot succeed in this case, for the Act clearly stipulates the deadlines to be observed. This does not preclude a claim for an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter*, of course, if a person’s rights are violated due to the conduct of the state in administering the statute.

133 In conclusion, without deciding that the Act’s provisions constitute a precise constitutional standard, I find that s. 21(1) of the Act, evaluated in its social and legislative context, is not so manifestly

par. 101; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362. Au contraire, il «établit le seuil sous lequel l’intervention de l’État ne sera pas tolérée»: *B. (R.)*, au par. 101.

Le retrait des enfants est une intervention significative de l’État dans la famille. En règle générale, il faut, dans la mesure du possible, recourir à des moyens moins perturbateurs lorsque des intérêts liés au rôle parental sont en jeu. Comme je l’ai mentionné précédemment, toutefois, si le critère justifiant l’apprehension est, à tout le moins, fondé sur l’existence d’un risque de préjudice grave pour l’enfant, la nécessité d’une intervention rapide et préventive de l’État pour protéger la vie ou la sécurité de l’enfant dans une telle situation exige qu’il y ait, comme protection procédurale minimale imposée par les principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection des enfants, une audience prompte et équitable après l’apprehension.

Comme je l’ai conclu précédemment, les dispositions de la Loi sont conformes à ces principes. L’appelante prétend, toutefois, que même si ces dispositions sont valides à leur face même, la Loi doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu’elle tolère des délais excédant ceux prescrits par la loi, en raison de l’absence de sanctions explicites pour le non-respect de ces délais. À titre d’observation préliminaire, je souligne que l’absence de sanctions prévues expressément par la loi ne signifie pas que les dispositions ne soient pas exécutoires puisque les tribunaux peuvent perdre compétence si les délais prescrits ne sont pas respectés: voir, p. ex., *Family and Children’s Services of Kings County c. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205 (C.A.). Que ce soit le cas ou non, l’argument de l’appelante ne peut pas être accueilli en l’espèce, car la Loi prévoit expressément des délais à respecter. Cela n’empêche évidemment pas une personne de demander réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* si ses droits sont violés par la façon dont l’État applique la loi.

En conclusion, sans décider que les dispositions de la Loi constituent une norme précise sur le plan constitutionnel, je conclus que le par. 21(1) de la Loi, d’après ses contextes social et législatif, n’est

unfair as to violate the principles of fundamental justice and is, therefore, constitutional. Thus, there is no need to consider arguments relating to s. 1 of the *Charter*.

F. *Individual Remedy Under Section 24(1) of the Charter*

Although the appellant challenged the constitutional validity of the Act and sought a declaration of invalidity pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, she also requested relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter* for the violation of her individual s. 7 rights, due to the conduct of the agency with respect to her third child, John. Given the conclusion that s. 21(1) of the statute is constitutionally valid, and given that I am ruling on the constitutional validity of the statutory delay provisions as amended, rather than those in effect at the time of the initial proceedings, there is no need to consider the issue of whether an individual remedy under s. 24(1) is available in conjunction with a declaration of invalidity pursuant to s. 52: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

The principles of fundamental justice applicable to the appellant's individual claim are the same as those applicable to the Act. The appellant's right to security of the person was infringed by the state's apprehension of her one-day-old child, John. As her child was apprehended on the basis of the constitutionally valid threshold set out in s. 21(1), the question is whether the delays of the post-apprehension child protection hearing violated the appellant's s. 7 rights.

The six-month delay prior to the hearing to determine whether John was in need of protection appears, on its face, to be highly unreasonable, particularly in the case of a newborn child. The 30-day maximum delay for the return of the application as provided for under the Act at the time of the apprehension clearly contributed in part to the delay in this case. According to the record before this Court, the requirement of a pre-trial confer-

manifestement pas inéquitable au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale et qu'il est en conséquence constitutionnel. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les arguments relatifs à l'article premier de la *Charte*.

F. *La réparation personnelle en vertu du par. 24(1) de la Charte*

L'appelante conteste la constitutionnalité de la Loi et demande un jugement déclaratoire d'invalidité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle demande également réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour atteinte aux droits individuels garantis par l'art. 7, en raison de la conduite de l'Office relativement à son troisième enfant, John. Étant donné la conclusion que le par. 21(1) de la Loi est constitutionnel et étant donné que je me prononce sur la validité des dispositions législatives relatives aux délais telle qu'amendées, plutôt que sur celles qui existaient au moment des procédures initiales, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si on peut obtenir à la fois une réparation personnelle en vertu du par. 24(1) et un jugement déclaratoire d'invalidité en vertu de l'art. 52: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

Les principes de justice fondamentale applicables à la demande personnelle de l'appelante sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à la Loi. Le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne a été violé par l'apprehension par l'État de son enfant âgé d'un jour, John. Comme son enfant a été appréhendé en vertu de l'application du critère constitutionnel établi au par. 21(1), la question est de savoir si le délai écoulé entre l'apprehension et l'audience porte atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7.

Le délai de six mois qui s'est écoulé avant l'audience visant à déterminer si John avait besoin de protection paraît, à première vue, extrêmement déraisonnable, d'autant plus qu'il s'agissait d'un nouveau-né. Il est manifestement attribuable en partie au délai maximal de 30 jours que prévoyait la Loi à l'époque de l'apprehension pour la présentation de la demande. Selon le dossier dont notre Cour est saisie, l'exigence qu'il y ait une confé-

134

135

136

ence before hearings in the Winnipeg courts also contributed to some degree. Had the delay been solely attributable to these causes, it would have constituted an unacceptable violation of the appellant's *Charter* rights.

137 Much of the delay in this case, however, and specifically the re-scheduling of the protection hearing from January to April 1997, was attributable to the failure of the appellant's counsel to appear at the case conference in December 1996. In addition, the appellant's motion, heard within 10 days of the apprehension, in early November 1996, to consolidate the protection proceedings with respect to John and those relating to her other children, as well as the difficulties associated with assembling counsel for all interested parties involved in these proceedings, explain a good deal of the delay prior to the hearing.

138 In any event, the record indicates that the appellant suffered no prejudice due to the delay in the protection proceedings. The appellant challenged the agency's apprehension of John by prerogative writ. Her challenge to the apprehension was heard in an adversarial forum, based on evidence from both parties, and disposed of within 10 days of the apprehension based on a finding that John was in need of protection.

139 For these reasons, I find that there was no violation of the appellant's individual s. 7 rights and no possibility of a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

VI. Disposition

140 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

rence préparatoire avant les audiences tenues devant les tribunaux de Winnipeg contribue également dans une certaine mesure à ce délai. Si le délai ne tenait qu'à ces causes, il aurait constitué une atteinte inacceptable aux droits garantis à l'appelante par la *Charte*.

Toutefois, une bonne partie du délai encouru en l'espèce, notamment le report à avril 1997 de l'audience relative à la protection, prévue pour janvier 1997, est due au fait que l'avocat de l'appelante ne s'est pas présenté à la conférence préparatoire en décembre 1996. En outre, la requête de l'appelante, entendue dans les 10 jours suivant l'apprehension au début de novembre 1996 et qui demande la jonction de l'instance de protection de John et des instances relatives aux autres enfants de l'appelante, ainsi que la difficulté de réunir les avocats des parties intéressées faisant l'objet de ces instances, expliquent en grande partie le délai écoulé avant l'audience.

Quoi qu'il en soit, le dossier indique que l'appelante n'a subi aucun préjudice en raison du délai des procédures de protection. Elle a contesté par un bref de prérogative l'apprehension de John par l'Office. Sa contestation a été entendue dans un forum contradictoire, selon la preuve présentée par les deux parties, et elle a été tranchée dans les 10 jours suivant l'apprehension fondée sur la conclusion que John avait besoin de protection.

Pour ces motifs, je conclus qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits personnels garantis à l'appelante par l'art. 7 et qu'il n'y a pas lieu à réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?

Non.

2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In light of the answer to the first question, this question does not arise.

I would make no order as to costs in this Court.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Downtown Legal Action, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Scurfield Tapper Cuddy, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

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

2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

À la lumière de la réponse à la première question, cette question ne se pose pas.

Je ne rends aucune ordonnance relative aux dépens dans notre Cour.

Pourvoi rejeté, le juge en chef MCLACHLIN et le juge ARBOUR sont dissidentes.

Procureur de l'appelante: Downtown Legal Action, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Scurfield Tapper Cuddy, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

M.O. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. M.O.

Neutral citation: 2000 SCC 49.

File No.: 27555.

2000: October 13.

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

Criminal law — Sexual assault — Consent — Mistaken belief in consent.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 124 O.A.C. 201, 138 C.C.C. (3d) 476, 29 C.R. (5th) 34, [1999] O.J. No. 3526 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of sexual assault. Appeal allowed.

Robert Kelly, for the appellant.

Christopher A. W. Bentley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — We would all allow the appeal and order a new trial substantially for the reasons of Mr. Justice Rosenberg.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Bentley & Associates, London, Ontario.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

M.O. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. M.O.

Référence neutre: 2000 CSC 49.

N° du greffe: 27555.

2000: 13 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 criminel — Agression sexuelle — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 124 O.A.C. 201, 138 C.C.C. (3d) 476, 29 C.R. (5th) 34, [1999] O.J. No. 3526 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Robert Kelly, pour l'appelante.

Christopher A. W. Bentley, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Rosenberg.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Bentley & Associates, London (Ontario).

Kingsley Michael Sutton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SUTTON

Neutral citation: 2000 SCC 50.

File No.: 27666.

2000: October 6; 2000: November 9.

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 NEW BRUNSWICK

Criminal law — Charge to jury — Misdirections — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Crown and defence agreeing that trial judge made errors in his formulation of test for determining admissibility of co-conspirator hearsay evidence — Whether Crown established that verdict would not necessarily have been the same had errors not occurred.

The accused was acquitted of narcotics offences. On appeal, the Crown alleged errors in the trial judge's direction to the jury concerning the admissibility of co-conspirator hearsay evidence. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The parties agreed that two clear misdirections occurred in the trial judge's formulation of the test for determining the admissibility of co-conspirator hearsay evidence. Either of the trial judge's errors could have led to the accused's acquittal. The Crown has established with reasonable certainty that, had the jury been properly charged, the verdict would not necessarily have

Kingsley Michael Sutton *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SUTTON

Référence neutre: 2000 CSC 50.

N° du greffe: 27666.

2000: 6 octobre; 2000: 9 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 NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Exposé au jury — Directives erronées — Acquittement de l'accusé annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Ministère public et défense reconnaissant que le juge du procès avait commis des erreurs dans son exposé sur le critère relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire d'un coauteur d'un complot — Le ministère public a-t-il établi que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si les erreurs n'avaient pas été commises?

L'accusé a été acquitté relativement à des infractions en matière de stupéfiants. En appel, le ministère public a prétendu que le juge du procès avait commis des erreurs dans ses directives au jury concernant l'admissibilité de la preuve par ouï-dire d'un coauteur d'un complot. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les parties ont reconnu que le juge du procès a donné deux directives clairement erronées dans son exposé sur le critère servant à juger de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire d'un coauteur d'un complot. L'une des erreurs du juge du procès aurait pu mener à l'acquittement de l'accusé. Le ministère public a établi avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas

been the same. Accordingly, the Court of Appeal's order for a new trial should be confirmed.

Cases Cited

Referred to: *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 140 C.C.C. (3d) 336, 222 N.B.R. (2d) 78, [1999] N.B.J. No. 540 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of trafficking in cocaine and possession of the proceeds of crime, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Margaret Gallagher, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *James C. Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. The appellant was charged with trafficking in cocaine and possession of proceeds of trafficking. The Crown alleged that the appellant sold a prohibited drug to its undercover agent, Gulliver, through an intermediary, Merrick. The Crown's case consisted of Gulliver's testimony, tapes of conversations between Gulliver and Merrick, police surveillance of events and the bag of cocaine allegedly purchased by Gulliver. At the end of the trial, the jury acquitted the appellant. The Crown appealed, alleging errors in the trial judge's direction to the jury. The Court of Appeal of New Brunswick, Rice J.A. dissenting, allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial: (1999), 222 N.B.R. (2d) 78. The appellant Sutton appeals that decision to this Court.

été nécessairement le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Par conséquent, l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel doit être confirmée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1999), 140 C.C.C. (3d) 336, 222 R.N.-B. (2^e) 78, [1999] A.N.-B. n^o 540 (QL), qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de trafic de cocaïne et de possession des produits de la criminalité et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Margaret Gallagher, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *James C. Martin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit. L'appelant est accusé de trafic de cocaïne et de possession des produits du trafic. Le ministère public allègue que l'appelant a vendu une drogue interdite à un agent d'infiltration, Gulliver, par l'entremise d'un intermédiaire, Merrick. La preuve de la poursuite reposait sur la déposition de Gulliver, les cassettes d'enregistrement des conversations entre Gulliver et Merrick, la surveillance policière des événements et le sac de cocaïne qu'aurait acheté Gulliver. Au terme du procès, le jury a acquitté l'appelant. Le ministère public a porté la décision en appel, alléguant que le juge du procès a commis des erreurs dans ses directives au jury. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le juge Rice étant dissident, a accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1999), 222 R.N.-B. (2^e) 78. L'appelant Sutton interjette appel de cette décision devant notre Cour.

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that “the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty” (p. 374).

The parties also agree that the trial judge made errors in his direction to the jury. More specifically, they agree that two clear misdirections occurred in his formulation of the test set out in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, for determining the admissibility of co-conspirator hearsay evidence, a test not challenged on this appeal. (The parties did not present argument on and the Court did not consider whether the *Carter* test may be affected by *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40 (released on September 29, 2000).)

First, the parties agree that in articulating the initial stage of the *Carter* test, the trial judge wrongly directed the jury that they were restricted to “Gulliver’s evidence alone” in determining whether they were satisfied, beyond a reasonable doubt, that there was a conspiracy or common design to traffic cocaine. This eliminated from the jury’s consideration evidence that both parties agree was admissible on the point: the testimony of police officers detailing their surveillance and the bag of cocaine.

Second, the parties agree that the trial judge directed the jury to apply the wrong standard of proof at the second stage of the *Carter* test. This stage involves a determination of whether, on the balance of probabilities, the appellant was a member of the common design. The trial judge clearly erred by informing the jury they had to be satisfied of the appellant’s membership beyond a reasonable

2
Les parties s’entendent pour dire que les verdicts d’acquiescement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n’aurait pas été nécessairement le même s’il n’y avait pas eu d’erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que «cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude» (p. 374).

3
Les parties reconnaissent aussi que le juge du procès a commis des erreurs dans ses directives au jury. Plus précisément, elles admettent qu’il a donné deux directives clairement erronées dans son exposé sur le critère établi dans *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938, pour juger de l’admissibilité de la preuve par oui-dire d’un coauteur d’un complot; ce critère n’est nullement contesté en l’espèce. (Les parties n’ont pas présenté d’arguments sur la question de savoir si l’arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40 (rendu le 29 septembre 2000), a une incidence quelconque sur le critère de l’arrêt *Carter*, et la Cour n’a pas examiné cette question.)

4
Premièrement, les parties conviennent que, dans son exposé sur l’étape initiale du critère de l’arrêt *Carter*, le juge du procès a indiqué à tort au jury qu’il devait se fonder [TRADUCTION] «uniquement sur le témoignage de M. Gulliver» pour déterminer s’il était convaincu, hors de tout doute raisonnable, de l’existence d’un complot ou d’un projet commun de trafic de cocaïne. De ce fait, le jury était dans l’impossibilité d’examiner des éléments de preuve que les deux parties estiment être admissibles à cet égard: le témoignage des policiers sur ce qu’ils ont observé et le sac de cocaïne.

5
Deuxièmement, les parties conviennent que le juge du procès a donné au jury une directive erronée sur la norme de preuve applicable à la seconde étape du critère de l’arrêt *Carter*. À cette étape, il s’agit de savoir si, selon la prépondérance des probabilités, l’appelant a participé au projet commun. Le juge du procès a manifestement commis une erreur en disant au jury qu’il devait être convaincu

doubt, failing which they were required to acquit him.

6 In addition to these admitted errors, the Crown alleges that the trial judge erred in his caution to the jury respecting the credibility of the undercover agent Gulliver as an unsavoury witness (the *Vetrovec* warning). The appellant disagrees on this point.

7 Leaving aside the disputed *Vetrovec* caution, which this Court recently reviewed in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, the critical issue upon which the court below divided and the main ground upon which Rice J.A. based his dissent, was whether the admitted errors in charging the jury on the *Carter* test meet the threshold for vacating an acquittal as set out in *Vézeau*, *supra*. Has the Crown established with reasonable certainty that the jury, had it been charged correctly, would not necessarily have reached the same verdict? We are satisfied that the answer to this question must be yes.

8 It is not disputed that had the jury been properly directed, they could have found, upon a consideration of all the relevant evidence and applying the proper standards of proof, that the *Carter* test was satisfied. In that case, the hearsay statements at issue, including the taped conversations implicating the appellant, would have been admissible against him, as properly falling within the co-conspirator exception to the hearsay rule. The errors in the trial judge's charge may have unjustly frustrated such a conclusion. At the first stage of the test, the jury was effectively precluded from considering evidence that both parties agree was admissible in determining whether they were satisfied a conspiracy existed. At the second stage, the misdirection as to the appropriate standard of proof created the potential for the jury to reject the admissibility of the offered evidence on the grounds they were not satisfied of the appellant's involvement in the common design to traffic

hors de tout doute raisonnable de la participation de l'appellant, faute de quoi il était tenu de l'acquitter.

En plus de ces erreurs, qui ont été reconnues, le ministère public allègue que le juge du procès a commis une erreur dans la mise en garde faite au jury au sujet de la crédibilité de l'agent d'infiltration Gulliver, en le qualifiant de témoin douteux (mise en garde de type *Vetrovec*). L'appellant ne partage pas ce point de vue.

Abstraction faite de la question litigieuse de la mise en garde de type *Vetrovec*, que notre Cour a récemment examinée dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, la question cruciale qui a donné lieu à des avis partagés à la Cour d'appel et sur laquelle repose essentiellement l'avis dissident du juge Rice consiste à savoir si les erreurs que, comme on l'a reconnu, comporte l'exposé au jury au sujet du critère de l'arrêt *Carter* atteignent le seuil établi dans l'arrêt *Vézeau*, précité, qui permet d'annuler un verdict d'acquiescement. Le ministère public a-t-il établi avec un degré raisonnable de certitude que le jury n'aurait pas nécessairement rendu le même verdict s'il avait reçu des directives appropriées? Nous sommes convaincus que la réponse à cette question est oui.

Les parties ne contestent pas le fait que, si le jury avait reçu des directives appropriées, il aurait pu conclure, en tenant compte de tous les éléments de preuve pertinents et en appliquant la norme de preuve appropriée, que le critère de l'arrêt *Carter* avait été respecté. Dans ce cas-là, les déclarations relatées en l'espèce, y compris les conversations enregistrées mettant en cause l'appellant, auraient été admissibles contre lui puisqu'elles auraient été visées à juste titre par l'exception à la règle du oui-dire concernant les coauteurs d'un complot. Les erreurs dans l'exposé du juge du procès peuvent avoir empêché, de manière injustifiée, une telle conclusion. À la première étape du critère, le jury a été effectivement mis dans l'impossibilité d'examiner des éléments de preuve qui, selon les deux parties, étaient admissibles lorsqu'il s'agissait pour le jury de déterminer s'il était convaincu qu'il y avait eu complot. Quant à la seconde étape du critère, la directive erronée quant à la norme de

cocaine beyond a reasonable doubt, even though they may have been satisfied of his involvement on the correct standard of probability. Either of these errors could have led to the appellant's acquittal. Therefore, to use the language of *Vézeau, supra*, we can say with reasonable certainty that, had the jury been properly charged, the verdict would not necessarily have been the same.

We would therefore dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Margaret Gallagher, Saint John.

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

preuve appropriée a créé la possibilité que le jury écarte la preuve présentée s'il n'était pas convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la participation de l'appelant au projet commun de trafic de cocaïne, et ce, même s'il aurait pu en être convaincu selon la norme correcte de probabilité. L'une de ces erreurs aurait pu mener à l'acquittement de l'appelant. Par conséquent, pour reprendre les termes de l'arrêt *Vézeau*, précité, nous pouvons affirmer avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Margaret Gallagher, Saint John.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.-L.J. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. J.-L.J.

Neutral citation: 2000 SCC 51.

File No.: 26830.

1999: December 10; 2000: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Mohan criteria — Accused charged with sexual assaults on two young male children — Expert witness testifying that accused's personality incompatible with any predisposition to commit such offences — Whether trial judge erred in excluding expert evidence.

The accused was charged with a series of sexual assaults on two young male children. He tendered the evidence of a psychiatrist to establish that in all probability a serious sexual deviant had inflicted the abuse, including anal intercourse, and no such deviant personality traits were disclosed by the accused in various tests including penile plethysmography. After a *voir dire*, the trial judge excluded the expert evidence because it purported to show only lack of general disposition and was not saved by the "distinctive group" exception recognized in *Mohan*. The accused was convicted. A majority of the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial on the basis that the expert evidence was wrongly excluded.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

The trial judge's discharge of his gatekeeper function in the evaluation of the demands of a full and fair trial record, while avoiding distortions of the fact-finding

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.-L.J. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. J.-L.J.

Référence neutre: 2000 CSC 51.

N° du greffe: 26830.

1999: 10 décembre; 2000: 9 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Critères de l'arrêt Mohan — Accusé inculpé d'avoir agressé sexuellement deux garçonnets — Expert témoignant que la personnalité de l'accusé ne permet pas de conclure qu'il est prédisposé à commettre de telles infractions — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve d'expert?

L'accusé a été inculpé d'avoir commis une série d'agressions sexuelles sur deux garçonnets. Il a fait témoigner un psychiatre dans le but d'établir que, selon toute probabilité, l'auteur des mauvais traitements qui comprenaient des relations sexuelles anales était une personne atteinte d'une déviance sexuelle grave, et que divers tests administrés à l'accusé, dont une pléthysmographie pénienne, ne révélaient aucun trait de personnalité déviant de la sorte. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a exclu la preuve d'expert pour le motif qu'elle paraissait démontrer seulement une absence de prédisposition générale disposition et n'était pas sauvegardée par l'exception du «groupe distinctif» reconnue dans l'arrêt *Mohan*. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que la preuve d'expert avait été exclue à tort.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le fait que le juge du procès a évité que la recherche des faits soit faussée par la présentation d'un témoignage d'expert inapproprié, en exerçant sa fonction de

exercise through the introduction of inappropriate expert testimony, deserves a high degree of respect. In this case, the trial judge was not persuaded that the *Mohan* requirements had been met.

Novel science is subject to “special scrutiny”. In this case the psychiatrist was a pioneer in Canada in trying to use the penile plethysmograph, previously recognized as a therapeutic tool, as a forensic tool. Moreover, if expert evidence were accepted that the offence was probably committed by a member of a “distinctive group” from which the accused is excluded, it would be a short step to the conclusion on the ultimate issue of guilt or innocence. This was another reason for special scrutiny.

The “distinctive group” exception sought to be applied here requires that it be shown that the crime could only, or would only, be committed by a person having distinctive personality traits that the accused does not possess. The personality profile of the perpetrator group must identify truly distinctive psychological elements that were in all probability present and operating in the perpetrator at the time of the offence. The *Mohan* requirement that this profile be “standard” was to ensure that it is not put together on an *ad hoc* basis for the purpose of a particular case. Beyond that, the issue whether the “profile” is sufficient depends on the expert’s ability to identify and describe with workable precision what exactly distinguishes the distinctive or deviant perpetrator from other people and on what basis the accused can be excluded. The expert evidence tendered in this case was unsatisfactory on both points. The definition of the “distinctive” group of individuals with a propensity to commit the “distinctive crime” was vague. While the reference in *Mohan* to a “standard profile” should not be taken to require an exhaustive inventory of personality traits, the profile must confine the class to useful proportions. Furthermore, the witness did not satisfy the trial judge that the underlying principles and methodology of the tests administered to the accused were reliable and, importantly, applicable. Even giving a loose interpretation to the need for a “standard profile”, and passing over the doubts that only a pedophile would be capable of the offence, the evidence of the error rate in the tests administered to the accused was problematic. The possibility that such evidence would distort the fact-finding process was very real. Consideration of the cost-benefit analysis supports the trial judge’s conclusion that the testimony offered as many problems as it did solutions, and it was therefore

gardien dans l’évaluation des exigences de procès juste et équitable, mérite beaucoup de respect. Dans la présente affaire, le juge du procès n’était pas convaincu que les exigences de l’arrêt *Mohan* étaient respectées.

Une nouvelle théorie ou technique scientifique doit être «soigneusement examinée». En l’espèce, le psychiatre a fait œuvre de pionnier au Canada en essayant d’utiliser, en tant qu’outil médico-légal, la pléthysmographie pénienne auparavant reconnue comme étant un outil thérapeutique. De plus, si on acceptait une preuve d’expert que l’infraction a probablement été commise par un membre d’un «groupe distinctif» dont l’accusé est exclu, on serait très près de la conclusion sur la question fondamentale de la culpabilité ou de l’innocence. Cela justifiait d’autant plus un examen minutieux.

L’exception du «groupe distinctif» que l’on cherche à appliquer dans la présente affaire exige qu’il soit démontré que le crime ne serait ou ne pourrait être commis que par une personne ayant des traits de personnalité distinctifs que l’accusé ne possède pas. Le profil de personnalité du groupe auquel appartient l’auteur de l’infraction doit relever des éléments psychologiques véritablement distinctifs qui, selon toute probabilité, étaient présents et en action chez ce dernier au moment de la perpétration de l’infraction. L’exigence de l’arrêt *Mohan* que ce profil soit un profil «type» avait pour objet d’éviter qu’il soit établi de manière ponctuelle en fonction de chaque cas particulier. En outre, la réponse à la question de savoir si le «profil» est suffisant dépend de la capacité de l’expert de déterminer et décrire avec une précision réaliste ce qui, au juste, fait que l’auteur distinctif ou déviant du crime diffère des autres personnes, et du motif pour lequel l’accusé peut être exclu. La preuve d’expert qui a été produite en l’espèce était insuffisante à ces deux égards. La définition du groupe «distinctif» de personnes qui ont une propension à commettre ce «crime distinctif» était vague. Même si la mention d’un «profil type» dans l’arrêt *Mohan* ne devrait pas être interprétée comme exigeant un inventaire exhaustif des traits de personnalité, le profil doit ramener la catégorie à des proportions utiles. En outre, le témoin n’a pas convaincu le juge du procès que les principes et la méthode qui sous-tendent les tests administrés à l’accusé étaient fiables et, qui plus est, applicables. Même en donnant une interprétation large à la nécessité d’un «profil type» et en faisant abstraction des doutes que seul un pédophile serait capable de commettre l’infraction en cause, la preuve du taux d’erreur des tests administrés à l’accusé était problématique. La possibilité qu’une telle preuve fausse le processus de

within his discretion to exclude it. The majority of the Court of Appeal erred in interfering with the exercise of that discretion.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923); *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Protection de la jeunesse — 539*, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] Q.J. No. 3605 (QL); *People v. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry v. State*, 443 S.E.2d 667 (1994); *United States v. Powers*, 59 F.3d 1460 (1995); *State v. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (1995); *R. v. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341; *R. v. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL); *R. v. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530; *R. v. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283; *R. v. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL), leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vii; *R. v. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL); *R. v. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240; *R. v. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 152 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 159(1) [*idem*, s. 3].

Authors Cited

Barker, James G., and Robert J. Howell. "The Plethysmograph: A Review of Recent Literature" (1992), 20 *Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.* 13.
 Delisle, R. J. "The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles" (1994), 29 C.R. (4th) 267.
 Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.

recherche des faits était très réelle. La prise en considération de l'analyse du coût et des bénéfices appuie la conclusion du juge du procès que ce témoignage a apporté autant de problèmes que de solutions, et le juge avait donc le pouvoir discrétionnaire de l'exclure. La Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en intervenant dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés:** *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (1923); *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Protection de la jeunesse — 539*, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] A.Q. n° 3605 (QL); *People c. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry c. State*, 443 S.E.2d 667 (1994); *United States c. Powers*, 59 F.3d 1460 (1995); *State c. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (1995); *R. c. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341; *R. c. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL); *R. c. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287; *R. c. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530; *R. c. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283; *R. c. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vii; *R. c. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL); *R. c. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240; *R. c. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360; *Davie c. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 152 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 159(1) [*idem*, art. 3].

Doctrine citée

Barker, James G., and Robert J. Howell. «The Plethysmograph: A Review of Recent Literature» (1992), 20 *Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.* 13.
 Delisle, R. J. «The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles» (1994), 29 C.R. (4th) 267.
 Mewett, Alan W. «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.

Morin, Luc, et Claude Boisclair. «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27.

Myers, John E. B., et al. «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 2229, 130 C.C.C. (3d) 541, [1998] Q.J. No. 2493 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Carole Lebeuf and *Stella Gabbino*, for the appellant.

Pauline Bouchard and *Sharon Sandiford*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal we are required to consider aspects of the “gatekeeper function” performed by trial judges in the reception of novel scientific evidence. The respondent was charged with a series of sexual assaults over a period of four months on two young males with whom he stood in a parental relationship. At the time of the offences, which involved the allegation of anal penetration, the young males were between three and five years old. The defence contended that such offences were committed by someone possessed of a highly distinct personality disorder, and tendered an expert psychiatrist, Dr. Édouard Beltrami, to testify that the respondent's personality was incompatible with any predisposition to commit such offences. The evidence was excluded by the trial judge, who convicted the respondent. A new trial was ordered by a majority of the Quebec Court of Appeal on the basis that this evidence was wrongly excluded. We are of the opinion that in the circumstances the trial judge was entitled to exclude the expert evidence and that the appeal must be allowed and the conviction restored.

Morin, Luc, et Claude Boisclair. «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27.

Myers, John E. B., et al. «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 2229, 130 C.C.C. (3d) 541, [1998] A.Q. n° 2493 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Carole Lebeuf et *Stella Gabbino*, pour l'appelante.

Pauline Bouchard et *Sharon Sandiford*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à examiner des aspects de la «fonction de gardien» qu'exerce le juge du procès lorsqu'il reçoit une preuve scientifique d'un genre nouveau. L'intimé a été accusé d'avoir commis, pendant quatre mois, une série d'agressions sexuelles sur deux garçonnets auxquels il tenait lieu de père. Au moment des infractions, qui auraient comporté des actes de pénétration anale, les garçonnets avaient entre trois et cinq ans. La défense a prétendu que la personne qui avait commis ces infractions souffrait d'un trouble de la personnalité très particulier, et a fait comparaître un psychiatre expert, le Dr Édouard Beltrami, qui a témoigné que la personnalité de l'intimé ne permettait pas de conclure qu'il était prédisposé à commettre de telles infractions. Le juge du procès a exclu cette preuve et a déclaré l'intimé coupable. La Cour d'appel du Québec à la majorité a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que cette preuve avait été exclue à tort. Nous sommes d'avis que, dans les circonstances, le juge du procès avait le droit d'exclure la preuve d'expert et que le pourvoi doit être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

I. The Facts

2

The respondent's family situation is complex. Between February 1, 1995 and May 19, 1995, he had custody of W. and L., two children between three and five years old. The respondent testified that at the time of the events, he was living with his current wife and her son. Because W. and L. did not get along well with his wife's son, the respondent had rented an apartment for them where they lived with a female friend, who looked after them at nights and during the weekends, and a babysitter who came in on weekdays. The respondent visited the apartment on a daily basis, took about half of his meals there and was often present during the weekends.

3

On May 9, 1995, a child and youth protection centre received information alleging that L. had been sexually abused by the respondent. About a week later, the two children were removed from the respondent's custody and placed in a foster home. The foster mother did not know the respondent nor did she know why the children had been removed from his custody. She and her sister testified against the respondent at the trial.

1. *Statements by the Children*

4

The foster mother testified that:

(i) While giving a bath to the two children, she observed them rubbing their penises together. W. then started to hit L.'s buttock with his penis. On being questioned, the children said it was "Papi" who showed them to do that.

(ii) Another time, W. told her that "Papi" had rubbed his "*coulout*" on his body, had [TRANSLATION] "wet his hair", and that "when papi finished doing that... he put his *coulout* in his behind", and that when he had done doing that, there was blood in W's excrement. W. told her

I. Les faits

La situation familiale de l'intimé est complexe. Entre le 1^{er} février 1995 et le 19 mai 1995, il a eu la garde de W. et de L., deux enfants qui avaient entre trois ans et cinq ans. Dans son témoignage, l'intimé a déclaré qu'à l'époque où les épisodes se sont produits, il habitait avec son épouse actuelle et le fils de cette dernière. Comme W. et L. ne s'entendaient pas bien avec le fils de celle-ci, l'intimé avait loué un appartement pour eux où ils habitaient en compagnie de l'une de ses amies qui s'occupait d'eux le soir et la fin de semaine; une dame les gardait durant la semaine. L'intimé se rendait quotidiennement à l'appartement, y prenait environ la moitié de ses repas et y était souvent présent la fin de semaine.

Le 9 mai 1995, un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse a été informé que l'intimé aurait agressé sexuellement L. Environ une semaine plus tard, l'intimé s'est vu retirer la garde des deux enfants, qui ont été placés dans une famille d'accueil. La mère de la famille d'accueil ne connaissait aucunement l'intimé et ne savait pas non plus pourquoi il avait perdu la garde des enfants. Sa sœur et elle ont témoigné contre l'intimé au procès.

1. *Les déclarations des enfants*

Dans son témoignage, la mère de la famille d'accueil a affirmé ce qui suit:

(i) Alors qu'elle donnait un bain aux deux enfants, elle a remarqué qu'ils frottaient leur pénis ensemble. W. s'est ensuite mis à frapper le derrière de L. avec son pénis. Quand elle les a questionnés à ce sujet, les enfants ont répondu que c'était «papi» qui leur avait montré cela.

(ii) À une autre occasion, W. lui a révélé que «papi» avait frotté son «coulout» sur son corps, qu'il avait «mouillé ses cheveux», que «quand son papi a fini de faire ça, [...] il met son coulout dans son derrière» et que lorsqu'il eut terminé, il y avait du sang dans les selles de W.

that this was painful and caused him to walk with difficulty. According to the foster mother, W. had tears in his eyes when he gave this account. “*Coulout*” is a slang word for penis. The foster mother said she had never heard the word until the child mentioned it.

The sister of the foster mother also did not know the respondent. She testified that at one point she was watching television with the children. During an episode in which two persons were kissing, W. blurted out a similar “*coulout*” story with the same details about blood and difficulties in walking. W. said that “Papi” would then clean up the excrement with some paper and that “Papi’s” “*coulout*” is quite different than his: [TRANSLATION] “it’s bigger and all hairy”.

On October 24, 1995, Sergeant Binette asked W. who had put his “*coulout*” in his buttock. The child answered “Papi J.” and quickly identified the respondent as “Papi J.” when presented with pictures.

2. *The Charges*

The respondent was charged with sexual offences in relation to both W. and L., including touching for a sexual purpose the body of a person under the age of 14 years, unlawful anal intercourse, and sexual assault.

3. *The Examining Physicians*

Dr. Desmarchais, a paediatrician retained by the Crown, examined W. on July 24, 1995, more than two months after the children were removed from the respondent’s custody. She observed a 1.5 cm lesion near the anus and thought that there was no doubt that the boy had been sodomized. On the other hand, Dr. Chabot, also a paediatrician who testified for the Crown, was equivocal. He examined W. on August 31, 1995. He said that while the scar was longer than one might expect from constipation,

W. lui a dit que c’était douloureux et qu’il avait ensuite de la difficulté à marcher. Selon la mère de la famille d’accueil, W. avait les larmes aux yeux en racontant cela. «Coulout» est un mot d’argot qui désigne le pénis. La mère de la famille d’accueil a dit qu’elle n’avait jamais entendu ce mot avant que l’enfant l’utilise.

La sœur de la mère de la famille d’accueil ne connaissait pas non plus l’intimé. Elle a témoigné qu’à un moment donné elle regardait la télévision avec les enfants. Au cours d’un épisode dans lequel deux personnes s’embrassaient, W. a lâché une histoire semblable de «coulout» avec les mêmes détails en ce qui concerne le sang et la difficulté à marcher. W. a dit que «papi» prenait ensuite un papier pour enlever les excréments et que le «coulout» de «papi» était très différent du sien: «c’est plus gros [et] plein de cheveux».

Le 24 octobre 1995, le sergent Binette a demandé à W. qui avait mis son «coulout» dans son derrière. L’enfant a répondu «papi J.» et a rapidement identifié l’intimé comme étant «papi J.» quand on lui montra des photos.

2. *Les accusations*

L’intimé a été accusé d’avoir commis des infractions d’ordre sexuel sur W. et L., notamment d’avoir touché le corps d’un enfant de moins de 14 ans à des fins d’ordre sexuel, d’avoir eu des relations sexuelles anales illicites avec une autre personne et de s’être livré à une agression sexuelle.

3. *Les médecins examineurs*

Le Dr Desmarchais, un pédiatre dont les services ont été retenus par le ministère public a examiné W. le 24 juillet 1995, soit plus de deux mois après que l’intimé eut perdu la garde des enfants. Elle a constaté une lésion de 1,5 cm près de l’anus, qui, à son avis, indiquait indubitablement que le garçon avait été sodomisé. Par contre, le Dr Chabot, un autre pédiatre ayant témoigné pour le ministère public, était nuancé dans ses conclusions. Il a examiné W. le 31 août 1995. Il a affirmé

tion, the injury was consistent with constipation as well as with sodomy.

4. *The Excluded Evidence*

9

In the course of his trial, the respondent tendered the evidence of Dr. Édouard Beltrami, a qualified psychiatrist who works extensively in the field of clinical psychology. Dr. Beltrami's evidence was tendered to establish that in all probability a serious sexual deviant had inflicted anal intercourse on two children of that age, and no such deviant personality traits were disclosed in Dr. Beltrami's testing of the respondent. The Crown objected to the admission of this evidence and a *voir dire* was held. Dr. Beltrami testified in the *voir dire* as follows:

(1) While it is not possible to establish a standard profile of individuals with a disposition to sodomize young children, such individuals [TRANSLATION] "frequently" or "habitually" exhibited certain distinctive characteristics which could be identified. The respondent had been tested for these characteristics and excluded.

(2) The tests, which had been administered by Dr. Beltrami's assistant, but the results evaluated by Dr. Beltrami himself, consisted of two approaches, the first a series of general personality tests, and the second a test which Dr. Beltrami considered could detect individuals with serious sexual disorders.

10

In the first set of tests, the respondent was asked a series of questions about his family history, his schooling, his work experiences, his emotional and sexual life, his hobbies and life habits. The "Minnesota Multiphasic Personality Inventory Test Version 2" (hereinafter "MMPI2") was also administered. The respondent's reactions, while being questioned, were monitored by electromyography (EMG), which measures anxiety. It acts as a sort of

que, même si la cicatrice était plus longue que celle à laquelle on pourrait s'attendre lorsqu'il y a constipation, la blessure était compatible autant avec la constipation qu'avec la sodomie.

4. *La preuve exclue*

Au cours de son procès, l'intimé a fait témoigner le D^r Édouard Beltrami, un psychiatre compétent dont maints travaux portent sur le domaine de la psychologie clinique. Le témoignage du D^r Beltrami visait à établir que, selon toute probabilité, une personne atteinte d'une déviance sexuelle grave avait eu des relations sexuelles anales avec deux enfants de cet âge, et les tests qu'il avait administrés à l'intimé ne révélaient aucun trait de personnalité déviant de la sorte. Le ministère public s'est opposé à l'admission de cette preuve et un *voir-dire* a été tenu. Au cours du *voir-dire*, le D^r Beltrami a témoigné ainsi:

(1) Bien qu'il soit impossible d'établir le profil type des individus prédisposés à sodomiser de jeunes enfants, ces individus démontrent «fréquemment» ou «habituellement» certaines caractéristiques distinctives identifiables. L'intimé a été testé en fonction de ces caractéristiques et a été écarté.

(2) Les tests, qui ont été administrés par l'assistant du D^r Beltrami mais dont les résultats ont été évalués par le D^r Beltrami lui-même, comportaient deux volets, soit, dans un premier temps, une série de tests de personnalité généraux et, dans un deuxième temps, un test qui, selon le D^r Beltrami, permettait de détecter les individus atteints de troubles sexuels graves.

Dans la première série de tests, l'intimé s'est vu poser une série de questions sur ses antécédents familiaux, ses études, son expérience de travail, sa vie affective et sexuelle, ses passe-temps et ses habitudes de vie. On lui a également administré la deuxième version du test intitulé «Inventaire multiphasique de la personnalité du Minnesota» (ci-après «MMPI2»). Les réactions de l'intimé, lorsqu'il était questionné, étaient captées par électro-

lie detector. The objective of the MMPI2 is to identify different potential personality characteristics, including the tendency to be truthful, to hide symptoms, to be subject to psychosis, to be depressive, to be hyperactive, to be anxious, to be histrionic, etc. These tests are not designed specifically for the detection of sexual disorders.

The second and more controversial test was directed to the respondent's sexual preferences. It consisted of exposing him to images and sounds of sexual activity, both normal and deviant, and measuring his physiological reaction through a gauge attached to his penis. The "strain gauge" is designed to pick up signs of physical arousal. Dr. Beltrami explained that if the subject has previously derived pleasure from a specific form of sexual activity, the pleasure is imprinted on the brain, and may be restimulated on further exposure to pictures or sounds of similar activity. This is how he explained it to the court:

[TRANSLATION]

Q. How do you . . . how is it done?

A. The subject is shown normal and deviant images and is played normal and deviant audio cassettes.

Q. Yes.

A. And those who have derived pleasure in the past from a deviant sexual activity, this . . .

Q. This test?

A. . . . this pleasure is kind of ingrained in his brain in the form of an engram, to use the technical term . . .

Q. Okay, just to . . .

A. And when the subject is shown the same situations, it will cause either a mini-erection of which he is sometimes not aware, but a tumescence, that is, a swelling of his penis that is measured with a device for that purpose that is connected to electronic instruments that take down the resulting measurements.

myographie (EMG), une technique permettant de mesurer l'anxiété. L'EMG est une sorte de détecteur de mensonges. Le MMPI2 vise à déceler diverses caractéristiques potentielles de la personnalité, dont la tendance à dire la vérité, à dissimuler des symptômes et à être psychotique, dépressif, hyperactif, anxieux, histrionique, etc. Ces tests ne sont pas conçus précisément pour déceler des troubles d'ordre sexuel.

Le deuxième test, qui est plus controversé, concernait les préférences sexuelles de l'intimé. Il consistait à lui présenter des images et à lui faire entendre des sons d'actes sexuels normaux et déviants, et à mesurer sa réaction psychologique au moyen d'un capteur attaché à son pénis. Le «capteur de contrainte» sert à déceler des signes d'excitation physique. Le Dr Beltrami a expliqué que si le sujet a déjà éprouvé du plaisir en se livrant à une certaine forme d'activité sexuelle, ce plaisir est enraciné dans son cerveau, et il peut être stimulé de nouveau en présence d'images ou de sons d'actes semblables. Voici comment il a expliqué cela à la cour:

Q. De quelle façon qu'on . . . que c'est fait ça?

R. C'est qu'on projette des images normales et déviantes, on fait écouter des cassettes audio normales et déviantes au sujet.

Q. Oui.

R. Et les gens qui ont déjà eu du plaisir dans une activité sexuelle déviante, cet . . .

Q. Ce test?

R. . . . ce plaisir est un peu comme enraciné dans son cerveau sous forme d'engramme, pour utiliser le terme technique . . .

Q. O.K., juste pour . . .

R. Et quand on lui représente ces mêmes situations, ça va provoquer ou une mini-érection dont il est parfois pas conscient, mais une tumescence, c'est-à-dire un gonflement de son pénis qui est mesuré avec un appareil adéquat, et relié à des appareils électroniques qui prennent des mesures en conséquence.

- 12 All of the tests used standardized questions, images and scenarios. The respondent was never confronted with specific images designed to replicate the offences alleged against him.
- 13 Dr. Beltrami testified on the *voir dire* that the first set of tests showed that the respondent had had an unexceptional childhood, that he had not been sexually abused, that he had a good education which allowed him to hold a responsible job and that he was ingenious and entrepreneurial. He noted that the respondent often maintained two or three intimate heterosexual relationships at the same time without his partners knowing about one another. There were several children from these various relationships. Dr. Beltrami notes [TRANSLATION] "He clearly exhibits judgment problems in his tumultuous emotional life. On the other hand, he does not seem to have the irrational ideas associated with sexual offences." Dr. Beltrami noted a tendency on the part of the respondent to deceive, but apart from some emotional instability with women, Dr. Beltrami concluded that the respondent did not have any particular pathologies.
- 14 With respect to the plethysmograph test, Dr. Beltrami concluded that the respondent has [TRANSLATION] "a clearly normal profile with a preference for adult women and a slight attraction to adolescents. He exhibits no deviation in respect of boys in general or prepubescent boys".
- 15 The trial judge ruled Dr. Beltrami's evidence inadmissible. He acquitted the respondent of the charges related to L. but convicted the respondent of having, for a sexual purpose, invited, counseled or incited W. to touch the body of the respondent, (s. 152 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) and having engaged in an act of anal intercourse (s. 159(1) of the *Criminal Code*). The respondent was sentenced to imprisonment of two years on each charge, to be served concurrently. The majority of the Court of Appeal, Robert J.A. dissenting, found that Dr. Beltrami's evidence ought to have been admitted, allowed the appeal and ordered a new trial.
- Tous les tests comportaient des questions, des images et des scénarios normalisés. On n'a jamais montré l'intimé des images particulières visant à reproduire les infractions qui lui étaient reprochées.
- Le D^r Beltrami a témoigné, au cours du voir-dire, que la première série de tests montrait que l'intimé avait eu une enfance ordinaire, qu'il n'avait pas été victime d'abus sexuel, qu'il avait un bon niveau de scolarité qui lui a permis d'obtenir un emploi comportant des responsabilités, et qu'il était ingénieux et animé de l'esprit d'entreprise. Il a noté que l'intimé entretenait souvent deux ou trois relations hétérosexuelles intimes en même temps sans que ses partenaires ne soient au courant de ce fait. Plusieurs enfants sont issus de ces diverses relations. Le D^r Beltrami note: «Il montre clairement des troubles de jugement dans sa vie affective tumultueuse. Par contre, il ne semble pas avoir les idées irrationnelles liées à la délinquance sexuelle.» Le D^r Beltrami a remarqué une tendance à la tromperie chez l'intimé, mais il a conclu que, à part une certaine instabilité affective avec les femmes, ce dernier ne souffrait d'aucun trouble particulier.
- Pour ce qui est de la pléthysmographie, le D^r Beltrami a jugé que l'intimé avait «un profil clairement normal avec une préférence pour les femmes adultes et une légère attirance pour les adolescentes. Il ne présente aucune déviation vis-à-vis des garçons en général ou prépubères».
- Le juge du procès a décidé que la preuve du D^r Beltrami était inadmissible. Il a acquitté l'intimé quant aux accusations relatives à L., mais l'a déclaré coupable d'avoir, à des fins d'ordre sexuel, invité, engagé ou incité W. à le toucher (art. 152 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), et d'avoir eu des relations sexuelles anales avec une autre personne (par. 159(1) du *Code criminel*). L'intimé a été condamné à purger concurremment des peines de deux ans d'emprisonnement pour chaque chef d'accusation. Après avoir statué que la preuve du D^r Beltrami aurait dû être admise, la Cour d'appel à la majorité, le juge Robert étant dissident, a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

II. Judgments

1. *Court of Québec*, No. 500-01-015157-958, September 27 and October 18, 1996

Judge Trudel recognized Dr. Beltrami as an expert in psychiatry, sexology and physiology. He characterized his evidence, however, as evidence only of general disposition or propensity to commit this type of offence. As such, the evidence did not come within the “distinctive group” exception recognized in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, which he interpreted as requiring a scientifically established standard profile of the “distinctive group” of offenders. As Dr. Beltrami had acknowledged that no such standard profile had been developed, the exception was therefore inapplicable and the evidence excluded. Convictions were entered in relation to the offences against W.

2. *Quebec Court of Appeal* (1998), 130 C.C.C. (3d) 541

The respondent appealed his conviction on several grounds. For present purposes, it is sufficient to summarize the opinions of the Court of Appeal in relation to the admission of Dr. Beltrami’s evidence, which formed the basis of the dissent.

(a) Beauregard and Fish J.J.A., majority

Fish J.A., with whom Beauregard J.A. agreed, allowed the appeal and ordered a new trial on the basis that the trial judge erred in not admitting Dr. Beltrami’s evidence.

In the opinion of the majority, even if Dr. Beltrami was unable to identify a “single set of behavioural characteristics shared by every adult, male pedophile” (p. 545), he was nonetheless able to give evidence concerning the respondent’s behavioural profile and to assert, in substance, that it included none of the characteristics that were in

II. Les jugements

1. *Cour du Québec*, n° 500-01-015157-958, 27 septembre et 18 octobre 1996

Le juge Trudel a reconnu le Dr Beltrami comme étant un expert en psychiatrie, en sexologie et en physiologie. Il a toutefois considéré que son témoignage était une simple preuve de prédisposition ou de propension générale à commettre ce genre d’infraction. Ainsi, la preuve en question n’était pas visée par l’exception du «groupe distinctif» reconnue dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, qu’il a interprétée comme exigeant l’existence d’un profil type établi scientifiquement du «groupe distinctif» de délinquants. Comme le Dr Beltrami avait reconnu qu’aucun profil type de cette nature n’avait été établi, l’exception était donc inapplicable et la preuve a été exclue. Des déclarations de culpabilité ont été inscrites relativement aux infractions dont W. avait été victime.

2. *Cour d’appel du Québec*, [1998] R.J.Q. 2229

L’intimé en a appelé de sa déclaration de culpabilité pour plusieurs motifs. Pour les fins qui nous occupent, il suffit de résumer les opinions de la Cour d’appel relatives à l’admission de la preuve du Dr Beltrami, qui constituaient le fondement de la dissidence.

a) Les juges Beauregard et Fish, majoritaires

Le juge Fish, avec l’appui du juge Beauregard, a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve du Dr Beltrami.

Selon les juges majoritaires, bien que le Dr Beltrami ait été incapable de relever le [TRADUCTION] «moindre ensemble de caractéristiques de comportement que partagent tous les pédophiles adultes de sexe masculin» (p. 2232), il a pu néanmoins témoigner au sujet du profil de comportement de l’intimé et affirmer, pour l’essentiel, que ce profil ne comportait aucune des caractéristiques qui, selon lui, étaient [TRADUCTION] «compatibles

16

17

18

19

his view “compatible with the . . . offence with which [he] was charged” (p. 545).

20

Concerning the reliability requirement, Fish J.A. did not believe that absolute reliability was the standard. He noted that the plethysmograph is generally recognized by the scientific community and is used by psychiatric facilities such as the Institut Philippe Pinel de Montréal to monitor the result of treatment for sexual pathologies. He noted that Dr. Beltrami had testified that the respondent’s results show a sexual preference for adult women and no desire or preference for children.

21

Fish J.A. did not interpret *Mohan*, *supra*, as requiring “the mechanical exclusion of expert evidence on the sole ground that the scientific community has not developed a single set of personality traits — or single psychological profile — that is common to every offender who commits the crime charged” (p. 546). He observed that in *Mohan* Sopinka J. cited *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254 (Que. C.A.), with apparent approval. In *Garfinkle*, the Quebec Court of Appeal had ruled Dr. Beltrami’s evidence admissible on the facts presented in that case.

22

Unlike the expert evidence rejected in *Mohan*, the evidence of Dr. Beltrami was to the effect that “the offence charged involves an extreme degree of sexual deviancy. It can properly be characterized as distinctive in virtue of the biological nature of the act and the very young age of the alleged victims” (p. 547). These elements point to an offender having one or more distinctive personality traits. According to Dr. Beltrami, the person who committed the offence would likely respond measurably to the penile plethysmograph test since the instrument is particularly effective in detecting extreme deviance. The respondent did not test positive, and Dr. Beltrami’s evidence could therefore be “of material assistance in determining innocence or guilt”: *Mohan*, *supra*, at p. 37. The

avec [...] l’infraction dont [il] était accusé» (p. 2232).

Quant à l’exigence de fiabilité, le juge Fish ne croyait pas que la fiabilité absolue était la norme applicable. Il a fait remarquer que la pléthysmographie est généralement reconnue par la communauté scientifique et que les établissements psychiatriques tels que l’Institut Philippe Pinel de Montréal s’en servent pour contrôler les résultats du traitement de troubles sexuels. Il a souligné que le Dr Beltrami avait témoigné que les résultats de l’intimé montraient qu’il avait une préférence sexuelle pour les femmes adultes et qu’il n’éprouvait aucun désir et n’avait aucune préférence pour les enfants.

Le juge Fish n’a pas considéré que l’arrêt *Mohan*, précité, exige [TRADUCTION] «l’exclusion automatique d’une preuve d’expert du seul fait que la communauté scientifique n’a pas établi le moindre ensemble de traits de personnalité — ou le moindre profil psychologique — que partagent tous les délinquants qui commettent le crime reproché» (p. 2233). Il a fait observer que, dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka avait cité et paru approuver l’arrêt *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254 (C.A. Qué.). Dans l’arrêt *Garfinkle*, la Cour d’appel du Québec avait jugé la preuve du Dr Beltrami admissible d’après les faits de l’affaire.

Contrairement à la preuve d’expert rejetée dans l’arrêt *Mohan*, la preuve du Dr Beltrami indiquait que [TRADUCTION] «l’infraction reprochée comporte un niveau extrême de déviance sexuelle. Elle peut être qualifiée, à juste titre, de distinctive en raison de la nature biologique de l’acte et du très jeune âge des prétendues victimes» (p. 2233). Ces éléments portent à croire qu’il s’agit d’un délinquant qui possède un ou plusieurs traits de personnalité distinctifs. D’après le Dr Beltrami, la personne qui a commis l’infraction réagirait probablement de façon appréciable au test de la pléthysmographie pénienne étant donné que l’appareil utilisé est particulièrement efficace pour détecter la déviance extrême. Le test de l’intimé ne s’est pas révélé positif, et la preuve du Dr Beltrami

majority allowed the appeal and ordered a new trial.

(b) Robert J.A., dissenting

Referring to *Mohan, supra*, Robert J.A. reviewed the criteria applicable to the admissibility of expert evidence as to disposition to commit a crime. What is required is that the person who has committed the crime *or* the accused has “distinctive characteristics” that allow the trier of fact to make comparisons that will help him or her to determine the issue of guilt. The dissent is based in part on the following passage in *Mohan*, at p. 37:

The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group. Put another way: Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime? An affirmative finding on this basis will satisfy the criteria of relevance and necessity. [Emphasis added.]

Robert J.A. agreed with the trial judge that Dr. Beltrami’s evidence was inadmissible largely because science has not yet identified a standard profile for individuals who commit sodomy on young children. The fact that Dr. Beltrami considered the respondent’s personality to be incompatible with characteristics that are [TRANSLATION] “frequently” or “habitually” found among people who commit the crime with which the respondent was accused does not satisfy the *Mohan* test. Dr. Beltrami’s evidence amounted to evidence of general disposition and did not come within the limited exception to the prohibition against such evidence. Robert J.A. would thus have dismissed the appeal.

III. Analysis

Expert witnesses have an essential rôle to play in the criminal courts. However, the dramatic growth in the frequency with which they have been

pourrait donc «aide[r] considérablement à déterminer l’innocence ou la culpabilité»: *Mohan*, précité, à la p. 37. La Cour à la majorité a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

b) Le juge Robert, dissident

Se référant à l’arrêt *Mohan*, précité, le juge Robert a examiné les critères applicables à l’admissibilité d’une preuve d’expert en ce qui concerne la prédisposition à commettre un crime. Il faut que l’auteur du crime *ou* l’accusé possède des «caractéristiques distinctives» qui permettent au juge des faits de faire des comparaisons qui l’aideront à décider de la culpabilité ou de l’innocence. La dissidence repose en partie sur le passage suivant de l’arrêt *Mohan*, à la p. 37:

Le juge du procès devrait considérer, d’une part, l’opinion de l’expert et, d’autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu’il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l’appartenance à un groupe distinctif. En d’autres termes, la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime? Une conclusion affirmative sur ce fondement satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité. [Je souligne.]

Le juge Robert a convenu avec le juge du procès que la preuve du D^r Beltrami était inadmissible en grande partie parce que la science n’avait encore défini aucun profil type des personnes qui se livrent à la sodomie sur de jeunes enfants. Le fait que le D^r Beltrami a considéré que la personnalité de l’intimé est incompatible avec les caractéristiques qui se retrouvent «fréquemment» ou «habituellement» chez les personnes qui commettent le crime dont est accusé l’intimé ne satisfait pas au critère de l’arrêt *Mohan*. La preuve du D^r Beltrami constituait une preuve de prédisposition générale et n’était pas visée par l’exception limitée de l’interdiction de produire une telle preuve. Le juge Robert aurait donc rejeté l’appel.

III. Analyse

Les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer devant les tribunaux criminels. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de

23

24

25

called upon in recent years has led to ongoing debate about suitable controls on their participation, precautions to exclude “junk science”, and the need to preserve and protect the role of the trier of fact — the judge or the jury. The law in this regard was significantly advanced by *Mohan*, *supra*, where Sopinka J. expressed such a concern at p. 21:

Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves.

and at p. 24:

There is also a concern inherent in the application of this criterion that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact. Too liberal an approach could result in a trial's becoming nothing more than a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept.

26

In *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, La Forest J. warned at p. 434 about undue weight being given to “evidence cloaked under the mystique of science”, and more recently in *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385, the Ontario Court of Appeal rejected the evidence of an expert who was put forward by the defence to discuss the frailties of eyewitness identification. Finlayson J.A. observed that admission of such evidence would suggest that without expert help “our jury system is not adequate to the task of determining the guilt of an accused person beyond a reasonable doubt where the identification evidence is pivotal to the case for the Crown” (p. 395). The present appeal involves a provincial court judge sitting alone, but it raises the same controversy about the need to draw the line properly between the role of the expert and the role of the court.

27

In *Mohan*, the Court excluded expert evidence that was directed to a similar point to the one made here by Dr. Beltrami. In that case, a practising physician was charged with four counts of sexual

l'assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l'origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu'il convient d'appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la «science de pacotille», et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury. L'arrêt *Mohan*, précité, a fait grandement progresser le droit à cet égard. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a fait part de cette préoccupation, à la p. 21:

Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.

Et à la p. 24:

Il y a également la crainte inhérente à l'application de ce critère que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits. Une conception trop libérale pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter.

Dans l'arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, le juge La Forest a fait une mise en garde sur le poids indu accordé à la «preuve empreinte de la mystique de la science», et plus récemment, dans l'arrêt *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté une preuve d'expert soumise par la défense pour analyser les faiblesses de l'identification par témoin oculaire. Le juge Finlayson a souligné que l'admission d'une telle preuve indiquerait que, sans l'aide d'un expert, [TRADUCTION] «notre système de jury n'est pas en mesure de déterminer la culpabilité d'un accusé hors de tout doute raisonnable lorsque la preuve d'identification est essentielle à la preuve du ministère public» (p. 395). Le présent pourvoi concerne un juge d'une cour provinciale siégeant seul, mais il suscite la même controverse quant à la nécessité de tracer convenablement la ligne entre le rôle de l'expert et celui de la cour.

Dans l'arrêt *Mohan*, la Cour a exclu une preuve d'expert portant sur un point de vue semblable à celui exprimé par le Dr Beltrami en l'espèce. Dans cette affaire, un médecin faisait l'objet de quatre

assault on four female patients aged 13 to 16. The defence tendered a psychiatrist who was prepared to testify that the perpetrator of the alleged offences was part of a limited and distinctive group of individuals (pedophiles and sexual psychopaths) and that the accused did not possess the characteristics typical of members of the group. This Court accepted the trial judge's conclusion that science had not yet developed sufficiently standardized profiles of pedophiles and sexual psychopaths against which an alleged perpetrator could be matched. The evidence was therefore rejected as unreliable, and unnecessary in the sense that it was not required to clarify "a matter otherwise inaccessible" (p. 38).

In the course of *Mohan* and other judgments, the Court has emphasized that the trial judge should take seriously the role of "gatekeeper". The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility.

The Court's gatekeeper function must afford the parties the opportunity to put forward the most complete evidentiary record consistent with the rules of evidence. As McLachlin J. noted in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611:

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.

Nevertheless, the search for truth excludes expert evidence which may "distort the fact-finding process" (*Mohan*, at p. 21). To assist in the gatekeeper exercise, the Court established a list of criteria against which, on this appeal, the admissibility of Dr. Beltrami's evidence must be judged. For ease of exposition, I will address these criteria in a

chefs d'agression sexuelle sur quatre patientes âgées de 13 à 16 ans. La défense a fait comparaître un psychiatre qui était prêt à témoigner que l'auteur des infractions reprochées faisait partie d'un groupe limité et distinctif de personnes (celui des pédophiles et des psychopathes sexuels) et que l'accusé ne possédait pas les caractéristiques habituelles des membres de ce groupe. Notre Cour a accepté la conclusion du juge du procès que la science n'avait encore établi aucun profil suffisamment normalisé des pédophiles et des psychopathes sexuels auquel l'auteur présumé pouvait être comparé. La preuve a donc été rejetée pour le motif qu'elle n'était ni fiable, ni nécessaire en ce sens qu'elle n'était pas requise pour clarifier «une question qui serait autrement inaccessible» (p. 38).

Dans *Mohan* et d'autres arrêts, la Cour a souligné que le juge du procès devrait prendre au sérieux son rôle de «gardien». La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité.

En raison de sa fonction de gardienne, la Cour doit offrir aux parties la possibilité de soumettre la preuve la plus complète, conformément aux règles de la preuve. Comme l'a fait remarquer le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611:

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.

Néanmoins, la recherche de la vérité exclut la preuve d'expert susceptible de «fausser le processus de recherche des faits» (*Mohan*, à la p. 21). Pour faciliter l'exercice du rôle de gardien, la Cour a établi une liste de critères qui, en l'espèce, doivent servir à évaluer l'admissibilité de la preuve du Dr Beltrami. Pour des raisons de commodité, je

28

29

sequence that differs somewhat from that followed in *Mohan*.

1. Subject Matter of the Inquiry

30 In *Mohan*, Sopinka J., at p. 23, approved a passage from *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, that “[t]he subject-matter of the inquiry must be such that ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge”. See also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, per Dickson J., at p. 42; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, per Wilson J., at p. 896; and *McIntosh*, supra, per Finlayson J.A., at p. 392.

31 Dr. Beltrami’s evidence satisfies this threshold requirement. In *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff’d [1977] 2 S.C.R. 824, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal considered psychiatric evidence of disposition admissible “where the particular disposition or tendency in issue is characteristic of an abnormal group, the characteristics of which fall within the expertise of the psychiatrist” (p. 169 (emphasis added)). See also *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *McMillan*, supra; and *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.). This line of cases was approved in *Mohan* with the notation that the operative concept is “distinctive” rather than “abnormal”, at p. 36:

In my opinion, the term “distinctive” more aptly defines the behavioural characteristics which are a precondition to the admission of this kind of evidence.

32 The exception is based on the notion that “psychical as well as physical characteristics may be relevant to identify the perpetrator of the crime” (*McMillan*, per Martin J.A., at p. 173), and “involves the psychiatrist in expressing his conclusion that the accused does not have the capacity to commit the crime with which he is charged” (*Lupien*, supra, per Ritchie J., at p. 278 (emphasis added)). This is clearly a proper subject matter for

vais les aborder dans un ordre qui diffère quelque peu de celui suivi dans l’arrêt *Mohan*.

1. Objet de l’analyse

Dans l’arrêt *Mohan*, à la p. 23, le juge Sopinka a approuvé le passage de l’arrêt *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, selon lequel [TRADUCTION] «[l]’objet de l’analyse est tel qu’il est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l’assistance de personnes possédant des connaissances spéciales». Voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, le juge Dickson, à la p. 42; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, le juge Wilson, à la p. 896; *McIntosh*, précité, le juge Finlayson, à la p. 392.

La preuve du Dr Beltrami respecte cette exigence préliminaire. Dans *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824, le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario a considéré qu’une preuve psychiatrique de prédisposition est admissible [TRADUCTION] «lorsque la prédisposition ou la propension en question est propre à un groupe anormal, dont les caractéristiques relèvent de l’expertise du psychiatre» (p. 169 (je souligne)). Voir également *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263, *McMillan*, précité, et *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.). La Cour, dans l’arrêt *Mohan*, a approuvé ce courant jurisprudentiel en notant, à la p. 36, que le concept-clé est le terme «distinctif» plutôt que le terme «anormal»:

À mon avis, le terme «distinctif» définit mieux les caractéristiques de comportement qui sont une condition préalable à l’admission de cette forme de preuve.

Cette exception s’appuie sur l’idée que [TRADUCTION] «des caractéristiques tant psychiques que physiques peuvent être pertinentes pour identifier l’auteur du crime» (*McMillan*, le juge Martin, à la p. 173), et «amène le psychiatre à exprimer l’avis que l’inculpé ne possède pas la capacité de commettre le crime dont il est accusé» (*Lupien*, précité, le juge Ritchie, à la p. 278 (je souligne)). Il s’agit clairement d’un sujet qui se prête à une preuve

expert evidence. Whether or not the evidence tendered in this particular case is admissible remains to be established.

2. *Novel Scientific Theory or Technique*

Mohan kept the door open to novel science, rejecting the “general acceptance” test formulated in the United States in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), and moving in parallel with its replacement, the “reliable foundation” test more recently laid down by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). While *Daubert* must be read in light of the specific text of the *Federal Rules of Evidence*, which differs from our own procedures, the U.S. Supreme Court did list a number of factors that could be helpful in evaluating the soundness of novel science (at pp. 593-94):

- (1) whether the theory or technique can be and has been tested:

Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry.

- (2) whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication:

[S]ubmission to the scrutiny of the scientific community is a component of “good science,” in part because it increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected.

- (3) the known or potential rate of error or the existence of standards; and,
- (4) whether the theory or technique used has been generally accepted:

A “reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scien-

d’expert. Il reste à déterminer si la preuve soumise dans la présente affaire est admissible.

2. *Nouvelle théorie ou technique scientifique*

L’arrêt *Mohan* a laissé la porte ouverte aux nouvelles théories ou techniques scientifiques, rejeté le critère de [TRADUCTION] «l’acceptation générale» formulé aux États-Unis dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), et s’est engagé dans la même direction que le critère qui l’a remplacé, à savoir celui du [TRADUCTION] «fondement fiable» qui a été établi plus récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Bien que l’arrêt *Daubert* doive s’interpréter en fonction du texte particulier des *Federal Rules of Evidence*, qui diffère de celui de nos propres règles de procédure, la Cour suprême des États-Unis a énuméré un certain nombre de facteurs susceptibles d’être utiles pour évaluer la solidité d’une nouvelle théorie ou technique scientifique (aux pp. 593 et 594):

- (1) la théorie ou la technique peut-elle être vérifiée et l’a-t-elle été?

[TRADUCTION] La méthode scientifique actuelle est fondée sur la formulation d’hypothèses et leur vérification pour voir si elles sont fausses; en réalité, cette méthode est ce qui distingue la science des autres domaines de la connaissance.

- (2) la théorie ou la technique a-t-elle fait l’objet d’un contrôle par des pairs et d’une publication?

[TRADUCTION] [L]’assujettissement à l’examen de la communauté scientifique fait partie de l’«application rigoureuse de la démarche scientifique», en partie parce qu’il augmente les chances de déceler des failles importantes dans la méthode en cause.

- (3) le taux connu ou potentiel d’erreur ou l’existence de normes, et
- (4) la théorie ou la technique utilisée est-elle généralement acceptée?

[TRADUCTION] L’«évaluation de la fiabilité n’exige pas, quoiqu’elle le permette, l’identification explicite d’une

tific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community.”

Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and “a known technique which has been able to attract only minimal support within the community,” . . . may properly be viewed with skepticism.

34 Thus, in the United States, as here, “general acceptance” is only one of several factors to be considered. A penile plethysmograph may not yet be generally accepted as a forensic tool, but it may become so. A case-by-case evaluation of novel science is necessary in light of the changing nature of our scientific knowledge: it was once accepted by the highest authorities of the western world that the earth was flat.

35 In *Mohan*, Sopinka J. emphasized that “novel science” is subject to “special scrutiny”, at p. 25:

In summary, therefore, it appears from the foregoing that expert evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert.

The penile plethysmograph, as noted by Fish J.A., is generally recognized by the scientific community and is used by psychiatric facilities such as the Institut Philippe Pinel de Montréal to monitor the result of treatment for sexual pathologies. The plethysmograph enables the medical staff to assess the progress of therapy of known and admitted sexual deviants. This is inapplicable to the respondent. He denies he is part of such a group. He is not undergoing therapy. Dr. Beltrami is a pioneer in Canada in trying to use this therapeutic tool as a forensic tool where the problems are firstly to determine whether the offence could only be committed by a perpetrator who possesses distinctive and identifiable psychological traits, secondly to determine

communauté scientifique pertinente ni la détermination d’un degré particulier d’acceptation au sein de cette communauté.»

L’acceptation générale peut être un facteur important pour décider qu’un élément de preuve particulier est admissible, et «une technique connue qui n’a obtenu qu’un appui minimal au sein de la communauté,» [. . .] peut à juste titre être envisagée avec scepticisme.

En conséquence, aux États-Unis comme ici, l’«acceptation générale» n’est qu’un des divers facteurs dont il faut tenir compte. La pléthysmographie pénienne n’est peut-être pas encore généralement acceptée en tant qu’outil médicolégal, mais elle peut le devenir. Une évaluation dans chaque cas des nouvelles théories ou techniques scientifiques est nécessaire compte tenu de la nature changeante de notre connaissance scientifique: les plus hautes autorités du monde occidental ont déjà accepté que la terre était plate.

À la page 25 de l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a souligné qu’une «nouvelle théorie ou technique scientifique» doit être «soigneusement examinée»:

En résumé, il ressort donc de ce qui précède que la preuve d’expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l’aide de l’expert.

La pléthysmographie pénienne, comme l’a noté le juge Fish, est généralement reconnue par la communauté scientifique et les établissements psychiatriques tels que l’Institut Philippe Pinel de Montréal s’en servent pour contrôler les résultats du traitement de troubles sexuels. La pléthysmographie permet au personnel médical d’évaluer les progrès des thérapies suivies par les déviants sexuels connus et avérés. Cela ne s’applique pas à l’intimé. Il nie faire partie d’un tel groupe. Il ne suit aucune thérapie. Au Canada, le D^r Beltrami fait œuvre de pionnier en essayant d’utiliser cet outil thérapeutique en tant qu’outil médicolégal lorsqu’on a du mal à déterminer, premièrement, si l’infraction ne peut avoir été commise que par une

whether a “standard profile” of those traits has been developed, and thirdly to match the accused against the profile. Dr. Beltrami’s evidence is therefore subject to “special scrutiny”. While the techniques he employed are not novel, he is using them for a novel purpose. A level of reliability that is quite useful in therapy because it yields some information about a course of treatment is not necessarily sufficiently reliable to be used in a court of law to identify or exclude the accused as a potential perpetrator of an offence. In fact, penile plethysmography has received a mixed reception in Quebec courts: *Protection de la jeunesse* — 539, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] Q.J. No. 3605 (QL) (S.C.); L. Morin and C. Boisclair in “La preuve d’abus sexuel: allégations, déclarations et l’évaluation d’expert” (1992), 23 *R.D.U.S.* 27. Efforts to use penile plethysmography in the United States as proof of disposition have largely been rejected: *People v. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry v. State*, 443 S.E.2d 667 (Ga. Ct. App. 1994); *United States v. Powers*, 59 F.3d 1460 (4th Cir. 1995); *State v. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (N.C. App. 1995); J. E. B. Myers et al., “Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation” (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1, at pp. 134-35; J. G. Barker and R. J. Howell, “The Plethysmograph: A Review of Recent Literature” (1992), 20 *Bull. Am. Acad. of Psychiatry & L.* 13.

Dr. Beltrami also purported to gain assistance from the personality inventory tests (MMPI2) about the propensity of the respondent for sexual deviance, but those tests are too broad and general for that purpose, although the results may well have provided useful background information to the more specific plethysmograph test. Again, it was open to him to establish the reliability of these tests for the purposes of excluding the respondent as perpetrator of the offences, but *Mohan* teaches that the attempt is to be regarded with “special scrutiny”.

3. *Approaching the Ultimate Issue*

Dr. Beltrami’s evidence, if accepted, was potentially very powerful. Once it is accepted that the

personne qui possède des traits psychologiques distinctifs et identifiables, deuxièmement, si un «profil type» de ces traits a été établi et, troisièmement, si l’accusé correspond à ce profil. La preuve du Dr Beltrami est donc «soigneusement examinée». Bien que les techniques utilisées ne soient pas nouvelles, il s’en sert à des fins nouvelles. Un niveau de fiabilité très utile en thérapie pour obtenir des renseignements quant à une série de traitements n’est pas nécessairement suffisant, devant une cour de justice, pour identifier ou exclure l’accusé en tant qu’auteur potentiel d’une infraction. En fait, la pléthysmographie pénienne a reçu un accueil mitigé au sein des tribunaux québécois: *Protection de la jeunesse* — 539, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] A.Q. n° 3605 (QL) (C.S.); L. Morin et C. Boisclair dans «La preuve d’abus sexuel: allégations, déclarations et l’évaluation d’expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27. Aux États-Unis, les tentatives d’utiliser la pléthysmographie pénienne pour établir la prédisposition ont été vaines dans la plupart des cas: *People c. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry c. State*, 443 S.E.2d 667 (Ga. Ct. App. 1994); *United States c. Powers*, 59 F.3d 1460 (4th Cir. 1995); *State c. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (N.C. App. 1995); J. E. B. Myers et autres, «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1, aux pp. 134 et 135; J. G. Barker et R. J. Howell, «The Plethysmograph: A Review of Recent Literature» (1992), 20 *Bull. Am. Acad. of Psychiatry & L.* 13.

Le Dr Beltrami paraît également s’appuyer sur les tests d’inventaire de la personnalité (MMPI2) portant sur la propension de l’intimé à une déviance sexuelle, mais ces tests sont trop larges et généraux pour qu’il puisse le faire, même si les résultats peuvent bien avoir fourni des renseignements généraux utiles pour le test plus précis de la pléthysmographie. Là encore, il lui était loisible d’établir la fiabilité de ces tests afin d’exclure l’intimé en tant qu’auteur des infractions, mais l’arrêt *Mohan* nous enseigne qu’une telle démarche doit être «soigneusement examinée».

3. *Le rapprochement de la question fondamentale*

La preuve du Dr Beltrami, si elle était acceptée, pouvait être très puissante. Dès qu’on accepte que

36

37

offence was probably committed by a member of a “distinctive group” from which the accused has been excluded, it is a short step to the conclusion on the ultimate issue of guilt or innocence. Dr. Beltrami’s underlying hypothesis was that if the respondent did not “score” on the plethysmograph, he must lack the disposition to commit such acts. The inference is that if he lacks the disposition then he did not do it. The closeness of his opinion to the ultimate issue is another reason for special scrutiny, as mentioned by Sopinka J. in *Mohan*, at p. 25:

The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the stricter the application of this principle.

See also *R. v. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341 (Ont. C.A.), per Rosenberg J.A., at p. 357.

4. *The Absence of Any Exclusionary Rule*

38

In *McMillan*, *supra*, and again in *Mohan*, *supra*, the Court carved out an exception to the general rule that the character of the accused, in the sense of disposition to commit or not to commit the offence, can only be evidenced by general reputation in the community. The “distinctive group” exception has already been mentioned. As explained by Professor A. W. Mewett in “Character as a Fact in Issue in Criminal Cases” (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, at pp. 35-36, discussed in *Mohan* at p. 34 *et seq.*, it arises in its relevant aspect where “it is shown that the crime is such that it could only, or in all probability would only, be committed by a person having identifiable peculiarities that the accused does not possess” (emphasis added). In *Garfinkle*, *supra*, pedophiles were considered such a “distinctive” group. It may be an issue, however, whether a particular offence “in all probability would only” have been committed by a pedophile, as opposed to a non-pedophile whose untypical behaviour was modified by impulsiveness, stress, alcohol or drugs (*R. v. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL) (Gen. Div.); *R. v. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399 (Ont. Ct. (Prov. Div.)).

l’infraction a probablement été commise par un membre d’un «groupe distinctif» dont l’accusé est exclu, on est très près de la conclusion sur la question fondamentale de la culpabilité ou de l’innocence. Selon l’hypothèse sous-jacente du D^r Beltrami, si l’intimé n’a pas réagi à la pléthysmographie, il ne doit être pas prédisposé à commettre de tels actes. On en déduit que, s’il n’est pas prédisposé à commettre un acte, il ne l’a pas commis. Le fait que son opinion se rapproche de la question fondamentale justifie d’autant plus un examen minutieux, comme l’a mentionné le juge Sopinka dans l’arrêt *Mohan*, à la p. 25:

Plus la preuve se rapproche de l’opinion sur une question fondamentale, plus l’application de ce principe est stricte.

Voir également *R. c. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341 (C.A. Ont.), le juge Rosenberg, à la p. 357.

4. *L’absence de toute règle d’exclusion*

Dans l’arrêt *McMillan*, précité, et encore une fois dans l’arrêt *Mohan*, précité, la Cour a établi une exception à la règle générale selon laquelle le caractère de l’accusé, dans le sens de la prédisposition à commettre ou à ne pas commettre l’infraction, ne peut être démontré que par sa réputation générale dans la collectivité. L’exception du «groupe distinctif» a déjà été mentionnée. Comme l’a expliqué le professeur A. W. Mewett, dans l’article intitulé «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, aux pp. 35 et 36, qui a été analysé dans l’arrêt *Mohan*, aux pp. 34 et suiv., elle s’applique lorsque [TRADUCTION] «il est démontré que le crime est tel qu’il ne pourrait être ou, selon toutes les probabilités, ne serait commis que par une personne ayant des caractéristiques identifiables que l’accusé ne possède pas» (je souligne). Dans l’arrêt *Garfinkle*, précité, on a considéré que les pédophiles constituaient un tel groupe «distinctif». On peut toutefois se demander si une infraction particulière ne serait commise «selon toutes les probabilités [. . .] que» par un pédophile, par opposition à un non-pédophile dont le comportement inhabituel a été modifié par l’impulsivité, le stress, l’alcool ou une drogue (*R. c. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL) (Div. gén.); *R. c. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th)

Thus, in *Mohan, supra*, Sopinka J. pointed out at p. 38 that:

Notwithstanding the opinion of Dr. Hill, the trial judge was also not satisfied that the characteristics associated with the fourth complaint identified the perpetrator as a member of a distinctive group. He was not prepared to accept that the characteristics of that complaint were such that only a psychopath could have committed the act. There was nothing to indicate any general acceptance of this theory. [Emphasis added.]

Similarly, in *McMillan, supra*, Spence J., at p. 827, approved Martin J.A.'s statement when the case was considered by the Ontario Court of Appeal that the evidentiary exception was limited to cases where "the offence is of a kind that is committed only by members of an abnormal group" (p. 173 (emphasis added)).

Subject to this precondition being established on a balance of probabilities, the personality profile of the perpetrator group must be sufficiently complete to identify *distinctive* psychological elements that were in all probability present and operating in the perpetrator at the time of the offence. Lack of distinctiveness robs the exception of its *raison d'être*. Thus *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.), Proulx J.A., upholding a trial judge's ruling excluding psychiatric testimony designed to establish that the perpetrator was marked by distinctive characteristics that neither accused possessed, stated at p. 34:

[TRANSLATION] ... the trial judge, came to the proper conclusion, in a well-reasoned decision, that the crime charged did not involve behavioural characteristics which were sufficiently distinctive to facilitate the identification of the author of the crime. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530 (Ont. C.A.), Doherty and Rosenberg J.J.A., applying *Mohan, supra*, stated at p. 537 that:

[T]he defence may, however, lead expert evidence of an accused's disposition where the crime alleged is one that

399 (C. Ont. (Div. prov.)). Ainsi, dans l'arrêt *Mohan*, précité, à la p. 38, le juge Sopinka a souligné que

[e]n dépit de l'opinion du Dr Hill, le juge du procès n'était pas non plus convaincu que les caractéristiques reliées à la quatrième plainte identifiaient l'auteur comme membre d'un groupe distinctif. Il n'était pas disposé à accepter que les caractéristiques de cette plainte étaient telles que seul un psychopathe pouvait avoir commis l'acte. Rien ne démontre que cette théorie soit généralement acceptée. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *McMillan*, précité, à la p. 827, le juge Spence a approuvé la déclaration qu'a faite le juge Martin au moment où la Cour d'appel de l'Ontario examinait l'affaire, selon laquelle l'exception relative à la preuve se limitait aux cas où [TRADUCTION] «l'infraction est de celles qui sont commises uniquement par les membres d'un groupe anormal» (p. 173 (je souligne)).

40 Dans la mesure où cette condition préalable est établie selon la prépondérance des probabilités, le profil de personnalité du groupe auquel appartient l'auteur de l'infraction doit être suffisamment complet pour pouvoir relever des éléments psychologiques *distinctifs* qui, selon toute probabilité, étaient présents et en action chez ce dernier au moment de la perpétration de l'infraction. L'absence de caractère distinctif dépouille l'exception de sa raison d'être. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), le juge Proulx, confirmant la décision du juge du procès d'exclure un témoignage psychiatrique destiné à établir que l'auteur du crime en cause possédait des caractéristiques distinctives qu'aucun des accusés ne possédait, a affirmé à la p. 325:

... le premier juge a conclu à bon droit, dans une décision bien motivée, que le crime reproché ne comporte pas de caractéristiques de comportement suffisamment distinctives pour faciliter l'identification de l'auteur du crime. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. c. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Ont.), les juges Doherty et Rosenberg, appliquant l'arrêt *Mohan*, précité, ont affirmé ceci, à la p. 537:

[TRADUCTION] [L]a défense peut, toutefois, produire une preuve d'expert quant à la prédisposition de l'accusé,

was committed by a person who is part of a group possessing distinct and identifiable behavioural characteristics. In those cases, the defence may lead evidence to show that the accused's mental makeup or behavioural characteristics excluded him or her from that group.

41 The question is whether in addition to identifying and describing the distinct and identifiable behavioural characteristics, the expert must be able to point to a more elaborate "standard profile" filling in the rest of the personality portrait. *R. v. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), *per* Bateman J.A., at para. 10, is said to be support for that additional requirement. It is true, certainly, that in *Mohan*, Sopinka J. made reference to a standard profile in one of his formulations of the issue, at p. 37:

Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime?

The question is what is meant by a "standard profile". Given that the purpose of the evidence is to define with reasonable precision the psychological characteristics of the class of people to which the perpetrator belongs, and on that basis argue that the accused is either included or excluded, the important thing is to identify what exactly differentiates or distinguishes the perpetrator class from the rest of the population. The "standard profile" relates directly to those distinguishing features. This is clear from Sopinka J.'s preceding sentence:

The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group.

42 The level of detail required in the "standard profile" may vary with the conclusiveness of individual elements. For example, if commission of an offence most likely requires so "distinctive" a psychological trait as necrophilia, as in *R. v. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL) (C.A.), leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vii, it may be sufficient for exclusion to show that an accused has no such tendency without requiring the rest of the perpetra-

lorsque le crime reproché a été commis par une personne qui appartient à un groupe qui possède des caractéristiques de comportement distinctives et identifiables. Dans ces cas, la défense peut produire une preuve pour montrer que l'état d'esprit et les caractéristiques de comportement de l'accusé l'excluaient de ce groupe.

La question est de savoir si en plus de relever et de décrire les caractéristiques de comportement distinctives et identifiables, l'expert doit être capable d'indiquer un «profil type» plus détaillé qui complète le reste du portrait de la personnalité. On dit que cette exigence additionnelle trouve appui dans l'arrêt *R. c. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), le juge Bateman, au par. 10. Il est certes vrai qu'à la p. 37 de l'arrêt *Mohan* le juge Sopinka a fait référence à un profil type dans l'une de ses formulations de la question litigieuse.

... la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime?

Il s'agit de déterminer ce qu'on entend par «profil type». Comme la preuve vise à définir avec une précision raisonnable les caractéristiques psychologiques de la catégorie de personnes à laquelle appartient l'auteur du crime reproché et, de là, à démontrer que l'accusé fait ou ne fait pas partie de cette catégorie, il importe de déterminer ce qui, au juste, différencie ou distingue du reste de la population les membres de la catégorie en cause. Le «profil type» concerne directement ces caractéristiques distinctives. Cela ressort clairement de la phrase précédente du juge Sopinka:

Le juge du procès devrait considérer, d'une part, l'opinion de l'expert et, d'autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu'il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l'appartenance à un groupe distinctif.

Le niveau de précision que requiert le «profil type» peut varier selon le caractère concluant de certains éléments pris individuellement. Par exemple, si la perpétration d'une infraction exige, selon toute vraisemblance, un trait psychologique aussi «distinctif» que la nécrophilie, comme dans l'affaire *R. c. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vii, il peut être suffisant pour écarter

tor's psychological portrait to be completed. In *Malbœuf* itself, the "necrophilia-lust type of murder" was considered sufficiently distinctive that the Crown was allowed to lead expert evidence that the accused "demonstrated distinctive characteristics that would place him in the category of persons who would commit this type of crime" (para. 5). A high level of distinctiveness, of course, is in addition to the other limitations on the Crown's ability to lead such expert evidence, including the requirements that it be relevant to an issue other than "mere propensity", and that its probative value outweighs its prejudicial effect: *Pascoe*, *supra*, at p. 355.

More common personality disorders are perhaps less distinctive than necrophilia. They are less likely to serve as "badges" to distinguish the perpetrator class from the rest of the population. Thus in *R. v. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL) (S.C.J.), the trial judge found that the personality profiles of the perpetrators offered by the expert were simply too broad to be of material assistance in determining guilt or innocence: "This collection of ailments appears too general and vague to meet the test in *Mohan*" (*per* Platana J., at para. 36).

Between these two extremes, the range and distinctiveness of personality traits attributed to perpetrators of different offences will vary greatly. The requirement of the "standard profile" is to ensure that the profile of distinctive features is not put together on an *ad hoc* basis for the purpose of a particular case. Beyond that, the issue is whether the "profile" is sufficient for the purpose to be served, whether the expert can identify and describe with workable precision what exactly distinguishes the distinctive or deviant perpetrator from other people. If the demarcation is clear and compelling, the fact the personality portrait cannot

l'accusé d'établir qu'il n'a pas une telle tendance, sans qu'il soit nécessaire de compléter le reste du portrait psychologique de l'auteur du crime reproché. Dans l'arrêt *Malbœuf* lui-même, le [TRADUCTION] «meurtre motivé par la nécrophilie» a été considéré comme étant suffisamment distinctif pour permettre au ministère public de produire une preuve d'expert que l'accusé «manifestait des caractéristiques distinctives qui le faisaient entrer dans la catégorie des personnes qui commettraient ce genre de crime» (par. 5). Il va sans dire qu'un caractère hautement distinctif s'ajoute aux autres limites applicables à la capacité du ministère public de produire une telle preuve d'expert, notamment les exigences suivantes: qu'elle ait un rapport avec une autre question litigieuse que la [TRADUCTION] «simple propension», et que sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable: *Pascoe*, précité, à la p. 355.

Les troubles de la personnalité plus courants sont peut-être moins distinctifs que la nécrophilie. Ils sont moins susceptibles de tenir lieu d'élément qui distingue du reste de la population la catégorie à laquelle appartient l'auteur du crime reproché. Ainsi, dans la décision *R. c. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL) (C.S.J.), le juge du procès a conclu que les profils de personnalité des auteurs du crime reproché, soumis par l'expert, étaient tout simplement trop larges pour aider sérieusement à décider de la culpabilité ou de l'innocence: [TRADUCTION] «Le présent ensemble de maux paraît trop vague et général pour satisfaire au critère de l'arrêt *Mohan*» (le juge Platana, au par. 36).

Entre ces deux extrêmes, la gamme et le caractère distinctif des traits de personnalité attribués aux auteurs de différentes infractions varient considérablement. L'exigence du «profil type» a pour objet d'éviter que le profil des caractéristiques distinctives soit établi de manière ponctuelle en fonction de chaque cas particulier. En outre, il faut déterminer si le «profil» suffit aux fins auxquelles il doit servir et si l'expert peut déterminer et décrire avec une précision réaliste ce qui, au juste, fait que l'auteur distinctif ou déviant du crime diffère des autres personnes. Si la démarcation est claire et convaincante, le fait que le portrait de la

43

44

be filled in with elements that do not serve to distinguish the perpetrator is not fatal to acceptance of the evidence. While the trial judge was somewhat cryptic in his reasons on this point, it seems to me his decision is consistent with this analysis.

45 Fish J.A. pointed out in the court below that Sopinka J., in *Mohan*, *supra*, had cited *Garfinkle*, *supra*, where the Quebec Court of Appeal had allowed expert psychiatric evidence that pedophilia is “abnormal” and “that Garfinkle does not have such a disposition”. While the “distinctive offence” exception recognized in *Garfinkle* was affirmed in *Mohan*, *Garfinkle* itself was decided without the benefit of the elaboration of the “gate-keeper” function developed in *Mohan*. In *Mohan* itself, at p. 38, the exclusory evidence relating to pedophilia was ruled inadmissible because

there was no material in the record to support a finding that the profile of a pedophile or psychopath has been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges.

Each case turns on its facts. The conclusion of the *Garfinkle* trial judge, affirmed by the Quebec Court of Appeal, that in the circumstances there presented the evidence of Dr. Beltrami was probative and its benefit outweighed the cost, did not bind the trial judge on the facts of this case, who reached a contrary conclusion on the evidence presented in the *voir dire*.

5. A Properly Qualified Expert

46 Dr. Édouard Beltrami was accepted as qualified in the fields of psychiatry, sexology and physiology. It was within his expertise to give opinion evidence about the various tests administered under his supervision and his interpretation of the results.

6. Relevance of the Proposed Testimony

47 Evidence is relevant “where it has some tendency as a matter of logic and human experience

personnalité ne puisse être complété au moyen d’éléments qui ne servent pas à distinguer l’auteur des autres personnes n’est pas fatal pour ce qui est d’accepter la preuve. Bien que le juge du procès ait été quelque peu énigmatique dans ses motifs sur ce point, il me semble que sa décision est conforme à la présente analyse.

Le juge Fish de la Cour d’appel a souligné que, dans l’arrêt *Mohan*, précité, le juge Sopinka avait cité l’arrêt *Garfinkle*, précité, dans lequel la Cour d’appel du Québec avait admis une preuve d’expert en psychiatrie que la pédophilie est [TRADUCTION] «anormale» et «que Garfinkle n’a pas une telle prédisposition». Bien que l’exception de l’«infraction distinctive» reconnue dans l’arrêt *Garfinkle* ait été confirmée dans *Mohan*, l’arrêt *Garfinkle* a été rendu en l’absence de la fonction de «gardien» établie dans l’arrêt *Mohan*. Dans l’arrêt *Mohan* lui-même, à la p. 38, la preuve d’exclusion relative à la pédophilie a été jugée inadmissible car

aucun document dans le dossier ne permettait de conclure que le profil du pédophile ou du psychopathe a été normalisé au point où on pourrait soutenir qu’il correspond au profil présumé du délinquant décrit dans les accusations.

Chaque cas est un cas d’espèce. La conclusion du juge du procès dans *Garfinkle*, confirmée par la Cour d’appel du Québec, que, dans les circonstances de cette affaire, la preuve du Dr Beltrami était probante et ses bénéfices l’emportaient sur son coût ne liait le juge du procès en l’espèce, qui a tiré une conclusion contraire fondée sur la preuve présentée lors du voir-dire.

5. Un expert compétent

On a reconnu la compétence du Dr Édouard Beltrami dans les domaines de la psychiatrie, de la sexologie et de la physiologie. Il était compétent pour offrir un témoignage d’opinion concernant les divers tests administrés sous sa surveillance et son interprétation des résultats.

6. Pertinence du témoignage proposé

Une preuve est pertinente [TRADUCTION] «lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle

to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would appear to be in the absence of that evidence” (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (1996), at p. 19). Because the concept of relevance provides a low threshold (“some tendency”), *Mohan* built into the relevance requirement a cost-benefit analysis to determine “whether its value is worth what it costs” (p. 21) in terms of its impact on the trial process. Thus the criteria for reception are relevance, reliability and necessity measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion: R. J. Delisle, “The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles” (1994), 29 C.R. (4th) 267. Whether considered as an aspect of relevance or a general exclusionary rule, “[t]he reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence” (*Mohan*, at p. 21).

It is on this requirement that Dr. Beltrami’s evidence is most vulnerable.

(a) Existence of a Distinctive Group

Dr. Beltrami’s definition of the “distinctive” group of individuals with a propensity to commit these “distinctive crimes” is vague. As the trial judge and Robert J.A. noted, there is no standard profile. The reliability of the scientific foundations of the theory that certain acts will almost always be done by people having certain distinctive characteristics requires evidence; it cannot simply be assumed: *K.B.*, *supra*, at para. 12; *R. v. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240 (Alta. C.A.), at p. 246; *R. v. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360 (N.B.C.A.), at p. 366. Dr. Beltrami said that: [TRANSLATION] “there is no point in making me say it a thousand times, there is no standard profile, but nonetheless I compared certain characteristics that are found frequently, not absolutely . . .” (emphasis added). Dr. Beltrami describes these characteristics in the following way:

tend jusqu’à un certain point à rendre la proposition qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle» (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (1996), à la p. 19). Comme la notion de pertinence constitue un seuil peu élevé («tend jusqu’à un certain point»), l’arrêt *Mohan* a incorporé dans l’exigence de pertinence une analyse du coût et des bénéfices afin de déterminer «si la valeur en vaut le coût» (p. 21) en ce qui concerne son incidence sur le déroulement du procès. Les critères d’admissibilité applicables sont donc la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter: R. J. Delisle, «The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles» (1994), 29 C.R. (4th) 267. Qu’il soit considéré comme un aspect de la pertinence ou comme une règle d’exclusion générale, «[l]e facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l’appréciation de l’admissibilité de la preuve d’expert» (*Mohan*, à la p. 21).

C’est relativement à cette exigence que la preuve du Dr Beltrami est particulièrement vulnérable.

(a) L’existence d’un groupe distinctif

La définition que le Dr Beltrami a donnée du groupe «distinctif» de personnes qui ont une propension à commettre ces «crimes distinctifs» est vague. Comme l’ont fait remarquer le juge du procès et le juge Robert, il n’y a pas de profil type. La fiabilité des fondements scientifiques de la théorie selon laquelle certains actes sont presque toujours accomplis par des personnes qui possèdent certaines caractéristiques distinctives doit être prouvée; elle ne peut pas être simplement présumée: *K.B.*, précité, au par. 12; *R. c. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240 (C.A. Alb.), à la p. 246; *R. c. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360 (C.A.N.-B.), à la p. 366. Le Dr Beltrami a affirmé que «ça sert à rien de me le faire dire mille fois, y’en a pas de profil type, mais j’ai quand même comparé certaines caractéristiques qui se trouvent fréquemment, pas d’une manière absolue» (je souligne). Le Dr Beltrami décrit ces caractéristiques de la façon suivante:

48

49

[TRANSLATION] Well, as I just mentioned sexual abuse may . . . be committed by people who have organic disorders, people who are psychotic, mentally deficient people, alcoholics, drug addicts, so plainly different people may have committed sexual abuse, but normally, when young children have been abused with a clear and unmistakable [*sic*] such as penetration, there is — there is no one typical pathology, there is no pathology that is always the same and can be categorized, but normally there are a certain number of things that emerge, and the things that most often emerge are what was mentioned earlier, impulsiveness and also having inadequate social controls, which often have been passed on. So yes, it is true that there is no — it isn't a particular psychological type that commits these acts, but when someone has committed that act, there is a disorder somewhere and I considered all the possible disorders. [Emphasis added.]

While the reference in *Mohan* to a “standard profile” should not be taken to require an exhaustive inventory of personality traits, the profile must confine the class to useful proportions. A spectrum of personality “disorders” that stretches from alcoholics to sexual psychopaths is too broad to be useful. If a man with more or less ordinary sexual predilections is capable while under the influence of alcohol or drugs to have committed these offences, the class of potential perpetrators is insufficiently “distinctive” in the *Mohan* sense for the expert evidence to be useful. Dr. Beltrami considered biological factors related to sexual interests to be the most important indicator but did not rule out the possibility that the offence was prompted by behavioural rather than biological factors.

(b) Specificity of Tests

50

The defence was obliged to satisfy the court that the underlying principles and methodology of the tests administered to the respondent were reliable and, importantly, applicable. The MMPI2 and related tests were used to probe for behavioural problems that might trigger conduct that would be out of sexual character, but these tests were not designed to complement the plethysmograph test, and in any event drugs and alcohol-related

Bien, comme je l'ai dit tout à l'heure, l'abus sexuel peut [...] être commis par des gens qui ont des troubles organiques, des gens qui sont psychotiques, des débiles mentaux, des alcooliques, des toxicomanes, donc c'est évident que des gens différents peuvent avoir commis des abus sexuels, mais habituellement, quand il y a des abus sur des jeunes enfants avec un clair et marqué (*sic*) comme la pénétration, il y a, — il n'y a pas une pathologie type, il n'y a pas une pathologie qui est toujours la même et qui est catégorisable, mais habituellement y'a un certain nombre de choses qui ressortent et celles qui ressortent le plus souvent c'est ce qui a été cité plus tôt, l'impulsivité et aussi d'avoir des normes, qui souvent ont été héritées ailleurs, sociales et inadéquates. Alors, oui, c'est vrai qu'il n'y a pas, — ce n'est pas un type psychologique particulier qui commet ça, mais quand quelqu'un a commis cet acte-là il y a un dérangement quelque part et je les ai passés en revue les dérangements possibles. [Je souligne.]

Même si la mention d'un «profil type» dans l'arrêt *Mohan* ne devrait pas être interprétée comme exigeant un inventaire exhaustif des traits de personnalité, le profil doit ramener la catégorie à des proportions utiles. Un spectre des «troubles» de la personnalité qui s'étend des alcooliques aux psychopathes sexuels est trop large pour être utile. Si une personne qui a des préférences sexuelles plus ou moins ordinaires est susceptible d'avoir commis ces infractions alors qu'elle était sous l'influence de l'alcool ou d'une drogue, la catégorie d'auteurs potentiels des infractions n'est pas suffisamment «distinctive», au sens de l'arrêt *Mohan*, pour que la preuve d'expert soit utile. Le Dr Beltrami a estimé que les facteurs biologiques relatifs aux intérêts sexuels constituaient l'indice le plus important, mais il n'a pas écarté la possibilité que l'infraction soit imputable à des facteurs comportementaux plutôt qu'à des facteurs biologiques.

(b) La spécificité des tests

La défense devait convaincre la cour que les principes et la méthode qui sous-tendent les tests administrés à l'intimé étaient fiables et, qui plus est, applicables. Le MMPI2 et des tests connexes ont été utilisés pour tenter de déceler chez l'intimé des problèmes de comportement susceptibles de déclencher une conduite qui ne lui ressemble pas sur le plan sexuel, mais ces tests n'étaient pas conçus pour compléter le test de la plethysmographie,

offences are hardly distinctive in the *Mohan* sense. Dr. Beltrami readily acknowledged that the MMPI2 was not designed for the detection of sexual disorders and it does not contain any specific probe for unusual sexual preferences. Nor were specific scenarios prepared for the plethysmograph test, as hereinafter discussed. There was in fact no evidence from the people who conducted the interviews or administered the plethysmograph test. No test protocols were introduced, and there was no confirmation that whatever standard procedures exist had been followed. An expert such as Dr. Beltrami is certainly entitled to rely on data generated by tests carried out under his supervision, but he more or less disavowed any supervisory function and could not answer specific questions about how the tests on the respondent were conducted.

(c) Error Rate in Plethysmograph Results

In his report presented at the *voir dire*, Dr. Beltrami indicated that the “sensitivity” of the plethysmograph would detect a sexual deviant 47.5 per cent of the time. Where a detection was in fact made, the result was considered highly reliable (97.4 per cent). The respondent tested negative, i.e., was excluded, but the success rate of 47.5 per cent means that even in a test population consisting entirely of sexual deviants, the test would deliver a false negative more than half of the time. Dr. Beltrami observed during the *voir dire*, for example, that [TRANSLATION] “So, I acknowledge that in the usual literature, with people who come from all backgrounds, putting all the studies together, that there are about fifty percent (50%) of individuals who do not score.” Such a result would render the test so prone to error as not to be useful for purposes of identification or exclusion.

When Dr. Beltrami was cross-examined on the 47.5 per cent success rate, he responded that [TRANSLATION] “nonetheless there are also articles

et, en tout état de cause, les infractions liées à la drogue et à l’alcool ne sont guère distinctives au sens de l’arrêt *Mohan*. Le Dr Beltrami a reconnu volontiers que le MMPI2 n’était pas conçu pour découvrir des troubles d’ordre sexuel et qu’il ne comportait rien de particulier pour détecter des préférences sexuelles inhabituelles. Aucun scénario particulier n’a été préparé pour le test de la pléthysmographie, comme nous le verrons plus loin. En fait, aucune preuve n’a été soumise par les gens qui ont effectué les entrevues ou administré le test de la pléthysmographie. Aucun protocole de test n’a été produit et rien n’a confirmé que toute procédure normale existante a été suivie. Un expert comme le Dr Beltrami a certainement le droit de se fonder sur des données obtenues grâce à des tests effectués sous sa surveillance, mais il a plus ou moins nié avoir exercé une fonction de surveillance et n’a pas pu répondre à des questions précises sur la façon dont les tests ont été administrés à l’intimé.

(c) Le taux d’erreur des résultats de la pléthysmographie

Dans le rapport qu’il a soumis lors du *voir-dire*, le Dr Beltrami a indiqué que la «sensibilité» du pléthysmographe permet de découvrir un déviant sexuel dans 47,5 pour 100 des cas. Quand un déviant sexuel est découvert, le résultat est considéré très fiable (97,4 pour 100). Le test subi par l’intimé s’est révélé négatif, en ce sens que l’intimé a été écarté, mais le taux de réussite de 47,5 pour 100 signifie que, même dans une population expérimentale composée entièrement de déviants sexuels, le test donnerait un faux résultat négatif dans plus de la moitié des cas. Au cours du *voir-dire*, le Dr Beltrami a fait remarquer ceci, par exemple: «Donc, je reconnais que dans la littérature habituelle, avec des gens venant de tous les milieux, en mettant ensemble toutes les études que, y’a presque cinquante pour cent (50%) d’individus qui parfois ne scorent pas.» Un tel résultat rendrait le test tellement sujet à erreur qu’il ne serait pas utile pour identifier ou pour exclure.

Quand le Dr Beltrami a été contre-interrogé au sujet du taux de réussite de 47,5 pour 100, il a répondu: «y’a aussi quand même y’a des articles

51

52

that clearly indicate that the younger the age to which the deviation relates and the more unusual it is, the more specific and precisely sensitive the test will be". He said that some unidentified studies done "in Montreal" suggested that the detection rate in more "unusual preferences" could be up to 87 per cent. Thus the sensitivity of the test would vary between 47.5 per cent and 87 per cent but Dr. Beltrami did not give a more precise figure within this range, except to say that in the case of a perpetrator who derived pleasure from anal penetration of a prepubescent child the detection rate would likely be at the higher end of the scale. He said:

[TRANSLATION] So then, when you are talking, if you want my professional opinion on anal penetration, it is a serious act that, despite what may be said about it, is not really naively so tolerated by children and it is an act that still requires some degree of pressure, whether it be psychological, whether it be physical force or something else, it leaves marks, it leaves marks and the well-known 40% may rise to 80% because this is really something outside of the norm.

53 Dr. Beltrami did not explain how, if the basis of the plethysmograph test was the stimulation of remembrance of past pleasures, the results would vary according to the degree of deviance from some norm, and the issue was not addressed in his written report.

54 Dr. Beltrami agreed that a false negative (i.e., instances where the plethysmograph failed to identify an actual deviant) can, among other things, be caused by the fact that the visual and auditive scenarios presented to the subject lacked certain specific elements of stimulation, for example humiliation of the victim. He said that tailor-made scenarios are sometimes built to fit exactly the alleged acts but that was not done in this case. The standardized scenarios used by Dr. Beltrami were not presented to the Court and no attempt was made to demonstrate that they in fact replicated the type of stimulation the putative offender would have had while committing the alleged act.

qui signalent bien que plus la déviation est vers un âge bas et qu'elle est inusitée, plus le test va être spécifique et sensible plus exactement». Il a précisé, sans plus, que des études effectuées «à Montréal» indiquaient que le taux de détection des «préférences» plus «inhabituelles» pouvait aller jusqu'à 87 pour 100. Ainsi, la sensibilité du test varierait entre 47,5 pour 100 et 87 pour 100, mais le Dr Beltrami n'a pas donné de chiffre plus précis à cet égard, sauf qu'il a affirmé que, lorsqu'une personne a tiré plaisir de la pénétration anale d'un enfant qui n'a pas atteint la puberté, le taux de détection est vraisemblablement plus élevé. Il a dit:

Alors, donc, quand on parle, si vous me demandez mon opinion professionnelle pour une pénétration anale, c'est un acte grave qui, quoiqu'on en dise, est pas si toléré que ça par des enfants naïvement et c'est un acte qui demande quand même une certaine pression, que ce soit psychologique, que ce soit de force physique ou autre et ça laisse des traces, ça laisse des traces et le fameux quarante pour cent (40%) peut remonter à quatre-vingts pour cent (80%) parce que là, on sort vraiment de la norme habituelle.

Le Dr Beltrami n'a pas expliqué comment, en supposant que le test de la pléthysmographie reposait sur la stimulation du souvenir de plaisirs passés, les résultats varieraient selon le degré de déviance par rapport à une norme donnée, et il n'a pas non plus abordé cette question dans son rapport écrit.

Le Dr Beltrami a convenu qu'un faux résultat négatif (c'est-à-dire lorsque la pléthysmographie n'a pas permis de découvrir un déviant réel) peut notamment être attribuable au fait que les scénarios visuels et auditifs présentés au sujet ne comportaient pas certains éléments de stimulation particuliers, tels que l'humiliation de la victime. Il a dit que des scénarios sont parfois conçus spécialement pour correspondre exactement aux faits allégués, mais que cela n'avait pas été fait en l'espèce. Les scénarios normalisés dont s'est servi le Dr Beltrami n'ont pas été soumis à la Cour, et l'on n'a pas tenté de démontrer qu'ils reproduisaient en fait le type de stimulation qu'aurait eu le présumé délinquant en accomplissant l'acte reproché.

In my view, the trial judge had good reason to be sceptical about the value of this testimony. Even giving a loose interpretation to the need for a “standard profile”, and passing over the doubts that *only* a pedophile would be capable of the offence, the evidence of the test error rate in the “match” of the respondent with or his “exclusion” from the “distinctive class” was problematic. The possibility that such evidence — “cloaked under the mystique of science” (*Béland, supra*, at p. 434) — would distort the fact-finding process, was very real. Moreover, defence evidence of this type can be expected to call forth expert evidence from the Crown in response, with the consequent danger that the trial could be derailed into a controversy on disposition or propensity, with the trial becoming “nothing more than a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept” (*Mohan*, at p. 24). The trial judge did not regard the testimony as reliable for the purpose of excluding the respondent as a potential perpetrator of the crime, and consideration of the cost-benefit analysis seems to support the conclusion that the testimony offered as many problems as it did solutions.

7. *Necessity in Assisting the Trier of Fact*

In *Mohan*, Sopinka J. held that the expert evidence in question had to be more than merely helpful. He required that the expert opinion be *necessary* “in the sense that it provide information, ‘which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury’, . . . the evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature” (p. 23). In *Béland, supra*, McIntyre J., speaking about the inadmissibility of a polygraph test, cited, at p. 415, *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, at p. 40, on the role of expert witnesses where Lord Cooper said:

Their duty is to furnish the Judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their

À mon avis, le juge du procès avait de bonnes raisons de douter de la valeur de ce témoignage. Même en donnant une interprétation large à la nécessité d’un «profil type» et en faisant abstraction des doutes que *seul* un pédophile serait capable de commettre l’infraction, la preuve du taux d’erreur du test en ce qui a trait à la «concordance» de l’intimé avec la «catégorie distinctive» ou à son «exclusion» de cette catégorie était problématique. La possibilité qu’une telle preuve — «empreinte de la mystique de la science» (*Béland, précité*, à la p. 434) — fausse le processus de recherche des faits était très réelle. En outre, lorsque la défense soumet une preuve de ce genre, on peut s’attendre à ce que le ministère public réponde au moyen d’une preuve d’expert, d’où le risque que le procès dégénère en controverse sur la prédisposition ou la propension et se transforme en un «simple concours d’experts, dont le juge des faits se ferait l’arbitre en décidant quel expert accepter» (*Mohan*, à la p. 24). Le juge du procès n’a pas considéré que le témoignage en cause était assez fiable pour exclure l’intimé en tant qu’auteur potentiel du crime, et la prise en considération de l’analyse du coût et des bénéfices semble appuyer la conclusion que ce témoignage a apporté autant de problèmes que de solutions.

7. *La nécessité d’aider le juge des faits*

Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a conclu que la preuve d’expert en question devait être plus que simplement utile. Il a exigé que l’opinion d’expert soit *nécessaire*: «au sens qu’elle fournit des renseignements “qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge ou d’un jury” [. . .] la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique» (p. 23). Dans l’arrêt *Béland, précité*, à la p. 415, le juge McIntyre a, au sujet de l’inadmissibilité de la preuve obtenue au moyen d’un test polygraphique, cité la décision *Davie c. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, portant sur le rôle des témoins experts et dans laquelle lord Cooper a dit (à la p. 40):

[TRADUCTION] Il leur incombe de fournir au juge ou au jury les critères scientifiques nécessaires pour vérifier

conclusions, so as to enable the Judge or jury to form their own independent judgment by the application of these criteria to the facts proved in evidence. [Emphasis added.]

The purpose of expert evidence is thus to assist the trier of fact by providing special knowledge that the ordinary person would not know. Its purpose is not to substitute the expert for the trier of fact. What is asked of the trier of fact is an act of informed judgment, not an act of faith.

57

Dr. Beltrami clearly did not consider it his function to enable the trier of fact to appreciate the basis of the suggested inferences from his data in favour of the respondent. He offered a packaged opinion but was not prepared to share with the trial judge the data which he relied upon. At one point, asked by the Crown about his failure to produce the chart with the penile plethysmograph results, Dr. Beltrami said:

[TRANSLATION] Listen, Your Honour, we have to understand that if we start — normally we do not submit the psychological tests in detail or the curves because at that point if we start calculating everything in centimetres or millimetres, we will be here all morning. Let's just say that this curve, properly analysed, demonstrates the following results, that there are no, according to how those curves are normally evaluated, there are no signs of deviant behaviour in him.

Elsewhere, Dr. Beltrami gave his reason for non-production of the data on which he based his opinion as follows:

[TRANSLATION] Okay. But it is not normally produced because otherwise, it would be too complicated to produce all the details, there would be battles over the little details.

58

The devil, of course, is often in the "little details" and following the cross-examination, Crown counsel had this exchange with the judge

l'exactitude de leurs conclusions, afin de permettre au juge ou au jury de former sa propre opinion par l'application de ces critères aux faits établis par la preuve. [Je souligne.]

La preuve d'expert vise donc à aider le juge des faits en lui fournissant des connaissances particulières qu'une personne ordinaire n'aurait pas. Elle n'a pas pour objet de substituer l'expert au juge des faits. C'est un acte de jugement éclairé, et non un acte de confiance, qui est requis du juge des faits.

Il est clair que le Dr Beltrami a estimé qu'il ne lui appartenait pas de faire en sorte que le juge des faits soit en mesure d'évaluer le fondement des déductions qu'il proposait de faire en faveur de l'intimé à partir de ses données. Il a offert une opinion toute faite, sans toutefois être disposé à communiquer au juge du procès les données sur lesquelles il s'était appuyé. À un moment donné, quand le ministère public l'a interrogé sur son omission de produire la courbe des résultats de la pléthysmographie pénienne, le Dr Beltrami a affirmé:

Écoutez, Votre Seigneurie, il faut comprendre que si on commence, — habituellement ni on remet les tests psychologiques en détail ni les courbes parce qu'à ce moment-là si on commence à calculer tout en centimètres ou en millimètre, on va passer la matinée ici. Disons que cette courbe analysée d'une manière pertinente montre les résultats suivants qu'il n'y a pas, d'après l'habitude d'évaluer ces courbes-là, il n'y a pas de traces du comportement déviant chez lui.

Ailleurs, le Dr Beltrami a expliqué pourquoi il n'avait pas produit les données sur lesquelles il avait fondé son opinion:

O.K. Mais c'est pas produit d'habitude parce que sinon ce serait trop complexe de produire tous les détails, y'aurait des batailles sur des petits détails.

Bien entendu, c'est souvent dans les «petits détails» qu'on trouve à redire et, à la suite du contre-interrogatoire, l'avocate du ministère public

concerning the non-production of the key documents:

[TRANSLATION]

THE CROWN:

I am making my comments to enable my friend to complete, do you understand what I mean?

THE COURT:

Yes, but that . . .

THE CROWN:

In a way . . .

THE COURT:

That's his problem.

THE CROWN:

All right.

The trial judge then said to defence counsel:

[TRANSLATION]

THE COURT:

. . . So, that's your own problem . . .

Before any weight at all can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. Even if Dr. Beltrami had offered an explanation of his data, and explained to the trial judge the "expert" basis on which he felt the trial judge could draw appropriate inferences, there remained the question whether Dr. Beltrami's contribution to the judge's ability to form his "own *independent* conclusion" on the issue of the respondent's exclusion was worth the cost in potential distortion of the judge's *independent* consideration of the evidence of opportunity, the out-of-court statements of the children, the respondent's parental relationship with them, and the respondent's ongoing heterosexual relationships with several mature women. It seems to me the trial judge was simply being offered a conclusory opinion that on cross-examination turned out to be short on *demonstrated* scientific support. In terms of the questions posed in *Daubert*, *supra*, Dr. Beltrami did address "the

a eu l'échange suivant avec le juge au sujet de la non-production des documents-clés:

LA COURONNE:

Moi, je fais le commentaire pour peut-être permettre à mon confrère de compléter, vous comprenez ce que je veux dire?

LA COUR:

Ah, oui, mais ça . . .

LA COURONNE:

D'une certaine façon . . .

LA COUR:

C'est son problème.

LA COURONNE:

Ça va.

Le juge du procès a par la suite dit à l'avocat de la défense:

LA COUR:

. . . Alors, c'est votre problème à vous ça . . .

Pour pouvoir accorder une valeur probante à l'opinion d'un expert, il faut conclure à l'existence des faits sur lesquels elle repose. Même si le Dr Beltrami avait offert une explication de ses données et expliqué au juge du procès les raisons d'«expert» pour lesquelles il estimait que le juge du procès pourrait faire les déductions appropriées, il restait à déterminer si la contribution du Dr Beltrami à la capacité du juge de tirer sa «propre conclusion *indépendante*» sur la question de l'exclusion de l'intimé valait le coût de la possibilité que soit faussé l'examen *indépendant*, par le juge, de la preuve d'opportunité, des déclarations extrajudiciaires des enfants, du lien parental de l'intimé avec les enfants et des relations hétérosexuelles que l'intimé avait avec plusieurs femmes d'âge mur. Il me semble qu'on a seulement soumis au juge du procès une opinion théorique qui, au cours du contre-interrogatoire, s'est révélée dépourvue d'appui scientifique *établi*. Pour ce qui est des questions posées dans *Daubert*, précité, le

known or potential rate of error” but was not asked to address the history or acceptance of the techniques for diagnostic as opposed to therapeutic purposes, and the level of acceptance for that purpose amongst his scientific peers.

D^r Beltrami a traité du «taux connu ou potentiel d’erreur», mais on ne lui a demandé d’aborder ni l’historique ou l’acceptation des techniques de diagnostic par opposition aux fins thérapeutiques, ni le niveau d’acceptation à cette fin parmi ses pairs de la profession scientifique.

60

Dr. Beltrami’s evidence said in effect that the respondent’s denial ought to be believed because he is not the sort of person who would do such a thing. This was close to oath-helping in circumstances not within the expert witness exception: *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, *per* McLachlin J., at p. 248. As the trial judge excluded Dr. Beltrami’s evidence because of the lack of a “standard profile”, he did not go on to deal in his reasons with the necessity requirement, but it certainly would have been open to him to exclude Dr. Beltrami’s opinion on the basis of a “cost-benefit” analysis of the necessity requirement as well.

La preuve du D^r Beltrami indiquait en fait qu’il fallait ajouter foi à la dénégation de l’intimé parce qu’il n’était pas le genre de personne susceptible d’agir ainsi. Cela ressemblait à un témoignage justificatif dans des circonstances non visées par l’exception du témoin expert: *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, le juge McLachlin, à la p. 248. Étant donné que le juge du procès a exclu la preuve du D^r Beltrami en raison de l’absence de «profil type», il n’a pas traité de l’exigence de nécessité dans ses motifs, mais il lui aurait été certainement loisible d’écarter l’opinion du D^r Beltrami en fonction également d’une analyse du coût et des bénéfices de l’exigence de nécessité.

8. *The Discretion of the Trial Judge*

8. *Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès*

61

The *Mohan* analysis necessarily reposes a good deal of confidence in the trial judge’s ability to discharge the gatekeeper function (*Malbœuf, supra*). The trial judge addressed himself to the proper legal requirements established in *Mohan*. While he perhaps lingered on the need for a “standard profile”, his reasons taken as a whole suggest that he was simply not persuaded, on the basis of the evidence which the defence chose to put forward, that the *Mohan* requirements had been met. The trial judge’s discharge of his gatekeeper function in the evaluation of the demands of a full and fair trial record, while avoiding distortions of the fact-finding exercise through the introduction of inappropriate expert testimony, deserves a high degree of respect. In this case, there was much in the evidence to support the trial judge’s decision to exclude Dr. Beltrami’s testimony and in my respectful view the majority of the Quebec Court of Appeal erred in interfering with the exercise of his discretion to do so.

L’analyse de l’arrêt *Mohan* place nécessairement une grande confiance dans la capacité du juge du procès de s’acquitter de son rôle de gardien (arrêt *Malbœuf*, précité). Le juge du procès a abordé les exigences juridiques appropriées qui ont été établies dans l’arrêt *Mohan*. Même s’il peut s’être attardé à la nécessité d’un «profil type», ses motifs indiquent, dans l’ensemble, que la preuve que la défense a choisi de présenter ne l’a simplement pas convaincu que les exigences de l’arrêt *Mohan* avaient été respectées. Le fait que le juge du procès a évité que la recherche des faits soit faussée par la présentation d’un témoignage d’expert inapproprié, en exerçant sa fonction de gardien dans l’évaluation des exigences de procès juste et équitable, mérite beaucoup de respect. En l’espèce, une grande partie de la preuve étayait la décision du juge du procès d’exclure le témoignage du D^r Beltrami, et je suis d’avis que les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont commis une erreur en intervenant dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

IV. Disposition

The appeal is therefore allowed and the conviction entered by the trial judge is restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Solicitors for the respondent: Silver, Morena, Montréal.

IV. Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli et la déclaration de culpabilité inscrite par le juge du procès est rétablie.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le substitut du Procureur général, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Silver, Morena, Montréal.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2000 Vol. 2

4^e cahier, 2000 Vol. 2

Cited as [2000] 2 S.C.R. 633-855

Renvoi [2000] 2 R.C.S. 633-855

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêstiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Harper v. Canada (Attorney General)..... 764

Practice — Stay — Federal elections — Spending limits — Plaintiff granted interlocutory injunction against enforcement of third-party spending limits pending decision on his constitutional challenge to legislation — Whether injunction should be stayed.

Musqueam Indian Band v. Glass 633

Indians — Reserve land — Leases — Interpretation — Meaning of phrase “current land value” used in leases for reserve land — Whether costs of servicing leased land to be deducted from “current land value”.

R. v. Avetysan..... 745

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of assault and extortion — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Different versions of events — Whether trial judge adequately charged jury on how to deal with conflicting evidence.

R. v. Beauchamp..... 720

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. Charlebois 674

Criminal law — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Whether Court of Appeal erred in applying Criminal Code proviso to cure trial judge's errors — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Knoblauch..... 780

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to unlawful possession of an explosive substance and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and receiving conditional sentence plus probation — Conditions of sentence and probation order requiring accused to reside in a psychiatric treatment unit — Whether conditional sentence could be imposed on facts of this case — Whether court can require that a conditional sentence be served in a secure mental health institution — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

Continued on next page

SOMMAIRE

Bande indienne de Musqueam c. Glass 633

Indiens — Terrains faisant partie d'une réserve — Baux — Interprétation — Signification de l'expression «valeur courante du terrain» utilisée dans des baux visant des terrains faisant partie d'une réserve — Les frais de viabilisation du terrain loué doivent-ils être déduits de la «valeur courante du terrain»?

Harper c. Canada (Procureur général)..... 764

Pratique — Sursis d'exécution — Élections fédérales — Plafonnement des dépenses — Obtention par le demandeur d'une injonction interlocutoire interdisant l'application du plafonnement des dépenses des tiers jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa contestation de la constitutionnalité de la loi — Faut-il surseoir à l'exécution de l'injonction?

R. c. Avetysan..... 745

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de voies de fait et d'extorsion — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Versions différentes des événements — Les directives du juge au jury sur la façon de traiter des témoignages contradictoires étaient-elles adéquates?

R. c. Beauchamp..... 720

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

R. c. Charlebois 674

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice du Code criminel pour les erreurs commises par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Knoblauch..... 780

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines d'emprisonnement avec sursis — Plaidoyer de culpabilité de l'accusé à des infractions de possession d'une substance explosive et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — Condamnation de l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis suivie d'une période de probation — Conditions de la peine et de l'ordonnance de probation intimant à l'accusé de demeurer dans un service de soins psychiatriques — L'emprisonnement avec sursis pouvait-il être infligé eu égard aux faits de l'espèce? — Le tribunal qui prononce une peine d'emprisonnement avec sursis peut-il exiger qu'elle soit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Russell	731
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Whether pre- Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.	

SOMMAIRE (Fin)

	purgée dans un établissement psychiatrique sécuritaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.
R. c. Russell	731
Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?	

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, Manloong Lee, John M. Glaiserman, Juan L. G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V. Modi,

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, ManLoong Lee, John M. Glaiserman, Juan L. G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V. Modi,

Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace Ng, Irving Glassner, Noreen G. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith and Lily R. Eng *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Musqueam Indian Band, Chief Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay and Larry Grant *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: MUSQUEAM INDIAN BAND v. GLASS

Neutral citation: 2000 SCC 52.

File No.: 27154.

2000: June 12; 2000: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Reserve land — Leases — Interpretation — Meaning of phrase “current land value” used in leases for reserve land — Whether costs of servicing leased land to be deducted from “current land value”.

In 1960, the Musqueam Indian Band surrendered approximately 40 acres of reserve land to the Crown for the purposes of leasing. In 1965, the Crown entered into an agreement with a company unrelated to the Band. The company serviced and subdivided the land and the

Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace Ng, Irving Glassner, Noreen G. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith et Lily R. Eng *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Bande indienne de Musqueam, Chef Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay et Larry Grant *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM c. GLASS

Référence neutre: 2000 CSC 52.

N° du greffe: 27154.

2000: 12 juin; 2000: 9 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 FÉDÉRALE

Indiens — Terrains faisant partie d'une réserve — Baux — Interprétation — Signification de l'expression «valeur courante du terrain» utilisée dans des baux visant des terrains faisant partie d'une réserve — Les frais de viabilisation du terrain loué doivent-ils être déduits de la «valeur courante du terrain»?

En 1960, la Bande indienne de Musqueam a cédé environ 40 acres de sa réserve à la Couronne aux fins de location. En 1965, la Couronne a conclu une entente avec une société non liée à la Bande. La société a viabilisé et loti le bien-fonds, et la Couronne lui a remis un

Crown provided the company with an individual lease for each lot. Each lease had a term of 99 years. In 1966 the company assigned the leases to individuals, who built houses on the lots. The rent for the first 30 years was specified in the leases. It was subject to review after the first 30 years, and every 20 years thereafter. The leases provided that the rent payable upon review would be fair rent for the land and indicated that an annual clear total rental representing 6 percent of the "current land value" should be regarded as "fair rent". When the rent first came up for review in 1995, the parties were unable to agree as to the meaning of "current land value" and whether the costs of servicing the lots should be deducted from the value of the land. The Band applied to the Federal Court, Trial Division for a determination of the fair rent payable upon review. The court held that the estate and tenure to be valued was a 99-year leasehold on reserve land and that "current land value" should be calculated as representing the hypothetical fee simple value of the land discounted by 50 percent to take into account the long-term leasehold interest and Indian reserve features. The court further held that the costs of servicing the lots should be deducted from the current land value. The Federal Court of Appeal reversed this decision and held that the current land value represented the fee simple value of the land without the 50 percent reduction on account of the Indian reserve features. The leaseholders were granted leave to appeal on the issue of the proper meaning of the phrase "current land value". The Band was granted leave to cross-appeal on the question of the deductibility of servicing costs.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed. The cross-appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Major, Binnie and LeBel JJ.: In the absence of any contrary indications in the leases, the expression "current land value" in the rent review clause refers to the fee simple or freehold value as opposed to leasehold value of land located on the reserve. Although there is no such thing as freehold title on reserve, this hypothetical value can be assessed and can serve its function in the rent review calculation. The meanings of "land" and of "value" are well established in law. Unless the agreement states otherwise "land" refers to a right to receive a good title in fee simple. In real estate

bail pour chaque lot. Chaque bail avait un terme de 99 ans. En 1966, la société a cédé les baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Le loyer pour les 30 premières années était précisé dans les baux. Le loyer devait être révisé après les 30 premières années et tous les 20 ans par la suite. Les baux prévoyaient que le loyer payable après révision serait un juste loyer pour le terrain visé et indiquaient qu'un loyer annuel total net représentant 6 pour 100 de la «valeur courante du terrain» devait être considéré comme un «juste loyer». Au moment de la première révision du loyer en 1995, les parties ont été incapables de s'entendre sur le sens de l'expression «valeur courante du terrain» et sur la question de savoir si les frais de viabilisation des lots devaient être déduits de la valeur du terrain. La Bande a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de déterminer le juste loyer payable après révision. La cour a jugé que la tenure à bail à évaluer était une tenure à bail de 99 ans sur des terrains faisant partie de la réserve et que la «valeur courante du terrain» devait être considérée comme représentant la valeur hypothétique du terrain détenu en fief simple, réduite de 50 pour 100 pour tenir compte du droit de tenure à bail à long terme et du fait qu'il s'agissait d'une terre située dans une réserve. La cour a également conclu que les frais de viabilisation des lots devaient être déduits de la valeur courante du terrain. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision et a conclu que la valeur courante du terrain était celle du terrain détenu en fief simple sans la réduction de 50 pour 100 appliquée pour tenir compte du fait qu'il s'agissait d'une terre située dans une réserve. Les preneurs à bail ont été autorisés à se pourvoir à l'égard de la question de savoir quel est le sens réel de l'expression «valeur courante du terrain». La Bande a pour sa part été autorisée à se pourvoir de façon incidente à l'égard de la question de la deductibilité des frais de viabilisation.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour sont dissidents quant au pourvoi): Le pourvoi est accueilli. Le pourvoi incident est rejeté.

Les juges Gonthier, Major, Binnie et LeBel: En l'absence de toute indication contraire dans les baux, l'expression «valeur courante du terrain» mentionnée dans la clause de révision du loyer s'entend de la valeur du terrain en tant que propriété franche ou en fief simple dans la réserve, par opposition à sa valeur comme propriété à bail. Quoique le titre franc n'existe pas dans une réserve, cette valeur hypothétique peut être déterminée et utilisée dans le calcul de la révision du loyer. Le sens des mots «terrain» et «valeur» est bien établi en droit. Sauf stipulation contraire de l'accord, le mot «terrain»

law, “value” generally means the fair market value of the land, which is based on what a seller and a buyer would pay for it on the open market. Market value generally is the exchange value of the land, rather than its use value to the lessee. Land is valued without regard to the tenant’s interest in it, for the tenant’s decision not to use the land for its highest use does not reduce the land’s exchange value.

Valuing the Musqueam land at its freehold value is consistent with an interpretation of the leases that sees the rent review clause as an attempt to generate an annual fair market return on a capital asset. It does not follow that the freehold value of land outside the reserve should be used to determine the rent. The capital asset here is reserve land surrendered for leasing, not land surrendered for sale. Contrary to some other leases of reserve land, the Musqueam leases do not specify that off-reserve land values should be used in the rent review formula. The hypothetical used to establish market value in the absence of an actual market should reflect the land as it is in its actual circumstances and should not change the nature of the land appraised. Since it has chosen not to surrender the land for sale, the Band holds reserve land and must accept the realities of the market for this capital asset.

The value of a hypothetical interest in fee simple ownership on the reserve must reflect the legal restrictions on land use, as opposed to restrictions found in the lease, and market conditions. Like municipal zoning, restrictions on land use imposed by a band can either increase or decrease land value depending on how the market responds to them. Since the legal environment on a reserve must be taken into account when appraising land value, fee simple off-reserve value cannot simply be transposed to the Musqueam lands. The hypothetical value of fee simple title on reserve land may be determined by adapting the off-reserve value to take into account the actual features of the land and of the market. The trial judge’s finding of fact that the fee simple value of comparable lands off the reserve was \$600,000 on average and his determination that the Musqueam lands

s’entend du droit de recevoir un titre en fief simple valable. En droit immobilier, le mot «valeur» signifie généralement la juste valeur marchande du terrain, laquelle est fondée sur le prix dont un vendeur et un acheteur conviendraient pour le terrain sur un marché libre. La valeur marchande est généralement la valeur d’échange du terrain plutôt que sa valeur pour le preneur à bail au titre de l’usage. Le terrain est évalué sans égard à l’intérêt du preneur à bail dans celui-ci, car la décision du preneur à bail de ne pas en faire l’utilisation optimale ne réduit pas sa valeur d’échange.

Le fait d’évaluer les terrains de Musqueam selon leur valeur en tant que propriétés franches est conforme à l’interprétation du bail voulant que la clause de révision du loyer vise à tirer un juste rendement annuel d’une immobilisation. Il ne s’ensuit pas que la valeur de terrains situés à l’extérieur de la réserve doit être utilisée pour déterminer le loyer. L’immobilisation en cause dans la présente affaire est constituée de terrains situés dans une réserve qui ont été cédés pour être loués et non pour être vendus. Contrairement à certains autres baux portant sur des terrains situés dans une réserve, les baux de Musqueam ne précisent pas que la valeur de terrains situés hors de la réserve doit être utilisée dans la formule de révision du loyer. L’hypothèse utilisée pour établir la valeur marchande en l’absence d’un véritable marché devrait refléter la situation réelle du terrain et ne devrait pas changer la nature du terrain évalué. Étant donné que la bande a décidé de ne pas céder les terrains pour qu’ils soient vendus, elle détient des terrains situés dans une réserve et doit accepter les réalités du marché applicables à cette immobilisation.

La valeur d’un hypothétique intérêt de propriété en fief simple dans la réserve doit refléter et les restrictions légales en matière d’utilisation du territoire — par opposition aux restrictions prévues par le bail — et les conditions du marché. Tout comme les règlements de zonage des municipalités, les restrictions imposées par une bande en matière d’utilisation de son territoire peuvent faire augmenter ou diminuer la valeur des terrains selon la réaction du marché à l’égard de ces restrictions. Étant donné que le contexte juridique d’une réserve doit être pris en considération dans l’appréciation de la valeur de terres, la valeur des terrains hors réserve détenus en fief simple n’est tout simplement pas transposable aux terrains de Musqueam. La valeur hypothétique d’un titre en fief simple sur un terrain situé dans une réserve peut être déterminée en ajustant la valeur de terrains hors réserve pour tenir compte des caractéristiques réelles des terrains et du marché. La conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la valeur de terrains comparables détenus en fief simple et situés hors de la

were worth 50 percent less than the comparable off-reserve properties should be accepted.

In determining the “current land value”, the leases require that one assume that the lands are “unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement”. On the basis of the plain meaning of the word “unimproved” and of its use in the leases, it is evident that “unimproved lands” means “unserviced” lands, not just lands without buildings. The costs of servicing the land should therefore be deducted from the value of the lots.

Per Bastarache J.: The phrase “current land value” should be interpreted as referring to the value of leasehold reserve land. This construction reflects the best description of what the land in fact is and is consistent with the parties’ intentions. The location of the land and its status as reserve land has an important impact on its value and can either decrease or increase land value depending on how the market responds. The land to be valued in this case is land held under a long-term lease and should not be treated as land held in fee simple. A market value appraisal is a valuation of specified rights in the subject property, not the physical real estate. In the case of reserve lands, the highest form of individual property possible is not a fee simple but a long-term lease. The total value of the land consists therefore of the value of the lease and of the reversion. This does not pose a problem in this case because a long-term lease, in its first years, is equivalent in value to a fee simple.

The value of the land must reflect the legal restrictions on the land including the legal regime that affects the use of the land and the rights and privileges of the holders of the land. The power of the Band to modify unilaterally such restrictions by converting the lands to fee simple lands does not mean that while restrictions exist they can be ignored. It would be improper to hypothesize that such restrictions do not exist. Consequently, the valued land retains its character as land reserved for Indians and this status is relevant for the purposes of rent review.

réserve s’élevait en moyenne à 600 000 \$, ainsi que sa conclusion selon laquelle la valeur des terrains de Musqueam était inférieure de 50 pour 100 à celle des propriétés comparables hors de la réserve, doivent être acceptées.

Dans la détermination de la «valeur courante du terrain», les baux exigent que l’on présume que les terrains sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l’état où ils étaient à la date de la présente entente». À la lumière du sens ordinaire du terme «non améliorés» et de son utilisation dans le bail, il est évident que l’expression «terrains non améliorés» s’entend de terrains «non viabilisés», et non pas seulement de terrains non bâtis. Les frais de viabilisation doivent donc être déduits de la valeur des lots.

Le juge Bastarache: L’expression «valeur courante du terrain» doit être interprétée comme faisant référence à la valeur des terrains en tant que propriétés à bail situées dans une réserve. Cette interprétation est la meilleure description de ce que sont les terrains dans les faits, en plus d’être conforme à l’intention des parties. L’emplacement des terrains et leur qualité de terrains situés dans une réserve ont une incidence importante sur leur valeur et peuvent la faire diminuer ou augmenter selon la réaction du marché à ces facteurs. Les terrains à évaluer en l’espèce sont des terrains détenus en vertu d’un bail à long terme, et ils ne doivent pas être traités comme des terrains détenus en fief simple. L’appréciation de la valeur marchande est l’évaluation de droits déterminés dans la propriété visée, et non du bien immeuble lui-même. Dans le cas des terrains situés dans une réserve, la forme de propriété individuelle la plus complète possible n’est pas le fief simple, mais le bail à long terme. La valeur totale des terrains consiste donc en la valeur du bail et de la réversion. Cela ne constitue pas un problème en l’espèce, parce que, au cours des premières années d’un bail à long terme, ceux-ci ont une valeur équivalente à celle d’un titre en fief simple.

La valeur des terrains doit refléter les restrictions légales auxquelles ils sont assujettis, notamment le régime juridique touchant leur utilisation ainsi que les droits et privilèges des détenteurs des terrains. Le pouvoir de la Bande de modifier unilatéralement ces restrictions en convertissant les terrains en propriétés détenues en fief simple ne signifie pas qu’il est possible de faire abstraction de ces restrictions pendant qu’elles existent. Il serait inapproprié de supposer que ces restrictions n’existent pas. Par conséquent, les terrains évalués conservent leur caractère de terres réservées aux Indiens, et cette qualité est pertinente pour la révision du loyer.

To construe “current land value” as referring to the value of the land as leased reserve land is consistent with the intention of the parties to the agreement. The parties intended that “current land value” be interpreted and guided by what the land in fact is, namely a leasehold interest in reserve land. This interpretation reflects an intention that the value of the lease follow the contemporary market for long-term leases of Indian reserve land. Comparisons with non-reserve values should only be used where clear language to that effect is adopted by the parties.

Per McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. (dissenting on the appeal): The expression “current land value” in the leases means the price a willing buyer would pay for fee simple title to the land. This construction is consistent with the plain meaning of the language used in the leases and common industry practice. It is also consistent with the widely accepted rationale for a rent review provision like the one at issue here and reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if the land were not subject to a long-term lease. Calculating fair market value requires determining the “highest and best use” for the land that is legally permissible, disregarding any restrictions imposed by the lease itself. The only impediment to the Band’s selling its land is the leases themselves, whose restrictions should be disregarded. This removes the justification for discounting the value of the land. The fact that the Band has chosen not to sell its land cannot bear on the land’s value. It follows that the “exchange value” of the land means what it could be sold for, not 50 percent of that amount. While in principle, fair market value must reflect legal restrictions on the land, the fact that land is part of a reserve is not a legal restriction within the ambit of this principle, which applies only to restrictions over which a landowner has little or no control.

The proposed 50 percent reduction for reserve related factors depends on the valuation of an interest that could simply never exist. Reserve land can be converted to fee simple only by surrender to the Crown. Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land. Because there is no such thing

Considérer que l’expression «valeur courante du terrain» s’entend de la valeur du terrain en tant que terrain loué situé dans la réserve est compatible avec l’intention des parties à l’entente. Les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» soit interprétée et déterminée en fonction de ce que le terrain est en réalité, savoir un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d’une réserve. Cette interprétation reflète l’intention que la valeur du bail suive le marché contemporain de la location à long terme de terrains situés dans des réserves indiennes. Il ne faut recourir aux comparaisons avec la valeur de terrains hors réserve que dans les cas où les parties se sont clairement exprimées en ce sens.

Le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour (dissidents quant au pourvoi): L’expression «valeur courante du terrain» utilisée dans les baux s’entend du prix qu’un acheteur consentant paierait pour acquérir le titre en fief simple sur le terrain. Cette interprétation est compatible avec le sens ordinaire des termes utilisés dans les baux et avec la pratique courante dans ce secteur d’activité. Elle est également compatible avec la raison largement acceptée qui est donnée pour justifier la présence d’une clause de révision du loyer comme celle en litige dans la présente affaire, et elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d’intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l’objet d’un bail à long terme. Le calcul de la juste valeur marchande commande la détermination de «l’utilisation optimale» des terrains autorisée par la loi, indépendamment de toute restriction imposée par le bail lui-même. Le seul obstacle à la vente par la Bande de ses terrains est constitué par les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne devraient pas être prises en considération. Cela élimine la justification invoquée pour réduire la valeur des terrains. Le fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains ne saurait influencer leur valeur. Il s’ensuit que la «valeur d’échange» des terrains signifie le prix auquel ils pourraient être vendus, et non pas 50 pour 100 de cette somme. Quoique, en principe, la juste valeur marchande doive refléter les restrictions légales assujettissant les terrains, le fait que les terrains fassent partie d’une réserve ne constitue pas une restriction légale au sens de ce principe, qui s’applique seulement aux restrictions qui sont habituellement indépendantes de la volonté du propriétaire foncier.

La réduction de 50 pour 100 proposée afin de tenir compte de facteurs liés au fait que les terrains font partie d’une réserve est tributaire de l’évaluation d’un intérêt qui ne pourrait tout simplement jamais exister. Un terrain faisant partie d’une réserve ne peut être converti en terrain détenu en fief simple que par sa cession à la

as a fee simple interest in reserve land, there is simply nothing to which the subject property can be compared. If "current land value" means fee simple, and fee simple is inconsistent with reserve status, then it must be wrong to devalue fee simple for factors related to reserve status.

The rent should be set at 6 percent of the current land value, and no discount should be applied merely because the subject land is on an Indian reserve. Gonthier J.'s reasons concerning the deductibility of servicing costs were agreed with in principle. However, insofar as servicing costs are a function of current land value, the value discussed in these reasons should be used rather than the lower value arrived at by the trial judge.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Leighton v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198; *Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68; *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. City of Montreal*, [1950] S.C.R. 220; *Bullock's, Inc. v. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (1958); *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, F.C.T.D., No. T-1478-71, September 15, 1972; *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (QL); *No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. viii; *British Gas Corp. v. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398; *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *The Queen v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656; *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657.

By Bastarache J.

Referred to: *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Devil's Gap*

Couronne. Une fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférerait le fait d'être situé dans une réserve. Puisqu'un intérêt en fief simple dans un terrain faisant partie d'une réserve est quelque chose qui n'existe pas, il n'y a tout simplement rien à quoi la propriété en cause puisse être comparée. Si «valeur courante du terrain» s'entend de la valeur d'une propriété en fief simple et que cette forme de tenure est incompatible avec une propriété située dans une réserve, il doit donc être erroné de dévaluer le fief simple pour des facteurs liés à la qualité de terre faisant partie d'une réserve.

Le loyer doit être fixé à 6 pour 100 de la valeur courante des terrains et aucune réduction ne doit être appliquée du seul fait que ces terrains sont situés dans une réserve indienne. Les motifs du juge Gonthier concernant la déductibilité des frais de viabilisation sont acceptés en principe. Toutefois, dans la mesure où les frais de viabilisation sont fonction de la valeur courante du terrain, la valeur retenue dans les présents motifs devrait être utilisée, plutôt que la valeur inférieure à laquelle est arrivé le juge de première instance.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Leighton c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198; *Ball c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68; *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. City of Montreal*, [1950] R.C.S. 220; *Bullock's, Inc. c. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (1958); *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, C.F. 1^{re} inst., n° T-1478-71, 15 septembre 1972; *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (QL); *No. 100 Sail View Ventures Ltd. c. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, autorisation de pourvoi refusée [1994] 2 R.C.S. viii; *British Gas Corp. c. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398; *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *La Reine c. Guerin*, [1983] 2 C.F. 656; *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés: *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172;

Cottages (1982) Ltd. v. Canada, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164.

Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164.

By McLachlin C.J. (dissenting on the appeal)

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente quant au pourvoi)

Ball v. Gutschenritter, [1925] S.C.R. 68; *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123; *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *Steel Brothers Canada Ltd. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22.

Ball c. Gutschenritter, [1925] R.C.S. 68; *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123; *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *Steel Brothers Canada Ltd. c. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 19.
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 32.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 37 [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 2], 38 [*idem*], 39 [am. *idem*, s. 3], 83 [am. *idem*, s. 10].
Property Transfer Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 378, s. 1 [am. 1997, c. 45, s. 52; am. 1999, c. 47, s. 50].

Lois et règlements cités

Assessment Act, R.S.B.C. 1996, ch. 20, art. 19.
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 32.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 37 [abr. & rempl. ch. 17 (4^e suppl.), art. 2], 38 [*idem*], 39 [mod., *idem*, art. 3], 83 [mod., *idem*, art. 10].
Property Transfer Tax Act, R.S.B.C. 1996, ch. 378, art. 1 [mod. 1997, ch. 45, art. 52; mod. 1999, ch. 47, art. 50].

Authors Cited

Appraisal Institute of Canada. *The Appraisal of Real Estate*, Canadian ed. Winnipeg: The Institute, 1999.
 Friedman, Milton R. *Friedman on Leases*, vol. 2. New York: Practising Law Institute, 1974.
 Megarry, Robert Edgar, and William Wade. *The Law of Real Property*, 6th ed. By Charles Harpum. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Doctrine citée

Friedman, Milton R. *Friedman on Leases*, vol. 2. New York: Practising Law Institute, 1974.
 Institut canadien des évaluateurs. *The Appraisal of Real Estate*, édition canadienne. Winnipeg: L'institut, 1999.
 Megarry, Robert Edgar, and William Wade. *The Law of Real Property*, 6th ed. By Charles Harpum. London: Sweet & Maxwell, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 2 F.C. 138, 235 N.R. 164, [1998] F.C.J. No. 1893 (QL), allowing in part the appellants' appeal from a judgment of Federal Court, Trial Division (1997), 137 F.T.R. 1, [1997] F.C.J. No. 1339 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 2 C.F. 138, 235 N.R. 164, [1998] A.C.F. n° 1893 (QL), qui a accueilli en partie l'appel interjeté par les appelants contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale (1997), 137 F.T.R. 1, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

Jack Giles, Q.C., Kerry-Lynne D. Findlay, Q.C., and Ludmila B. Herbst, for the appellants/respondents on the cross-appeal.

Darrell W. Roberts, Q.C., Wendy A. Baker, Lewis Harvey and Leona M. Sparrow, for the respondents/appellants on the cross-appeal.

Mitchell R. Taylor and Keith J. Phillips, for the respondent Her Majesty the Queen.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting on the appeal) — This case requires us to interpret a lease. The parties entered into the contract voluntarily and with counsel. Thus our only task is to interpret their agreement. Two issues of interpretation arise — the meaning of “current land value” and the deductibility of servicing costs. I agree in principle with Justice Gonthier on the second issue but respectfully disagree on the first. In my view, “current land value” means the actual value of similar land held in fee simple, and should not be reduced by 50 percent because the Musqueam Indian Band (“Band”) continues to hold the land as a reserve.

I. Background

In 1960, the Band surrendered approximately 40 acres of reserve land to the Crown for the purposes of leasing. On June 8, 1965, the Crown entered into an agreement (“Master Agreement”) with the Musqueam Development Company Limited (“Company”) under which the Company was to service and subdivide the land, and the Crown was then to provide the Company with an individual lease for each lot. Each lease was to have a term of 99 years, running from the date of the Master Agreement. The Company fulfilled its obligations

Jack Giles, c.r., Kerry-Lynne D. Findlay, c.r., et Ludmila B. Herbst, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Darrell W. Roberts, c.r., Wendy A. Baker, Lewis Harvey et Leona M. Sparrow, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Mitchell R. Taylor et Keith J. Phillips, pour l’intimée Sa Majesté la Reine.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente quant au pourvoi) — La présente affaire exige que nous interprétions un bail. Les parties ont conclu ce contrat volontairement et avec l’aide d’avocats. Notre seule tâche consiste donc à interpréter leur entente. Deux questions d’interprétation se posent — le sens de l’expression «valeur courante du terrain» et la déductibilité des frais de viabilisation. Je souscris en principe à l’opinion du juge Gonthier sur la deuxième question, mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec lui quant à la première. À mon avis, la «valeur courante du terrain» signifie la valeur réelle d’un terrain semblable détenu en fief simple, et elle ne doit pas être réduite de 50 pour 100 parce que la Bande indienne de Musqueam («Bande») continue de détenir le terrain en tant que terrain faisant partie d’une réserve.

I. Les faits

En 1960, la Bande a cédé environ 40 acres de sa réserve à la Couronne aux fins de location. Le 8 juin 1965, la Couronne a conclu avec la Musqueam Development Company Limited («société»), une entente («entente cadre») aux termes de laquelle la société s’engageait à viabiliser et à lotir le bien-fonds, à la suite de quoi la Couronne devait remettre à la société un bail pour chaque lot. Chaque bail devait être assorti d’un terme de 99 ans, commençant à la date de l’entente cadre. La société s’est acquittée des obligations

under the Master Agreement, the Crown provided the leases, and in 1966 the Company assigned those leases to individuals, who built houses on the lots. Those individuals, or their assignees, are the appellants here.

3 Under the individual lease agreements, the lessees agreed to pay rent to the Crown in right of the Band, and in 1980 the Crown transferred management authority to the Band so that the Band now receives the rent directly. The rent for the first 30 years was specified in the leases, and increased from approximately \$300 per year to approximately \$400 per year over that period. The rent was subject to review after the first 30 years, and every 20 years thereafter. Thus the rent came up for review in 1995.

4 The rent review clause, identical in each of the individual leases, is the subject of this dispute. It provides:

2(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

- (a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;
- (b) lands to which there is public access;
- (c) lands in a subdivided area, and
- (d) land which is zoned for single-family residential use,

. . .

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof.

5 The lessees contend that "current land value", as used in clause 2(4), means the value of the land as it is currently held — that is, as reserve land. The Band, by contrast, argues that "current land value" refers to the value of fee simple title to similar

prévues par l'entente cadre, la Couronne a fourni les baux et, en 1966, la société a cédé ces baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Ce sont ces individus, ou leurs cessionnaires, qui sont les appelants en l'espèce.

Dans leur bail respectif, les preneurs à bail ont convenu de verser un loyer à la Couronne au profit de la Bande et, en 1980, la Couronne a cédé le pouvoir de gestion à la Bande, qui reçoit donc maintenant les loyers directement. Le loyer pour les 30 premières années, qui était précisé dans les baux, est passé de 300 \$ à 400 \$ environ par année au cours de cette période. Le loyer devait être révisé après les 30 premières années et tous les 20 ans par la suite. Il devait donc y avoir révision du loyer en 1995.

La clause de révision du loyer, qui est la même dans chaque bail, fait l'objet du présent litige. Cette clause est rédigée ainsi:

[TRADUCTION]

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois premières périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

- a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;
- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

. . .

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes.

Les preneurs à bail soutiennent que la «valeur courante du terrain», expression figurant au par. 2(4), s'entend de la valeur du terrain dans la situation où il est actuellement détenu — c'est-à-dire en tant que terrain faisant partie d'une

land, absent factors associated with its reserve status.

II. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division* (1997), 137 F.T.R. 1

The trial court, *per* Rothstein J., noted first that Indian title in reserve lands is generally inalienable. A band may not sell or otherwise encumber reserve lands except by surrendering the land to the Crown. Surrender allows the land to be held in fee simple, but irrevocably strips the land of its character as land reserved for Indians. Rothstein J. reasoned that, because the land leased here had not been surrendered to the Crown for sale, it should not be valued as if it could be held in fee simple. He reasoned, rather, that “for rent renegotiation purposes, the estate and tenure [to be valued] is a 99-year leasehold” (para. 38) on reserve land.

Proceeding from this premise, the trial court’s assessment of “current land value” took into account “evidence of factors that might negatively affect the value of a long-term leasehold interest in land on an Indian Reserve” (para. 43), such as uncertainty related to property taxation, publicized unrest, and limitations on non-natives’ entitlement to stand for election to the reserve’s governing body. Rothstein J. noted that the fact that the interest to be valued was a leasehold rather than a freehold did not significantly affect the valuation; it is widely accepted that the value of a 99-year lease approximates the value of a freehold interest in the same property. That the leasehold to be valued was on Indian land, however, did have a significant

réserve. Pour sa part la Bande plaide que la «valeur courante du terrain» signifie la valeur du titre en fief simple sur un terrain semblable, indépendamment des facteurs liés à sa qualité de terre faisant partie d’une terre réserve.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL)

Dans ses motifs, le juge Rothstein de la Section de première instance de la Cour fédérale a d’abord souligné que le titre indien sur les terres d’une réserve est généralement inaliénable. Une bande ne peut ni vendre ni grever des terres faisant partie de sa réserve sauf en les cédant à la Couronne. Le fait de céder ainsi des terres fait en sorte que celles-ci sont alors détenues en fief simple, mais leur fait perdre de façon irrévocable leur nature de terre réservée aux Indiens. Le juge Rothstein a raisonné que, puis que les terrains loués en l’espèce n’avaient pas été cédés à la Couronne aux fins de vente, ils ne devaient pas être évalués comme s’ils pouvaient être détenus en fief simple. Il a plutôt estimé «qu’aux fins de la nouvelle négociation des loyers, la tenure à bail [à évaluer] est une tenure à bail de 99 ans» (par. 46) sur des terrains faisant partie de la réserve.

Partant de cette prémisse, le tribunal a tenu compte, dans son appréciation de la «valeur courante du terrain», de «la preuve concernant les facteurs pouvant avoir des répercussions négatives sur la valeur d’un droit de tenure à bail à long terme à l’égard d’un terrain situé sur une réserve indienne» (par. 51), facteurs comme l’incertitude liée à l’impôt foncier, l’agitation connue dans les réserves et le fait que les non-Autochtones ne peuvent se porter candidat à l’élection de l’organe qui dirige la réserve. Le juge Rothstein a souligné que le fait que l’intérêt à évaluer soit une propriété à bail plutôt qu’une propriété franche n’influçait pas beaucoup l’évaluation; il est largement accepté que la valeur d’un bail de 99 ans est à peu près égale à celle d’une propriété franche relativement au même terrain. Le fait que la propriété à bail à évaluer se trouve sur des terres indiennes a toutefois

effect on the valuation, reducing the value of the interest by approximately 50 percent.

B. *Federal Court of Appeal*, [1999] 2 F.C. 138

8

The Federal Court of Appeal, *per* Sexton J.A., disagreed as to the property interest to be valued. In Sexton J.A.'s view, the trial court erred in reading "current land value" to mean the value of a leasehold on reserve land, rather than the value of a freehold interest in the land. Sexton J.A. reasoned at para. 21 that "[t]he long-standing practice . . . is to value the land at its fee simple value", and that if the parties had intended otherwise, they would have stated so specifically. Sexton J.A. noted that the rent review clause employed in the leases here was not atypical: linking rent to the value of the underlying land "ensure[s] that the rent represents the true return negotiated by the parties on the market value of the land. It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease" (para. 20). The court concluded that the interest to be valued was freehold title, not a leasehold interest in land on the reserve. Accordingly, it held that the trial court erred in imposing a 50 percent reduction to account for the "Indian reserve feature" of the land (para. 75).

III. Analysis

9

In construing a lease, our first consideration is the language of the lease itself. Here that language is clear. In a real estate document, "land" usually means "a right to receive a good title in fee simple". See, e.g., *Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68, at p. 71. "Value" means the "fair market value" of the land or, equivalently, the "exchange value" of the land: what a willing buyer would pay for the land in the open market. See, e.g., *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.), at p. 180. In British Columbia, the *Property Transfer Tax Act*,

eu un effet important sur l'évaluation, réduisant d'environ 50 pour cent la valeur de l'intérêt.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] 2 C.F. 138

La Cour d'appel, sous la plume du juge Sexton, a exprimé son désaccord quant à la nature de l'intérêt de propriété à évaluer. Selon le juge Sexton, la Section de première instance a eu tort de considérer que la «valeur courante du terrain» était la valeur d'un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve, plutôt qu'un intérêt foncier franc. Le juge Sexton a indiqué, au par. 21, que «[l]a technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété» et que si les parties avaient eu une intention différente, elles l'auraient dit explicitement. Le juge Sexton a souligné que la clause de révision du loyer employée dans les baux en cause n'était pas inhabituelle: le rattachement du loyer à la valeur du terrain loué «assur[e] que le loyer représente fidèlement le rendement négocié par les parties sur la valeur marchande du terrain. Elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme» (par. 20). La Cour d'appel a estimé que l'intérêt à évaluer était un titre franc et non un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve. Elle a donc jugé que la Section de première instance avait eu tort d'imposer une réduction de 50 pour 100 «parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve» (par. 75).

III. Analyse

Lorsque nous interprétons un bail, nous en examinons d'abord le texte. Ce dernier est clair en l'espèce. Dans un document en matière immobilière, le mot «terrain» fait habituellement référence [TRADUCTION] «au droit de recevoir un titre de propriété valable». Voir, par exemple, *Ball c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68, à la p. 71. La «valeur» signifie la «juste valeur marchande» du terrain ou, par équivalence, sa «valeur d'échange»: ce qu'un acheteur consentant paierait pour le terrain sur un marché libre. Voir, par exemple, *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993),

R.S.B.C. 1996, c. 378, s. 1, the *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 19, and the *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 32, all use substantially the same definition. Nothing in the leases at issue here suggests that either “land” or “value” should be assigned any definition other than the generally accepted one. Thus “current land value” means the price a willing buyer would pay for fee simple title to the land.

This construction of the disputed clause, which simply gives effect to the plain meaning of its words, is entirely consistent with the widely accepted rationale for a rent review provision like the one at issue here. Rents that are linked to the underlying value of the land ensure that the lessor gets a fair return on the asset. See *Friedman on Leases* (1974), vol. 2, at p. 567. As Sexton J.A. noted, linking rent to the value of the land “reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease” (para. 20). The linking of rent and underlying land value can be advantageous to the lessee as well: if market rates of return exceed the percentage specified in the lease — here, 6 percent — the lessee nonetheless pays a rent equal to only 6 percent of the land value, even though the lessor could get a higher rate of return by selling the land and investing the proceeds. Further, linking rent to underlying land value ensures that the lessee’s rent rises no more quickly than real estate prices, and indeed that the rent would fall if real estate prices were to fall. Leases that link rent and land value thus provide certainty that is often valuable to both the lessor and the lessee. Where, as here, the lease runs for a long term, a rent review clause that links rent to land value is especially useful, because

101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), à la p. 180. En Colombie-Britannique, les lois intitulées *Property Transfer Tax Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 378, art. 1, *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 20, art. 19, et *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 32, utilisent toutes essentiellement la même définition. Rien dans les baux en litige ne suggère que les mots «terrain» et «valeur» devraient recevoir une définition différente de celle qui est généralement acceptée. Par conséquent, la «valeur courante du terrain» s’entend du prix qu’un acheteur consentant paierait pour acquérir le titre en fief simple sur le terrain.

Cette interprétation de la clause contestée, qui donne simplement effet au sens ordinaire de ses mots, est tout à fait compatible avec la raison largement acceptée qui est donnée pour justifier la présence d’une clause de révision du loyer comme celle en litige dans la présente affaire. Lorsque le loyer est rattaché à la valeur du terrain visé, cela permet au bailleur de tirer un juste rendement de cet élément d’actif. Voir *Friedman on Leases* (1974), vol. 2, à la p. 567. Comme l’a souligné le juge Sexton, le rattachement du loyer à la valeur du terrain «tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d’intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l’objet d’un bail à long terme» (par. 20). Le rattachement du loyer à la valeur du terrain visé peut également être avantageux pour le preneur à bail: si les taux de rendement sur le marché excèdent le pourcentage précisé dans le bail — en l’espèce 6 pour 100 — le preneur à bail verse néanmoins un loyer égal à seulement 6 pour 100 de la valeur du terrain, même si le bailleur pouvait obtenir un rendement plus élevé en vendant le terrain et en investissant le produit. En outre, le rattachement du loyer à la valeur du terrain visé garantit au preneur à bail que son loyer n’augmente pas plus rapidement que les prix sur le marché immobilier et, de fait, que le loyer diminuerait si ces prix devaient baisser. Les baux rattachant le montant du loyer à la valeur du terrain apportent une certitude qui est souvent précieuse tant pour le bailleur que pour le preneur à bail. Dans les cas où, comme en l’espèce, il s’agit d’un bail à long terme, une clause de révision du loyer

predicting the course of the real estate market over such a long period is practically impossible.

11 The advantages of linking rent to underlying land value are well illustrated by the circumstances of this case. In 1966, neither the Band nor the lessees could have known what course real estate prices would take over the next 30 years, let alone the next 99. If the parties had fixed the rent for each lot at a particular dollar amount per year (presumably escalating every year at some fixed rate), the lessees would have run the risk that their rent would escalate more quickly than land prices, and the Band would have run the risk that real estate prices would escalate more quickly than the rent. Having linked rent to the value of the land, however, the parties are now assured that their 30-year-old leases will reflect the contemporary market. The Band is assured that it will receive an income comparable to the income it would receive if it was unencumbered by the existing leases. And the lessees are assured they will pay no more than they would if they entered into a new lease with any other landowner today.

12 My colleague Gonthier J. agrees that the plain meaning of “current land value” is freehold value, and that the purpose of the rent review clause here was to ensure a fair return to the lessor and a fair rent to the lessee. However, he nonetheless affirms the trial court’s valuation of the leased lands at 50 percent of freehold value. With respect, I cannot agree.

13 First, although my colleague agrees that “current land value” requires the assessment of the “exchange value” of the land, his result does not in fact assess the land on the basis of its potential sale. As he states, calculating fair market value requires determining the “highest and best use” for the land that is legally permissible, disregarding

qui rattache le montant de celui-ci à la valeur du terrain est particulièrement utile, puisqu’il est pratiquement impossible de prédire l’évolution du marché immobilier sur une période aussi longue.

Les circonstances de la présente affaire illustrent bien les avantages du rattachement du loyer à la valeur du terrain visé. En 1966, ni la Bande ni les preneurs à bail ne pouvaient savoir quelle serait l’évolution des prix sur le marché immobilier au cours des 30 années suivantes, et encore moins au cours des 99 années suivantes. Si les parties avaient fixé le loyer de chaque lot à un montant annuel donné (qui augmenterait en principe à un taux fixe chaque année), les preneurs à bail auraient couru le risque que leur loyer augmente plus rapidement que le prix des terrains, alors que la Bande aurait couru le risque que ces prix grimpent plus rapidement que le loyer. Ayant lié le montant du loyer à la valeur des terrains, les parties sont maintenant assurées que leur bail vieux de 30 ans reflétera le marché contemporain. La Bande est certaine de recevoir un revenu comparable à celui qu’elle recevrait si les terrains n’étaient pas grevés par les baux existants. Pour leur part, les preneurs à bail sont certains de ne pas payer davantage qu’ils le feraient s’ils concluaient un nouveau bail avec un autre propriétaire aujourd’hui.

Mon collègue le juge Gonthier est d’accord avec l’opinion que le sens ordinaire de l’expression «valeur courante du terrain» est la valeur en tant que propriété franche et que l’objectif de la clause de révision du loyer en l’espèce était de garantir un juste rendement au bailleur et un juste loyer au preneur à bail. Toutefois, il a confirmé l’évaluation de la Section de première instance, qui a établi la valeur des terrains loués à 50 pour 100 de leur valeur comme propriété franche. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette décision.

Premièrement, quoique mon collègue soit d’accord avec la conclusion que la détermination de la «valeur courante du terrain» exige la détermination de sa «valeur d’échange», le résultat auquel il arrive n’aboutit pas, dans les faits, à l’évaluation des terrains en fonction de leur vente potentielle. Comme le dit mon collègue, le calcul de la juste

any restrictions imposed by the lease itself. One way the Band could legally use the land is to sell it for fair market value. See the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 37-38; see also *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657. The only impediment to the Band's selling its land is the leases themselves, whose restrictions my colleague Gonthier J. concedes should be disregarded. This removes the justification for discounting the value of the land. The fact that the Band has chosen not to sell its land cannot bear on the land's value. It follows that the "exchange value" of the land means what it could be sold for, not 50 percent of that amount.

The rationale for placing weight on the fact that the Band has chosen not to sell the land is said to be that fair market value "must reflect the legal restrictions on the land" (Gonthier J., at para. 46). However, the fact that land is part of a reserve is not a legal restriction within the ambit of this principle. This principle is properly applied to such restrictions as zoning laws, building codes, historical district or other non-zoning land-use controls, and environmental regulations. See *Revenue Properties*, *supra*; see also Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 270. Adjusting fair market value to account for such restrictions makes sense, because usually a landowner has little or no control over them, and clearly a buyer is not going to pay the going rate for commercial land if the land is zoned only for residential use. By contrast, nothing stops the Band from surrendering the land to the Crown and selling the land just like any other freehold is sold, except the leases themselves, whose restrictions must be disregarded in determining "current land value". The reserve character of the land is therefore not a legal restriction. As for the

valeur marchande commande la détermination de «l'utilisation optimale» des terrains autorisée par la loi, indépendamment de toute restriction imposée par le bail lui-même. Une façon dont la Bande pourrait légalement utiliser les terrains serait de les vendre à leur juste valeur marchande: voir la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 37 et 38; voir également *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657. Le seul obstacle à la vente par la Bande de ses terrains est constitué par les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne devraient pas, comme le concède mon collègue le juge Gonthier, être prises en considération. Cela élimine la justification invoquée pour réduire la valeur des terrains. Le fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains ne saurait influencer leur valeur. Il s'ensuit que la «valeur d'échange» des terrains signifie le prix auquel ils pourraient être vendus, et non pas 50 pour 100 de cette somme.

On prétend que la raison d'être de l'importance accordée au fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains est le fait que la juste valeur marchande «doit refléter les restrictions légales attachées aux terrains» (le juge Gonthier, au par. 46). Toutefois, le fait que les terrains fassent partie d'une réserve ne constitue pas une restriction légale au sens de ce principe. Il y a lieu d'appliquer ce principe aux restrictions tels les règlements de zonage, les codes du bâtiment, les arrondissements historiques ou les autres mesures de contrôle de l'utilisation du sol non liées au zonage, ainsi que les règlements environnementaux: voir *Revenue Properties*, précité; voir également Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 270. L'ajustement de la juste valeur marchande pour tenir compte de ces restrictions est logique, puisqu'il s'agit de mesures habituellement indépendantes de la volonté du propriétaire foncier et qu'un acheteur ne paiera manifestement pas le prix courant d'un terrain commercial pour un terrain zoné uniquement à usage résidentiel. Par contraste, rien n'empêche la Bande de céder les

argument that determining fair market value by valuing freehold title to the land is circular, the inquiry is essentially: what else could be done with the land? That is the same question that is asked in any appraisal, and it is not circular. See Appraisal Institute of Canada, *supra*, at p. 269, which states that appraising land requires consideration of “all potential uses”.

terrains à la Couronne et de les vendre comme toute autre propriété franche, si ce n'est les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne doivent pas être prises en considération dans la détermination de la «valeur courante du terrain». Le fait que les terrains aient la qualité de terres situées dans une réserve ne constitue donc pas une restriction légale. Quant à l'argument que la détermination de la juste valeur marchande par l'évaluation du titre franc à l'égard des terrains est circulaire, l'examen se résume essentiellement à la question suivante: Que pourrait-on faire d'autre des terrains? C'est cette question qui est posée dans toute évaluation et elle n'est pas circulaire. Voir Institut canadien des évaluateurs, *op. cit.*, à la p. 269, où l'on indique que l'évaluation d'un terrain requiert la prise en considération de [TRADUCTION] «toutes les utilisations possibles».

15 Second, although my colleague Gonthier J. agrees that the rent review clause here was meant to assure the Band a market rate of return on its land, the reduction of land value for reserve related factors precludes this result. Rather, it assures that the Band will never get a market return on its land, by effectively reading “current land value” to mean 50 percent of current land value. As a result, the Band will get a 6 percent return on half the value of its asset, or, equivalently, a 3 percent return. As Sexton J.A. noted, at para. 25, “it is extremely doubtful that the Band would enter a long-term lease if the effect of its doing so would be to devalue the worth of its own asset, thereby lowering the return it receives on the asset”.

Deuxièmement, bien que mon collègue le juge Gonthier accepte que, en l'espèce, la clause de révision du loyer visait à assurer à la Bande le taux de rendement du marché à l'égard de ses terrains, la réduction de la valeur de ceux-ci pour des facteurs liés au fait qu'ils font partie d'une réserve fait obstacle à ce résultat. Au contraire, la Bande est assurée de ne jamais obtenir le taux de rendement du marché à l'égard de ses terrains puisqu'on interprète concrètement l'expression «valeur courante du terrain» comme voulant dire 50 pour 100 de la valeur courante du terrain. Par conséquent, la Bande tirera un rendement de 6 pour 100 sur la moitié de la valeur de son élément d'actif ou, autrement dit, un rendement de 3 pour 100. D'affirmer le juge Sexton: «je doute fort que la bande aurait conclu un bail à long terme si cette décision avait eu pour effet de dévaluer la valeur de son propre actif, réduisant par le fait même le rendement qu'elle touche sur l'actif» (par. 25).

16 Third, the proposed 50 percent reduction for reserve related factors depends on the valuation of an interest that could simply never exist. As the trial court noted, reserve land can be converted to fee simple only by surrender to the Crown. Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land. Thus there can be no such thing as fee simple title to reserve

Troisièmement, la réduction de 50 pour 100 proposée afin de tenir compte de facteurs liés au fait que les terrains font partie d'une réserve est tributaire de l'évaluation d'un intérêt qui ne pourrait tout simplement jamais exister. Comme l'a souligné la Section de première instance, un terrain faisant partie d'une réserve ne peut être converti en terrain détenu en fief simple que par sa cession à la

land. Given that no such interest can ever exist, it is difficult to see how it could be valued in any principled way. As it is, appraisal is a notoriously unscientific endeavour. See, e.g., *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123, at para. 15: “Whatever kind of alleged art it may be, the practice of the alleged profession of appraising is nothing like that which can be dignified as a science.” In part, this is because any appraisal involves asking a hypothetical question — namely, what would the landowner receive for the land on the open market? That question, however, can be answered in a relatively principled way, by, for example, looking to the price of similar property.

The combined fee simple/reserve factor approach, by contrast, is not susceptible of principled analysis. Because there is no such thing as a fee simple interest in reserve land, there is simply nothing to which the subject property can be compared. The comparison is not with real properties, but with something that cannot exist — a parcel of land that is both fee simple and reserve land. I cannot accept that this is what the parties intended when they referred to “current land value”. If “current land value” means fee simple, and fee simple is inconsistent with reserve status — propositions with which my colleague Gonthier J. agrees — then it must be wrong to devalue fee simple for factors related to reserve status, such as speculation about unrest, limitations on non-natives’ standing to be elected to the governing body, and uncertainty about property taxation. (This does not preclude consideration of the fact that the fee simple is located near reserve land, should this

Couronne. Une fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférerait le fait d’être situé dans une réserve. Par conséquent, le titre en fief simple sur un terrain faisant partie d’une réserve est quelque chose qui ne saurait exister. Puisqu’un tel intérêt ne peut jamais exister, il est difficile de voir comment il pourrait être évalué selon une méthode rationnelle. Dans l’état actuel des choses, l’évaluation est une activité notoirement dénuée de caractère scientifique. Voir, par exemple, *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123, au par. 15: «L’évaluation est peut-être un art, mais elle ne saurait être élevée au rang de science.» Cela est dû en partie au fait que toute évaluation comporte la question hypothétique suivante: Que recevrait le propriétaire pour son terrain sur le marché libre? On peut cependant répondre à cette question au moyen d’une méthode relativement rationnelle, par exemple en examinant le prix d’une propriété semblable.

À l’opposé, l’approche combinée fief simple/emplacement dans une réserve ne se prête pas à une analyse rationnelle. Puisqu’un intérêt en fief simple dans un terrain faisant partie d’une réserve est quelque chose qui n’existe pas, il n’y a tout simplement rien à quoi la propriété en cause puisse être comparée. La comparaison n’est pas faite avec des propriétés réelles, mais plutôt avec quelque chose qui ne peut pas exister — une parcelle de terrain qui serait à la fois détenue en fief simple et située dans une réserve. Je ne peux accepter que c’était là l’intention des parties lorsqu’elles ont écrit l’expression «valeur courante du terrain». Si «valeur courante du terrain» s’entend de la valeur d’une propriété en fief simple et que cette forme de tenure est incompatible avec une propriété située dans une réserve — propositions qu’accepte mon collègue le juge Gonthier — il doit donc être erroné de dévaluer le fief simple pour des facteurs liés à la qualité de terre faisant partie d’une réserve, telles les conjectures à propos de l’agitation dans les réserves, l’inéligibilité des non-Autochtones à l’organe qui dirige la réserve et l’incertitude liée à l’impôt foncier. (Cela n’empêche pas la prise en considération du fait que la propriété en fief simple est située près de terres faisant

prove relevant to assessing the value of the fee simple.)

18

As my colleague notes, some leases for aboriginal land specifically provide that the subject property is to be valued by reference to comparable property located outside the reserve. See, e.g., *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, at para. 6 (lease called for valuation by reference to “vacant land . . . situate[d] outside of the Reserve”); *Devil’s Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.) (lease called for valuation by reference to “vacant land outside the Reserve”). It does not follow, however, that when the lease does not include an express indication that off-reserve property is the touchstone, the parties intended otherwise. “Current land value” generally means fee simple value, and common industry practice is to value land by assessing what the land would be worth on the open market. Except where the parties expressly provide for a different method of valuation, it is plain meaning and common practice that should provide the default. See, e.g., *Steel Brothers Canada Ltd. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22 (assessing fair market value of reserve land by reference to off-reserve property, where the lease was silent as to the intended valuation method).

19

In my view, the rent should be set at 6 percent of the current land value, and no discount should be applied merely because the subject land is on an Indian reserve. This construction accords with the leases’ plain meaning, common industry practice, and the clear purpose of the rent review clause.

20

As indicated above, I agree in principle with my colleague Gonthier J.’s reasoning as to servicing costs. Insofar as those costs are a function of “current land value”, however, I would use current land

partie d’une réserve, si ce fait devait se révéler pertinent pour l’évaluation de cette propriété.)

Comme le fait remarquer mon collègue, certains baux portant sur des terres autochtones stipulent que la propriété en cause doit être évaluée par référence à une propriété semblable située à l’extérieur de la réserve. Voir, par exemple, *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, au par. 6 (bail devant être évalué par référence à [TRADUCTION] «un terrain non bâti [. . .] situé à l’extérieur de la réserve»); *Devil’s Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1^{re} inst.) (bail devant être évalué par référence à des [TRADUCTION] «terrains vagues situés à l’extérieur de la réserve»). Toutefois, il ne s’ensuit pas que, dans les cas où le bail ne contient aucune indication expresse que les propriétés hors réserve servent d’élément de comparaison, les parties entendaient recourir à autre chose. La «valeur courante du terrain» signifie généralement la valeur de celui-ci en tant que propriété en fief simple, et la pratique courante dans ce secteur d’activité consiste à déterminer la valeur qu’aurait le terrain sur le marché libre. Sauf lorsque les parties prévoient expressément une méthode d’évaluation différente, c’est le sens ordinaire et la pratique courante qui doivent combler cette lacune. Voir, par exemple, *Steel Brothers Canada Ltd. c. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22 (détermination de la juste valeur marchande d’un terrain situé dans une réserve par référence à des propriétés hors réserve dans un cas où le bail était silencieux quant à la méthode d’évaluation voulue).

Je suis d’avis que le loyer doit être fixé à 6 pour 100 de la valeur courante des terrains et qu’aucune réduction ne doit être appliquée du seul fait que ces terrains sont situés dans une réserve indienne. Cette interprétation est conforme au sens ordinaire du bail, à la pratique courante dans le secteur d’activité concerné et à l’objectif clair de la clause de révision du loyer.

Comme je l’ai indiqué plus tôt, je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Gonthier à l’égard des frais de viabilisation. Toutefois, dans la mesure où ces coûts sont fonction de la «valeur

value as discussed herein, rather than the lower value arrived at by the trial judge.

IV. Conclusion

I would dismiss the appeal and the cross-appeal and affirm the judgment of the Federal Court of Appeal.

The judgment of Gonthier, Major, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

The rent for the Musqueam lands in the City of Vancouver came up for review in 1995. The parties, the Musqueam Indian Band (“Band”) who owns the land and the leaseholders who live on it, failed to negotiate a new rent. They submitted their dispute to the courts for resolution.

II. Facts

The Band surrendered part of their reserve in trust to the Crown in 1960 for the purpose of leasing. The Crown entered into a Master Agreement with the Musqueam Development Company Limited (not related to the Band) in 1965. Under the Master Agreement, the company was to subdivide and service the land by setting up such amenities as roads, sewers and water supply. Once the land was divided into serviced lots, the Crown provided the company with leases for each lot. The company assigned the leases to individuals, who built houses on the lots. The leaseholders paid a lump sum to the company and agreed to pay rent to the Minister on behalf of the Band. Most of the leases are dated May 16, 1966 and run for a term of 99 years from the date of the Master Agreement (June 8, 1965).

In 1980, the Crown transferred management authority to the Band so that the Band now receives the rent directly. The rents for the first

courante du terrain», j’utiliserais la valeur retenue dans les présents motifs, plutôt que la valeur inférieure à laquelle est arrivé le juge de première instance.

IV. Conclusion

Je rejetterais le pourvoi et le pourvoi incident, et je confirmerais l’arrêt de la Cour d’appel fédérale.

Version française du jugement des juges Gonthier, Major, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le loyer relatif aux terrains de la Bande de Musqueam situés dans la ville de Vancouver devait être révisé en 1995. Les parties, la Bande indienne de Musqueam («Bande») qui est propriétaire des terrains, et les preneurs à bail qui y vivent, n’ont pas réussi à négocier un nouveau loyer. Ils s’adressent aux tribunaux pour trancher leur différend.

II. Les faits

En 1960, la Bande a cédé en fiducie à la Couronne une partie de sa réserve aux fins de location. En 1965, la Couronne a conclu une entente cadre avec la Musqueam Development Company Limited (société sans lien avec la Bande). En vertu de cette entente, la société devait lotir le bien-fonds et le viabiliser, notamment en y aménageant des routes, des égouts et un aqueduc. Une fois le bien-fonds divisé en lots viabilisés, la Couronne a fourni à la compagnie des baux pour chaque lot. Cette dernière a cédé les baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Les preneurs à bail ont payé une somme forfaitaire à la société et ont accepté de verser un loyer au ministre au profit de la Bande. La plupart des baux sont datés du 16 mai 1966 et ont été signés pour une période de 99 ans à compter de la date de l’entente cadre (8 juin 1965).

En 1980, la Couronne a cédé le pouvoir de gestion à la Bande, de sorte que celle-ci reçoit maintenant le loyer directement. Pendant les trois

21

22

23

24

three 10-year periods are set in the leases at approximately \$300-\$400 per year. The rent first came up for review in June 1995, as it will again every 20 years thereafter. The leases stipulate that the annual rent is to be 6 percent of the "current land value". Below is a typical rent review provision:

2(1) YIELDING AND PAYING therefor, yearly, and every year in advance during the said term to the Minister a rent as follows:

- (a) for each year during the first ten years of the term, the sum of (\$298.00);
- (b) for each year during the second ten years of the term, the sum of (\$343.75);
- (c) for each year during the third ten years of the term, the sum of (\$375.00);

2(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

- (a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;
- (b) lands to which there is public access;
- (c) lands in a subdivided area, and
- (d) land which is zoned for single-family residential use,

and the foregoing assumption shall also be made in the case of any determination of the rent pursuant to the provisions of subparagraph (3) hereof.

2(3) In the event the Minister and the Lessee or its assignees cannot reach agreement on the rents to be paid in any of the succeeding periods as provided in subparagraph (2) above, the question shall be determined under the authority of paragraph (g) of subsection (1) of Section 18 of the Exchequer Court Act.

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subpar-

premières périodes de 10 ans, les loyers annuels prévus par les baux se situaient à environ 300 \$ à 400 \$ par année. Le loyer devait être révisé pour la première fois en juin 1995, comme il le sera à tous les 20 ans par la suite. Les baux stipulent que le loyer annuel doit correspondre à 6 pour 100 de la [TRADUCTION] «valeur courante du terrain». Voici un exemple type de clause de révision de loyer:

[TRADUCTION]

2(1) PAR CONSÉQUENT, le montant suivant doit être payé chaque année à l'avance au ministre:

- a) pour chaque année de la première période de dix ans, un montant de 298 \$;
- b) pour chaque année de la deuxième période de dix ans, un montant de 343,75 \$;
- c) pour chaque année de la troisième période de dix ans, un montant de 375 \$;

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois premières périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

- a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;
- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes.

2(3) Si le ministre et le preneur à bail ou les cessionnaires de celui-ci ne peuvent s'entendre sur les loyers à payer au cours de l'une des périodes successives selon le paragraphe (2) qui précède, la question sera tranchée en application de l'alinéa 18(1)g) de la Loi sur la Cour de l'Échiquier.

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode

agraph (2) hereof, shall be regarded as a “fair rent” for the purposes thereof. [Emphasis added.]

The parties cannot agree on the meaning of “current land value” in clause 2(4), or on the interpretation of “unimproved lands” in clause 2(2)(a). Under clause 2(3), the Band applied to the Federal Court, Trial Division for a determination of these issues.

III. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division* (1997), 137 F.T.R. 1

Rothstein J. found that “current land value” refers to “a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 unaffected by the terms of the current leases except for the prescribed assumptions in s. 2(2) of the current leases” (para. 40). He held that it is inappropriate to use the freehold value of the land because of the “unique” nature of Indian title. Indian title is inalienable. When legal title is vested in the Crown, it is encumbered by a fiduciary duty to the Indians. Neither the interest of the Crown (once Indian land is surrendered) nor that of the Indians in reserve land can be equated to a freehold estate in fee simple. The Musqueam land was only surrendered for leasing purposes. “Accordingly, it retains its character as land reserved for Indians with all of the benefits and limitations flowing from that character” (para. 36).

Because of the difficulties in appraising the value of land in the reserve, the trial judge accepted an indirect comparison with non-reserve land. He found that the fee simple value of off-reserve land was on average \$600,000 (upon which expert appraisers for both sides agreed). He used this as a benchmark to determine the actual value of Musqueam Park land, by discounting it by 50 percent “having regard to the long-term leasehold

énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes. [Je souligne.]

Les parties sont en désaccord sur le sens de l’expression «valeur courante du terrain» figurant au par. 2(4) ainsi que sur l’interprétation de l’expression «terrains non améliorés» figurant à l’alinéa 2(2)a). En vertu du par. 2(3), la Bande a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de statuer sur ces questions.

III. Les jugements

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL)

Le juge Rothstein estime que la «valeur courante du terrain» fait référence à «un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, lequel droit n’est pas touché par les conditions des baux actuellement en vigueur, sauf en ce qui a trait aux hypothèses prescrites au paragraphe 2(2) des baux en question» (par. 48). Il a jugé que, en raison de la nature «unique» du titre indien, il est inapproprié d’utiliser la valeur des terrains en tant que propriétés franches. Le titre indien est inaliénable. Lorsque le titre de propriété passe à la Couronne, il est alors grevé d’une obligation fiduciaire en faveur des Indiens. Ni le droit de la Couronne (une fois les terres indiennes cédées) ni les droits des Indiens à l’égard des terres de la réserve ne peuvent être assimilés à un domaine franc détenu en fief simple. Le territoire Musqueam a été cédé uniquement aux fins de location. «Par conséquent, il demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature» (par. 44).

En raison des difficultés que posait l’évaluation des terrains situés dans la réserve, le juge de première instance a accepté une comparaison indirecte avec des terrains situés à l’extérieur de la réserve. Il a estimé à 600 000 \$ (somme sur laquelle les évaluateurs experts des parties étaient tous d’accord) la valeur moyenne d’un terrain hors réserve détenu en fief simple (ou pleine propriété). Il a utilisé cette somme en tant que repère pour déterminer la valeur réelle du terrain du parc Musqueam et l’a réduite de 50 pour 100, «comme

25

26

interest and Indian reserve features” (para. 86). This works out to \$300,000 per average lot.

tenu des droits de tenure à bail à long terme s’y rattachant et du fait qu’il se trouve sur une réserve indienne» (par. 98). Il en résulte une valeur moyenne de 300 000 \$ par lot.

27 The 50 percent discount figure was arrived at by comparing the value of pre-paid leaseholds in Salish Park (also on the Musqueam Reserve) with West Side properties in the City of Vancouver. The Salish lots sold for roughly 50 percent less than the comparable West Side properties. The trial judge agreed with the appraiser who believed that the difference reflected the fact that the Salish properties were on the Musqueam Reserve.

Le chiffre de 50 pour 100 utilisé au titre de la réduction a été arrêté en comparant la valeur des propriétés à bail payées par anticipation du parc Salish (qui se trouvent également dans la réserve de Musqueam) et celle des propriétés situées dans la partie ouest (le «West Side») de la ville de Vancouver. Les lots situés dans Salish se vendaient à des prix inférieurs d’environ 50 pour 100 à ceux des propriétés comparables situées dans le West Side. Le juge de première instance a dit être d’accord avec l’opinion de l’évaluateur que la différence reflétait le fait que les propriétés du parc Salish se trouvaient dans la réserve de Musqueam.

28 The trial judge reasoned that land on the Musqueam Reserve has a lower value than neighbouring fee simple land not because of discriminatory considerations in the courts but because of the market. Furthermore, the lower value “is not significantly related to the leasehold aspect” (para. 57) of the land. Experts showed that at the start of a long-term lease, “there is no discernible difference between the value of leasehold and freehold interests” (para. 57). Rather, the difference between the value of Musqueam land and neighbouring fee simple land off the reserve is attributable to the “Indian reserve feature[s]” (para. 57) of the land.

Le juge de première instance a estimé que les terrains situés dans la réserve de Musqueam avaient une valeur inférieure à celle des terrains avoisinants détenus en fief simple non pas en raison de considérations qui seraient jugées discriminatoires devant les tribunaux, mais bien en raison du marché. En outre, la valeur inférieure «n’est pas liée de façon importante au [. . .] droit de tenure à bail» (par. 68) des terrains. Des experts ont démontré qu’au début d’une location à long terme, «il n’y a pas de différence perceptible entre la valeur d’un domaine à bail et celle d’un domaine franc» (par. 68). Au contraire, la différence entre la valeur du terrain de Musqueam et celle des terrains avoisinants détenus en fief simple en dehors de la réserve est attribuable au fait que ces propriétés «sont justement situées sur une réserve indienne» (par. 68).

29 On the issue of “unimproved land”, the trial judge found that the words “this agreement” in clause 2(2)(a) referred to the Master Agreement, at the time of which the land was not serviced. “Unimproved” therefore means without servicing, not just without buildings. This is only one of several arguments for his decision to deduct the cost

Relativement à la question des «terrains non améliorés», le juge de première instance a estimé que les mots «la présente entente» figurant à l’al. 2(2)a) faisaient référence à l’entente cadre, qui a été conclue au moment où les terrains n’étaient pas viabilisés. L’expression «non améliorés» signifie donc non viabilisés, et non pas seulement non bâtis. Il ne s’agit que de l’un des nombreux arguments sur lesquels s’est fondé le juge de première instance pour déduire de la valeur courante des

of servicing, found to be \$117,818 per lot, from the current land value.

B. *Federal Court of Appeal*, [1999] 2 F.C. 138

The Federal Court of Appeal found that “current land value” refers to the value of the land held in fee simple with no reduction for the “Indian reserve factor”. This interpretation of the leases better reflects the parties’ intention. The leases do not say “current leasehold value” or as in *Leighton v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198, the value of “the land leased on the terms and conditions contained in this lease” (para. 19). It was an error by the trial judge to focus on the interest of the lessees as opposed to focussing on the land value itself.

The Band could surrender the land to the Crown for sale were it not subject to the long-term leases. Its sale price would be the fee simple value of the land. The distinction between reserve land and land held in fee simple was “not relevant to the valuation of the current land value for purposes of rent review” (para. 30). According to Sexton J.A., “the value of the asset for the purpose of determining the lease is not affected by the decision to lease. In my view, the fact that the land could be sold is fatal to the contention that it should be valued at anything other than its freehold value” (para. 32). The court concluded that “the parties intended the ‘current land value’ to mean the freehold value of the land To hold that the land’s value is in any way diminished by the fact that the land is reserve land imports an element into the Aboriginal context which is irrelevant in the present context” (para. 36).

Rent review, unless the contract is drafted to the contrary, is generally based on freehold market value. The Federal Court of Appeal also considered a series of leasing cases concerning Aboriginal land. Some of these leases specifically provide that the rent is to be based on comparable on- or off-reserve properties. The court found that the

terrains les frais de viabilisation, qui s’élevaient selon lui à 117 818 \$ par lot.

B. *Cour d’appel fédérale*, [1999] 2 C.F. 138

La Cour d’appel fédérale a conclu que la «valeur courante du terrain» faisait référence à la valeur du terrain détenu en fief simple, sans réduction afférente au «facteur applicable à une réserve indienne». Cette interprétation des baux reflète mieux l’intention des parties. Les baux ne disent pas «valeur courante de la propriété à bail» ou, comme dans l’affaire *Leighton c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198, la valeur «des terres louées selon les modalités du présent bail» (par. 19). Le juge de première instance a commis une erreur en mettant l’accent sur l’intérêt des preneurs à bail plutôt que sur la valeur du terrain lui-même.

La Bande pourrait céder les terrains à la Couronne aux fins de vente s’ils ne faisaient pas l’objet des baux à long terme. Le prix de vente serait égal à la valeur des terrains détenus en fief simple. La distinction entre un terrain situé dans une réserve et un terrain détenu en fief simple n’est «pas pertinent[e] quant à l’évaluation de la valeur courante du terrain pour les fins de la révision du loyer» (par. 30). Selon le juge Sexton, «la valeur qui doit servir à déterminer le loyer n’est pas touchée par la décision de louer. À mon avis, le fait que le terrain puisse être vendu fait échec à la prétention selon laquelle il devrait être évalué autrement qu’à partir de sa valeur comme propriété franche» (par. 32). La Cour d’appel fédérale a jugé que «les parties avaient l’intention que l’expression «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. [. . .] Soutenir que la valeur du terrain est d’une quelconque façon diminuée du fait qu’il est situé sur une réserve introduit un élément dans le contexte autochtone qui n’est pas pertinent en l’espèce» (par. 36).

Sauf stipulation contraire du contrat, la révision du loyer est généralement basée sur la valeur marchande du terrain détenu en propriété franche. La Cour d’appel fédérale a également examiné une série de décisions en matière de location de terres autochtones. Certains des baux en cause précisent que le loyer doit être basé sur la valeur de

30

31

32

terms of the lease should be respected; where trial judges have refused to enforce a lease that specifies that the off-reserve land value is to be used in the rent review, they were in error. Ultimately, however, leasing cases are not “particularly useful in that they essentially turn on the construction of the words employed in each lease in question” (para. 44).

propriétés comparables situées dans la réserve ou hors de la réserve. La Cour d’appel a estimé que les modalités du bail devaient être respectées; lorsque des juges de première instance ont refusé d’appliquer un bail qui précisait que la valeur de terrains situés hors de la réserve devait être utilisée, ils ont fait erreur. En définitive, toutefois, les affaires de location ne sont pas «particulièrement utiles étant donné qu’elles s’appuient essentiellement sur l’interprétation des mots employés dans chacun des baux en question» (par. 44).

33

On the issue of reasonable rent increases, the Federal Court of Appeal noted that it is misleading to focus on the percentage increase to determine if rent is reasonable. When reserve land values have been set below market prices, increases to market value appear unreasonable. Undervaluing native land to protect lessees creates a vicious cycle because the next time the rent comes up for review, a large percentage increase will seem unreasonable. The court found that earlier Aboriginal leasing cases often relied incorrectly on the belief that “Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market” (para. 70). Rather,

Sur la question des augmentations raisonnables de loyer, la Cour d’appel a souligné qu’il était trompeur de mettre l’accent sur le pourcentage d’augmentation pour déterminer si le loyer est raisonnable. Lorsque la valeur des terrains situés dans une réserve a été fixée sous le prix du marché, les augmentations qui la font passer à la valeur marchande paraissent déraisonnables. Le fait de sous-évaluer des terres autochtones en vue de protéger les preneurs à bail crée un cercle vicieux puisque, au moment de la révision du loyer, une forte augmentation en pourcentage semblera déraisonnable. La Cour d’appel fédérale a jugé que les affaires antérieures en matière de location de terres autochtones étaient souvent fondées à tort sur la prémisse qu’«une terre indienne ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d’une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert» (par. 70). Au contraire,

[i]n the absence of words to the contrary, the valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-established practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified this in the lease. [para. 71]

[e]n l’absence de mots à l’effet contraire, la valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d’autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s’appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l’intention de s’écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l’objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d’échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire. [par. 71]

In conclusion, the Federal Court of Appeal accepted the trial judge’s determination that the hypothetical fee simple value of the average lot was \$600,000. This amount represented the “cur-

En conclusion, la Cour d’appel fédérale a accepté la décision du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en fief simple s’élevait à 600 000 \$. Cette

rent land value” referred to in the leases; the 50 percent reduction in value imposed by the trial judge was an error. On the issue of servicing, the court agreed with the trial judge, but increased the servicing costs to reflect the higher land value they found.

IV. Issues

1. What is the meaning of “current land value” in the Musqueam rent review clause 2(4)?

2. What is the meaning of “unimproved” and “this agreement” in clause 2(2)(a) of the leases?

V. Analysis

A. *Construction of the Leases*

I find that “current land value” in the rent review clause refers to fee simple or freehold as opposed to leasehold value, but that it refers to freehold on the reserve, not off the reserve. A freehold value for the Musqueam lands must be hypothetical because there is no such thing as freehold title on a reserve. But this does not mean that this hypothetical value cannot be assessed and then serve its function in the rent review calculation.

Unless the parties specify otherwise, the meanings of “land” and of “value” are well established in law. When land is sold, “land” refers to “a right to receive a good title in fee simple” unless the agreement states otherwise (*Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68, at p. 71). “Land” is not given a special meaning in the Musqueam leases; in particular, it is not defined as a 99-year leasehold interest in the property under the lease.

somme représentait la «valeur courante du terrain» visé par le bail; la réduction de 50 pour 100 de la valeur imposée par le juge de première instance constituait une erreur. Sur la question des frais de viabilisation, la Cour d’appel fédérale a exprimé son accord avec le juge de première instance, mais elle a haussé ces frais pour refléter la valeur plus élevée des terrains qu’elle a retenue.

IV. Les questions en litige

1. Quelle est la signification de l’expression «valeur courante du terrain» figurant au par. 2(4) des baux, savoir la clause de révision du loyer payable à la Bande?

2. Quelle est la signification des expressions «non améliorés» et «la présente entente» figurant à l’al. 2(2)a) des baux?

V. Analyse

A. *L’interprétation des baux*

J’estime que la «valeur courante du terrain» mentionnée dans la clause de révision du loyer s’entend de la valeur du terrain en tant que propriété franche ou en fief simple par opposition à sa valeur comme propriété à bail, mais qu’il s’agit de la valeur en tant que propriété franche dans la réserve, et non à l’extérieur de celle-ci. La valeur en tant que propriété franche des terrains de Musqueam ne peut être qu’une valeur hypothétique, puisque le titre franc n’existe pas dans une réserve. Cependant, cela ne signifie pas que cette valeur hypothétique ne peut pas être déterminée et ensuite utilisée dans le calcul de la révision du loyer.

Sauf stipulation contraire des parties, le sens des mots «terrain» et «valeur» est bien établi en droit. Lorsqu’un terrain est vendu, le mot «terrain» s’entend du [TRADUCTION] «droit de recevoir un titre en fief simple valable», sauf stipulation contraire de l’accord (*Ball c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68, à la p. 71). Aucun sens spécial n’est donné au mot «terrain» dans les baux de Musqueam; en particulier, il n’est pas défini comme un intérêt à bail de 99 ans sur la propriété visée par le bail.

34

35

36

37

“Value” in real estate law generally means the fair market value of the land, which is based on what a seller and buyer, “each knowledgeable and willing,” would pay for it on the open market. See *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.), at p. 180; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 205, and *Sun Life Assurance Co. of Canada v. City of Montreal*, [1950] S.C.R. 220.

38

Market value generally is the exchange value of land, rather than its use value to the lessee. This distinction was articulated in *Bullock’s, Inc. v. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958), at p. 188, where the lease “calls for a determination of the value of the land, not the value of the use of the land for any particular purpose”. Land is valued without regard to the tenant’s interest in it, for it does not reduce the land’s exchange value if the tenant chooses not to use the land for its highest use. This case has been cited in Canada (e.g., *Revenue Properties, supra*) and the principle is part of Canadian law. It was applied in *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, F.C.T.D., No. T-1478-71, September 15, 1972, at p. 19, which was followed in *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (QL) (T.D.), at para. 9. Most recently, in *No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. viii, the majority of the British Columbia Court of Appeal held at p. 281 that the specific terms of a lease were not relevant when determining “fair market value of the Leased Premises as bare land” (emphasis added) for a rent review.

39

Like the Musqueam leases, the lease in *Bullock’s, supra*, referred only to land value. The court held that if the parties “had intended anything *other than* market value, they would have

En droit immobilier, le mot «valeur» signifie généralement la juste valeur marchande du terrain, laquelle est fondée sur le prix dont un vendeur et un acheteur, [TRADUCTION] «tous deux bien informés et consentants», conviendraient pour le terrain sur un marché libre. Voir *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), à la p. 180; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 205; et *Sun Life Assurance Co. of Canada c. City of Montreal*, [1950] R.C.S. 220.

La valeur marchande est généralement la valeur d’échange du terrain plutôt que sa valeur au titre de l’usage pour le preneur à bail. Cette distinction a été exprimée dans l’affaire *Bullock’s, Inc. c. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958), à la p. 188, où le bail [TRADUCTION] «prévoit la détermination de la valeur du terrain, et non pas de la valeur de l’utilisation du terrain à une fin particulière». Le terrain est évalué sans égard à l’intérêt du preneur à bail dans celui-ci, car sa valeur d’échange n’est pas réduite même si le preneur décide de ne pas en faire l’utilisation optimale. Cette décision a été mentionnée dans différentes affaires (par exemple *Revenue Properties, précitée*), et ce principe fait partie du droit canadien. Il a été appliqué dans l’affaire *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, C.F. 1^{re} inst., n^o T-1478-71, 15 septembre 1972, à la p. 19, qui a été suivie dans *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n^o 417 (QL) (1^{re} inst.), au par. 9. Plus récemment, dans *No. 100 Sail View Ventures Ltd. c. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 2 R.C.S. viii, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé, à la majorité, à la p. 281, que les conditions particulières d’un bail n’étaient pas pertinentes pour déterminer [TRADUCTION] «la juste valeur marchande des lieux loués comme terrain nu» (je souligne) aux fins de révision du loyer.

Tout comme les baux de Musqueam, le bail en cause dans l’affaire *Bullock’s, précitée*, ne faisait état que de la valeur du terrain. La cour a jugé que, si les parties [TRADUCTION] «avaient eu l’intention

said so expressly” (p. 189 (emphasis in original)). This is true of the Musqueam leases as well. The leases do not refer to “current leasehold value” or to “the value of the land leased on the terms and conditions contained in this lease” as did the lease on reserve land in *Leighton, supra*. In the absence of any indication that the leasehold value is to be used to set the rent, “current land value” means freehold value.

The economic rationale for determining rent as a percentage of land value articulated by the Federal Court of Appeal is sound. As they explained at para. 20, “it is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent”. They accepted the view of Steele J. that “the fixing of rent for long term leases as a percentage of the market value of the land is a formula by which a conservative investor expects to receive, in return for accepting a modest return on his investment, a maximum of certainty and a minimum of risk” (*Revenue Properties, supra*, at p. 180). The rent represents the true return on the market value of the land. “It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease” (para. 20). The economic rationale of seeking a return on a capital asset through rent review clauses is recognized in Canadian law, in American law (*Bullock’s, supra*, at p. 189) and in English law (R. E. Megarry and W. Wade, *The Law of Real Property* (6th ed. 2000), at para. 14-246, citing *British Gas Corp. v. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398 (Ch. D.), at p. 401).

Valuing the Musqueam land at its freehold value is consistent with an interpretation of the leases that sees the rent review clause as an attempt to

qu’une valeur *différente* de la valeur marchande soit utilisée, elles l’auraient dit expressément» (p. 189 (en italique dans l’original)). Il en va de même pour les baux de Musqueam. Les baux ne parlent pas de la «valeur courante de la propriété à bail» ou de «la valeur des terres louées selon les modalités du présent bail» comme le faisait le bail portant sur les terres de la réserve dans l’affaire *Leighton*, précitée. En l’absence d’indication selon laquelle la valeur du terrain comme propriété à bail doit être utilisée pour fixer le loyer, la «valeur courante du terrain» signifie sa valeur comme propriété franche.

La justification d’ordre économique invoquée par la Cour d’appel fédérale pour fixer le loyer selon un pourcentage de la valeur du terrain est bien fondée. Comme l’a expliqué la cour, au par. 20, «il est depuis longtemps d’usage dans les baux à long terme d’utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel». Elle a accepté l’opinion du juge Steele que [TRADUCTION] «le fait, dans les baux à long terme, de fixer le loyer selon un pourcentage de la valeur marchande du terrain constitue une formule par laquelle un investisseur prudent s’attend, en contrepartie d’un rendement modeste sur son investissement, à un maximum de certitude et à un minimum de risques» (*Revenue Properties*, précité, à la p. 180). Le loyer constitue le véritable rendement sur la valeur marchande du terrain. «[Cette méthode] tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d’intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l’objet d’un bail à long terme» (par. 20). Le bien-fondé économique du fait de chercher à tirer un revenu d’une immobilisation au moyen de clauses de révision du loyer est reconnu en droit canadien, en droit américain (*Bullock’s*, précité, à la p. 189) et en droit anglais (R. E. Megarry et W. Wade, *The Law of Real Property* (6^e éd. 2000), au par. 14-246, citant *British Gas Corp. c. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398 (Ch. D.), à la p. 401).

Le fait d’évaluer les terrains Musqueam selon leur valeur en tant que propriétés franches est conforme à l’interprétation des baux voulant que la

generate an annual fair market return on a capital asset. The freehold value better approximates this return than does the leasehold value. But this reasoning does not lead to the Federal Court of Appeal's conclusion that it must be the freehold value of land outside the reserve that should be used to determine the rent. On the contrary, the capital asset here is reserve land surrendered for leasing, not land surrendered for sale. The nature of the capital asset at issue is reserve land.

clause de révision du loyer vise à tirer un juste rendement annuel d'une immobilisation. La valeur des terrains en tant que propriétés franches permet davantage d'obtenir un tel rendement que ne le fait la valeur des terrains en tant que propriétés à bail. Mais ce raisonnement n'amène pas à conclure, à l'instar de la Cour d'appel fédérale, qu'il faille utiliser la valeur de terrains situés à l'extérieur de la réserve en tant que propriétés franches pour déterminer le loyer. Au contraire, l'immobilisation en cause dans la présente affaire est constituée de terrains situés dans une réserve qui ont été cédés pour être loués et non pour être vendus. La nature de l'immobilisation en cause consiste en des terrains situés dans une réserve.

42 Some leases on reserves specify that off-reserve land values go directly into the rent calculation. In *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, and in *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.), for example, the leases require that comparison properties be "similar in area and character, but situate outside of the Reserve". Where the lease is clear, the Federal Court of Appeal is correct to insist that the courts adhere to the lease when determining rents. The Musqueam leases, however, do not specify that off-reserve land values should be used in the rent review formula.

Certains baux portant sur des terrains situés dans une réserve précisent que la valeur de terrains situés hors de la réserve sert directement au calcul du loyer. Dans *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, et dans *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1^{re} inst.), par exemple, les baux exigeaient que les propriétés servant à la comparaison soient «de dimensions et de nature similaires mais situé[es] à l'extérieur de la réserve». Dans les cas où le texte du bail est clair, la Cour d'appel fédérale a raison d'insister pour que les tribunaux s'y conforment lorsqu'ils déterminent le loyer. Toutefois, les baux de Musqueam ne précisent pas que la valeur de terrains situés hors de la réserve doit être utilisée dans la formule de révision du loyer.

43 To find that off-reserve values should be used, the Federal Court of Appeal reasoned, in essence, that market value is established through the sale of land, and that once reserve land is sold it loses its reserve features, so that the relevant market is that for non-reserve land. With respect, I find this reasoning circular. The hypothesis of sale is taken as changing the nature of the land appraised from land on reserve to land off reserve, whereas the hypothetical used to establish market value in the

Pour conclure que la valeur des terrains situés hors d'une réserve devait être utilisée, la Cour d'appel fédérale a essentiellement raisonné que la valeur marchande est établie par la vente du terrain et qu'une fois qu'un terrain situé dans une réserve est vendu, il perd les attributs que lui conférerait le fait d'être situé dans la réserve, de sorte que le marché pertinent est celui des terrains non situés dans une réserve. En toute déférence, j'estime qu'il s'agit d'un raisonnement circulaire. On considère que l'hypothèse de la vente a pour effet de faire passer la nature du terrain évalué de terre située dans une réserve à terre située hors d'une réserve, alors que l'hypothèse utilisée pour établir la valeur

absence of an actual market should reflect the land as it is in its actual circumstances.

Interpreting “current land value” as the value of reserve land is consistent with the economic rationale identified above. It is land which is part of the reserve that the Band owns as a capital asset. Although the Band could surrender the land for sale, thereby excluding it from the reserve (and presumably achieve market prices for non-reserve land), it has not chosen to do so. The asset it holds is reserve land, for which it must accept the realities of the market. Thus, in my view, the leases in stipulating “current land value” refer to the value of freehold land on the reserve.

B. *Appraising the Freehold Value*

It is difficult to appraise the value of a hypothetical fee simple interest on the Musqueam reserve. The trial judge found as a fact that the fee simple value of comparable lands off the reserve was \$600,000 on average, and this finding was not disturbed by the Federal Court of Appeal. This figure was also accepted by expert appraisers for both parties; I accept it as well.

As I have explained above, the leases require the court to assess the value of a hypothetical fee simple ownership on the reserve. This value must reflect the legal restrictions on the land and market conditions. One cannot simply assume that either legal restrictions or market conditions are the same for reserve land as for off-reserve land. In fact, the legal restrictions on the reserve land differ from those on the comparable areas of Vancouver. So too the market may respond differently to Musqueam reserve land than it does to land off the reserve. To give effect to the leases, the land value

marchande en l’absence d’un véritable marché devrait refléter la situation réelle du terrain.

Interpréter la «valeur courante du terrain» comme étant la valeur d’un terrain situé dans une réserve est conforme à la justification économique mentionnée plus tôt. Il s’agit de terrains faisant partie de la réserve et que la Bande possède à titre d’immobilisation. La Bande aurait pu céder les terrains pour qu’ils soient vendus, les excluant ainsi de la réserve (pour obtenir vraisemblablement le prix du marché applicable aux terrains situés à l’extérieur de la réserve), mais elle a décidé de ne pas le faire. L’élément d’actif qu’elle détient consiste en des terrains situés dans une réserve, pour lesquels elle doit accepter les réalités du marché. Je suis donc d’avis que la stipulation des baux concernant la «valeur courante du terrain» fait référence à la valeur des terrains en tant que propriétés franches situées dans la réserve.

B. *Évaluation de la valeur des terrains en tant que propriétés franches*

Il est difficile d’évaluer la valeur d’un intérêt en fief simple hypothétique dans la réserve de Musqueam. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que la valeur de terrains comparables détenus en fief simple et situés hors de la réserve s’élevait en moyenne à 600 000 \$, et cette conclusion n’a pas été modifiée par la Cour d’appel fédérale. Ce chiffre a aussi été accepté par les évaluateurs experts des parties; je l’accepte également.

Comme je l’ai expliqué précédemment, suivant les baux, la cour doit déterminer la valeur d’une hypothétique propriété en fief simple dans la réserve. Cette valeur doit refléter et les restrictions légales attachées aux terrains et les conditions du marché. Il est impossible de simplement supposer que les restrictions légales ou les conditions du marché sont les mêmes pour les terrains situés dans une réserve que pour ceux situés hors d’une réserve. En fait, les restrictions légales attachées aux terrains de la réserve diffèrent de celles visant les secteurs comparables de Vancouver. De plus, le marché peut réagir différemment à l’égard d’un terrain de la réserve de Musqueam qu’il ne le fait à

44

45

46

in the rent review clause must pertain to the actual land in question.

47 Legal restrictions on land use, as opposed to restrictions found in the lease, may affect the market value of freehold property. In *Revenue Properties, supra*, at p. 182, the court held that “[a]ll applicable statutes and laws relating to use such as zoning by-laws must be considered” when assessing land value. All three appraisers in the case at bar considered legal restrictions on land use, chiefly zoning, in their reports. This is consistent with professional appraisal practice in Canada. To determine land value, whether as vacant or as improved, the appraiser (unless otherwise instructed by the lease) considers the highest and best use that is “legally permissible, physically possible, financially feasible, and maximally productive”. Legal impediments include “[p]rivate restrictions, zoning, building codes, historic district or other non-zoning land use controls, and environmental regulations” (Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 270).

48 The legal restrictions on land use imposed by a band on its land are analogous to land laws imposed by a municipal government. As the Federal Court of Appeal held in *The Queen v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656, at p. 719, which happened to concern the Musqueam Band, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, “confers on the Minister, the Governor in Council, and the band council certain powers of a local government nature for the management of the reserve”. Subject to the *Indian Act*, the band council has some legislative powers to enact its own laws. Under s. 83, for example, this Band has enacted the *Musqueam Indian Band*

l’égard d’un terrain situé hors de la réserve. Pour donner effet au bail, la valeur du terrain utilisée dans la clause de révision du loyer doit correspondre au terrain en question.

Les restrictions légales en matière d’utilisation du territoire, par opposition aux restrictions prévues par le bail, peuvent influencer la valeur marchande d’une propriété franche. Dans l’affaire *Revenue Properties*, précitée, à la p. 182, le tribunal a conclu que [TRADUCTION] «[t]outes les lois et autres règles de droit régissant l’utilisation du territoire, comme les règlements de zonage, doivent être prises en considération» dans la détermination de la valeur du terrain. En l’espèce, les trois évaluateurs ont tenu compte dans leurs rapports des restrictions légales en matière d’utilisation du territoire, principalement du zonage. Cette façon de faire est conforme à la pratique des évaluateurs professionnels au Canada. Pour déterminer la valeur d’un terrain, qu’il soit vacant ou amélioré, l’évaluateur (sauf stipulation contraire du bail) tient compte de l’utilisation optimale qui est [TRADUCTION] «légalement autorisée, physiquement possible et financièrement réalisable, et qui permet une productivité maximale». Parmi les empêchements d’ordre légal, mentionnons [TRADUCTION] «[l]es restrictions de nature privée, le zonage, les codes du bâtiment, les arrondissements historiques ou les autres mesures de contrôle de l’utilisation du territoire non liées au zonage, ainsi que les règlements environnementaux» (Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 270).

Les restrictions imposées par une bande en matière d’utilisation de son territoire sont analogues à la réglementation en la matière établies par les administrations municipales. Comme a conclu la Cour d’appel fédérale dans *La Reine c. Guerin*, [1983] 2 C.F. 656, à la p. 719, qui concernait justement la Bande de Musqueam, la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, «attribue au ministre, au gouverneur en conseil et au conseil de bande, certains pouvoirs d’administration de la réserve qui participent de la nature d’un gouvernement local». Sous réserve des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, les conseils de

Assessment By-Law and the Musqueam Indian Band Taxation By-Law. The decision about whether to surrender reserve land for leasing or for sale is a formal decision made by the Band under ss. 37-39 of the *Indian Act*. The decision derives from legislative power, and is not analogous to restrictions on land contained in a lease, which are based on contract. The legal environment on a reserve should therefore be taken into account when appraising the land's value. Of course, like municipal zoning, band restrictions could either increase or decrease land value depending on how the market responds to them. In *Devil's Gap Cottages*, *supra*, Strayer J. (as he then was) noted that favourable zoning on that reserve increased its value dramatically over non-reserve land.

Like the trial judge, I am therefore of the opinion that the fee simple off-reserve value cannot simply be transposed to the Musqueam land. The chief difficulty in assessing the value of the Musqueam land is that there can be no actual market for the value expressed in the leases. As soon as reserve land is surrendered for sale, it loses its reserve features. There can therefore be no such thing as fee simple title on reserve land. To approximate it, one must use a hypothetical value. In this case, the value can be determined by adapting the off-reserve value to take into account the actual features of the land and of the market.

Because the direct comparison approach to land appraisal is not available here, the trial judge took

bande disposent de certains pouvoirs de réglementation. En vertu de l'art. 83, par exemple, la bande en cause a pris les règlements administratifs intitulés *Musqueam Indian Band Assessment By-Law* et *Musqueam Indian Band Taxation By-Law*. La décision de céder des terres faisant partie d'une réserve aux fins de vente ou de location doit être prise formellement par la bande concernée en application des art. 37 à 39 de la *Loi sur les Indiens*. Une telle décision découle de pouvoirs d'ordre législatif et n'est pas analogue aux restrictions en matière d'utilisation du territoire prévues par un bail, restrictions qui sont, elles, de nature contractuelle. Le contexte juridique d'une réserve doit donc être pris en considération dans l'appréciation de la valeur des terres qui en font partie. Évidemment, tout comme les règlements de zonage des municipalités, les restrictions imposées par une bande peuvent faire augmenter ou diminuer la valeur des terrains selon la réaction du marché à l'égard de ces restrictions. Dans l'affaire *Devil's Gap Cottages*, précitée, le juge Strayer (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) a souligné que le zonage favorable en vigueur dans cette réserve avait pour effet de faire augmenter considérablement sa valeur par rapport aux terrains non situés dans la réserve.

À l'instar du juge de première instance, je suis donc d'avis que la valeur des terrains hors réserve détenus en fief simple n'est tout simplement pas transposable aux terrains de Musqueam. La principale difficulté liée à l'évaluation des terrains de Musqueam est le fait qu'il ne saurait exister de marché réel eu égard à la valeur exprimée dans les baux. Dès qu'un terrain d'une réserve est cédé pour être vendu, il perd les attributs que lui conférerait le fait qu'il était situé dans une réserve. Un titre en fief simple sur un terrain situé dans une réserve est donc quelque chose qui ne peut exister. Pour s'en approcher, il faut utiliser une valeur hypothétique. En l'espèce, cette valeur peut être déterminée en ajustant la valeur de terrains hors réserve pour tenir compte des caractéristiques réelles des terrains et du marché.

Puisque la technique de la parité ne peut pas être appliquée en l'espèce pour déterminer la valeur

the fee simple value for comparable non-reserve land of roughly \$600,000 per lot. He then found at para. 86 that “[t]he actual value of such serviced land having regard to the long-term leasehold interest and Indian reserve features pertaining to it would be approximately 50% of the fee simple values”.

51

The trial judge derived the 50 percent rate from a comparison of the sale of 99-year pre-paid leasehold interests in another subdivision on the Musqueam reserve, Salish Park, to comparable off-reserve properties. The Salish Park properties were worth 50 percent less than the comparables. Because the leasehold and reserve features are similar for Salish Park and for Musqueam Park, the trial judge found that the 50 percent rate was transportable, and applied it to the Musqueam comparables.

52

The Salish properties are leasehold, not freehold, interests. Discounting the land because of its leasehold features is an error in law for, as I have explained above, “current land value” means freehold and not leasehold value. But this distinction does not significantly affect the market value of the land. The trial judge accepted the appraisers’ shared view that at the start of a long-term lease, “there is no discernable difference between the value of leasehold and freehold interests” (para. 57). On the basis of the cross-examination of the appraisers, including the appraiser for the Band, the trial judge also established that the Salish Park leases were “a good proxy” (para. 67) for the Musqueam leases notwithstanding the fact that the unexpired term was only 78 years and not 99 years. It is worth noting that the amount of the reduction of 50 percent was not disputed before this Court. There were no submissions on the point. Although I would not disturb the trial judge’s finding of a 50 percent reduction in this case, it does not follow that land on a reserve will

des terrains, le juge de première instance s’est basé sur la valeur d’un terrain hors réserve comparable détenu en fief simple, soit environ 600 000 \$ par lot. Il a ensuite estimé, au par. 98, que «[l]a valeur réelle de ce terrain viabilisé, compte tenu des droits de tenure à bail à long terme s’y rattachant et du fait qu’il se trouve sur une réserve indienne, correspondrait à environ 50% de la valeur qu’il atteindrait comme propriété en fief simple».

Le juge de première instance a tiré le taux de 50 pour 100 d’une comparaison de la vente d’intérêts à bail de 99 ans, payés par anticipation, situés dans un autre lotissement de la réserve de Musqueam, le parc Salish, avec la vente de propriétés comparables hors de la réserve. La valeur des propriétés du parc Salish était inférieure de 50 pour 100 à celle des propriétés comparables. Puisque la tenure à bail et le fait d’être situées dans une réserve sont des facteurs communs aux propriétés du parc Salish et à celles du parc Musqueam, le juge de première instance a estimé que le taux de 50 pour 100 était transposable, et il l’a appliqué aux propriétés de Musqueam comparables.

Les propriétés de Salish sont des intérêts à bail et non des intérêts francs. Le fait de réduire la valeur du terrain parce qu’il possède les attributs d’un intérêt à bail constitue une erreur de droit, car, comme je l’ai expliqué précédemment, la «valeur courante du terrain» signifie sa valeur en tant que propriété franche et non comme propriété à bail. Cependant, cette distinction n’a pas d’effet appréciable quant à la valeur marchande du terrain. Le juge de première instance a accepté l’opinion commune des évaluateurs selon laquelle, au début d’un bail à long terme, «il n’y a pas de différence perceptible entre la valeur d’un domaine à bail et celle d’un domaine franc» (par. 68). À la lumière du contre-interrogatoire des évaluateurs, y compris celui de la Bande, le juge de première instance a également reconnu que les baux du parc Salish constituaient «un bon point de comparaison» (par. 78) pour ceux de Musqueam, malgré le fait que les premiers avaient un terme à courir de 78 ans seulement plutôt que de 99 ans. Il convient de signaler que l’ampleur de la réduction, soit 50 pour

necessarily bear that discount. It will be a question of fact what, if any, discount should be applied.

I find no error in the trial judge's findings on this question of fact, and agree that in 1995, the 50 percent reduction in value reflected the market value of the Musqueam reserve land. The trial judge accepted the evidence of the professional appraisers who testified at trial (both Mr. Johnston for the Band and Mr. Oikawa for the leaseholders, as well as the City of Vancouver Assessor Mr. Jones) who all agreed that uncertainty lowered the market price of the Musqueam lands. This fact cannot be dismissed or ignored. In the future, the market may respond differently. But when the market perceives uncertainty, it is cold comfort to the lessor to believe that the lessees' fears are unwarranted. The market value of the Musqueam lands in 1995 having been found to be 50 percent of that of comparable off-reserve lots, the rent should be based on this value as being their current land value under the terms of the leases.

C. *Servicing Costs*

The leases list four factors in the rent review section which are to be taken into account in determining the "current land value." Clause 2(2)(a) requires that one assume that the lands are "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement". The Band cross-appeals on the meaning of "this agreement" and on whether "unimproved" means simply without buildings or whether it means without services as well. If the latter, some amount must be deducted

100, n'a pas été contestée devant notre Cour. Aucune observation n'a été présentée sur ce point. Quoique je n'entende pas modifier la conclusion du juge de première instance quant au bien-fondé d'une réduction de 50 pour 100 en l'espèce, il ne s'ensuit pas que ce chiffre s'applique nécessairement aux terres situées dans les réserves. La question de l'ampleur de la réduction qui devrait être appliquée, voire de l'opportunité d'une réduction, est une question de fait.

Je ne vois aucune erreur dans les conclusions du juge de première instance sur cette question de fait, et j'accepte que, en 1995, la réduction de 50 pour 100 de la valeur reflétait la valeur marchande des terrains de la réserve de Musqueam. Le juge de première instance a accepté la preuve des évaluateurs professionnels qui ont témoigné au procès (M. Johnston pour la Bande, M. Oikawa pour les preneurs à bail, de même que M. Jones, l'évaluateur de la ville de Vancouver), lesquels étaient tous d'accord sur le fait que l'incertitude faisait baisser la valeur marchande des terrains de Musqueam. On ne peut pas écarter ce fait ni en faire abstraction. Il est possible que, dans le futur, le marché réagisse différemment. Mais, lorsque le marché ressent de l'incertitude, c'est une bien piètre consolation pour le bailleur de se dire que les craintes des preneurs à bail sont injustifiées. Puisqu'il a été jugé que la valeur marchande des terrains de Musqueam en 1995 était inférieure de 50 pour 100 à celle de lots comparables hors de la réserve, le loyer doit être basé sur cette valeur, à titre de valeur courante au sens des conditions des baux.

C. *Les frais de viabilisation*

Dans la partie portant sur la révision du loyer, les baux énumèrent quatre facteurs qui doivent être pris en considération dans la détermination de la [TRADUCTION] «valeur courante du terrain». Aux termes de l'al. 2(2)a), il faut présumer que les terrains sont [TRADUCTION] «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente». La Bande interjette un pourvoi incident relativement à la signification de l'expression «la présente entente» et à la question de savoir si l'expression «non améliorés» signifie simplement non bâtis ou si elle signifie également

from the “current land value” notionally to return the land to its unserviced condition.

55

The debate in the courts below about whether “this agreement” refers to the Master Agreement or to the leases turns out to be irrelevant, given my decision on the meaning of “unimproved” land. On the basis of the plain meaning of the word “unimproved” and of its use in the leases, I conclude that “unimproved lands” means “unserviced” lands, not just lands without buildings. As the Federal Court of Appeal noted, “*Black’s Law Dictionary*, 6th ed., (at page 757) defines ‘improved land’ as ‘(r)real estate whose value has been increased by landscaping and the addition of sewers, roads, utilities, and the like’. Similarly, the term ‘improvement’ generally refers ‘to buildings, but may also include any permanent structure or other development, such as a street, sidewalks, sewers, utilities, etc.’” (para. 87). In *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657 (H.C.), the court found that the word “unimproved” in the context of the *Assessment Act* related to the “ordinary and natural” meaning of “improvement” as in “making... better” (p. 661). The court rejected “the contention that unimproved land as distinguished from improved land means land without buildings erected thereupon” (p. 662).

non viabilisés. Dans ce dernier cas, il faudrait déduire une certaine somme de la «valeur courante du terrain» pour remettre théoriquement le terrain dans l’état où il était avant d’être viabilisé.

Le débat devant les juridictions inférieures au sujet de la question de savoir si l’expression «la présente entente» réfère à l’entente cadre ou aux baux perd sa pertinence compte tenu de ma décision sur le sens de l’expression terrains «non améliorés». À la lumière du sens ordinaire du terme «non améliorés» et de son utilisation dans les baux, j’en arrive à la conclusion que l’expression «terrains non améliorés» s’entend de terrains «non viabilisés», et non pas seulement de terrains non bâtis. Comme l’a souligné la Cour d’appel, «le *Black’s Law Dictionary*, 6^e éd., (à la page 757), définit l’expression [TRADUCTION] «terrain amélioré» comme étant un [TRADUCTION] «immeuble dont la valeur a été augmentée par l’aménagement paysager et par la construction d’égouts, de routes, de services d’utilité publique et autres». De même, le terme «amélioration» renvoie généralement [TRADUCTION] «à des immeubles, mais il peut également inclure toute structure permanente ou autre aménagement, comme des rues, des trottoirs, des égouts, des services d’utilité publique, etc.» (par. 87). Dans *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657 (H.C.), la cour a jugé que, dans le contexte de la loi intitulée *Assessment Act*, l’expression «non amélioré» s’entendait au sens [TRADUCTION] «ordinaire et naturel» du mot «amélioration», savoir «rendre [. . .] meilleur» (p. 661). La cour a rejeté [TRADUCTION] «l’argument selon lequel des terrains non améliorés sont des terrains sur lesquels, contrairement aux terrains améliorés, il ne s’élève aucun bâtiment» (p. 662).

56

In the Musqueam leases, the word “improvement” is used to refer to things other than buildings. Clause 8(a), for example, refers to “any buildings . . . and . . . such other improvements, including construction of roads, water, sewer, electricity and/or gas systems”. Similar phrases are found throughout the leases. Improvements include services, and conversely “unimproved” means without services. The internal coherence of the

Dans les baux de Musqueam, le mot «amélioration» est utilisé pour désigner non seulement des bâtiments mais aussi autres choses. À l’alinéa 8a), par exemple, on parle de [TRADUCTION] «tout bâtiment [. . .] et [. . .] toute autre amélioration, notamment la construction de routes et de réseaux d’aqueducs, d’égouts, d’électricité ou de gaz». Des expressions semblables sont utilisées un peu partout dans les baux. Le mot «amélioration» inclut

rent review clause also supports the view that “unimproved” means unserviced. The leases were signed before any buildings were built, so the word “unimproved” would have added nothing to the phrase “unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement” unless it referred to the pre-existing servicing.

Because I accept the lower land value found by the trial judge rather than the higher value of the Federal Court of Appeal, I would deduct the lower cost of servicing the land, as did the trial judge. This amounts to \$117,818 per lot.

VI. Conclusion

I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal, both with costs.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of the Chief Justice and of Justice Gonthier. Although I agree with the result reached by Gonthier J. and his reasons regarding the deductibility of servicing costs, I reach my conclusions with regard to the main issue, i.e. the meaning of “current land value” in the leases, for different reasons. I will briefly explain my reasoning.

The Chief Justice disagrees with Gonthier J. because, in her opinion, he has chosen to ascribe to the land a value based on the existence of a hypothetical on-reserve fee simple — hypothetical because there can be no fee simple title in reserve land. The Chief Justice argues that since the Musqueam Indian Band (“Band”) has the power to sell its land in fee simple, even if it has not chosen to do so, the value of the land should be viewed as if it were held under a fee simple title *simpliciter*.

les services et, à l'inverse, «non améliorés» signifie sans services. La logique interne de la clause de révision du loyer appuie également l'opinion selon laquelle «non améliorés» signifie non viabilisés. Les baux ont été signés avant que quelque bâtiment que ce soit n'ait été construit, de sorte que les mots «non améliorés» n'auraient rien ajouté au paragraphe «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente» s'ils n'avaient pas fait référence aux services déjà existants.

Puisque j'accepte la valeur inférieure des terrains à laquelle a conclu le juge de première instance plutôt que la valeur supérieure retenue par la Cour d'appel, je suis d'avis de déduire les moins élevés des frais de viabilisation soumis, tout comme l'a fait le juge de première instance. Ces frais s'élèvent à 117 818 \$ par lot.

VI. Conclusion

J'accueillerai le pourvoi et je rejeterai le pourvoi incident, le tout avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge Gonthier. Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel arrive le juge Gonthier ainsi qu'avec ses motifs sur la question de la déductibilité des frais de viabilisation, mes conclusions sur la question principale, c'est-à-dire la signification de la «valeur courante du terrain» dans les divers baux, reposent sur des motifs différents. Je vais expliquer brièvement mon raisonnement.

Le Juge en chef est en désaccord avec le juge Gonthier parce que, selon elle, celui-ci a décidé d'attribuer aux terrains une valeur fondée sur l'existence d'un hypothétique titre en fief simple touchant les terres de la réserve — hypothétique car de telles terres ne peuvent être détenues en vertu d'un titre en fief simple. Le Juge en chef affirme que, puisque la Bande indienne de Musqueam («Bande») a le pouvoir de vendre ses terres en fief simple, même si elle n'a pas décidé

57

58

59

60

It is unlikely that the parties would ever have intended a hybrid freehold or fee simple land with its value calculated so as to include its reserve status. This hypothetical title requires attributing to the parties a far too unusual formulation when there is no indication that it was in fact intended by them. However, I cannot agree with the reasoning of the Chief Justice when she posits that the land must be valued as though it were not reserve land but had been converted to land held in fee simple. I believe that the fee simple value ascribed by the Chief Justice is also based on a hypothetical title.

de le faire, la valeur des terrains doit être déterminée comme si ceux-ci étaient détenus en vertu d'un titre en fief *simpliciter*. Il est improbable que les parties aient voulu que les terrains soient considérés en vertu d'un titre hybride comme des propriétés franches ou en fief simple dont la valeur serait calculée en tenant compte du fait qu'ils sont situés dans une réserve. Ce titre hypothétique exige que l'on attribue aux parties une description de la situation beaucoup trop inhabituelle, alors que rien n'indique que telle était en fait leur intention. Toutefois, je ne peux souscrire au raisonnement du Juge en chef lorsqu'elle postule que les terrains doivent être évalués comme s'ils n'étaient pas situés dans une réserve et comme s'ils avaient été convertis en terrains détenus en fief simple. J'estime que la valeur attribuée aux terrains comme propriétés en fief simples par le Juge en chef est également fondée sur un titre hypothétique.

61 It is my view that the "current land value" should be calculated as leasehold land, including its status as reserve land because (i) this is the best description of what the land in fact is, and (ii) this is consistent with the parties' intentions.

Je suis d'avis que la «valeur courante du terrain» doit être calculée en considérant les terrains comme des propriétés à bail et en tenant compte du fait qu'ils sont situés dans une réserve, et ce pour les motifs suivants: (i) il s'agit de la meilleure description de ce que sont les terrains dans les faits; (ii) cette façon de faire est conforme à l'intention des parties.

I. What the Land in Fact Is

I. Ce que sont les terrains dans les faits

62 The Master Agreement, in which the Crown agreed to provide the individual leases, describes the land subject to the leases as situated on the reserve. The Chief Justice ignores the location of the land in her valuation, ascribing to it a value that could only be real if the land were situated within the City of Vancouver and held in fee simple. This is not the case. While it is true that the Band could decide to sell its land in fee simple and pursue the goal of having the land integrated into the City of Vancouver, it has not in fact chosen to do so. It has not converted the land to land held in fee simple, nor has it changed its character as land situated within a reserve. The land to be valued is, therefore, reserve land.

Dans l'entente cadre, où la Couronne a accepté de fournir les différents baux, les terrains faisant l'objet de ces baux sont décrits comme des terrains situés dans la réserve. Le Juge en chef ne tient pas compte de l'emplacement des terrains dans son évaluation et elle leur attribue une valeur qui ne pourrait être réelle que s'ils se trouvaient dans la ville de Vancouver et s'ils étaient détenus en fief simple. Ce n'est pas le cas. Bien qu'il soit vrai que la Bande pourrait décider de vendre ses terrains en fief simple et chercher à les faire intégrer à la ville de Vancouver, elle n'a pas, dans les faits, choisi d'agir ainsi. Elle n'a pas converti les terrains en propriétés détenues en fief simple, ni changé le fait qu'ils se trouvent dans une réserve. Les terrains à évaluer sont donc des terrains situés dans une réserve.

This is important because the location of the land and its status as reserve land has an important impact on its value. If the land were not reserve land but fell outside of the city's limits or were part of another municipality or a region without a municipal government, this would be considered in the valuation process. The same is true in the case where the land is reserve land. In other words, the trial judge was correct to accept expert evidence that allowed for the possibility that uncertainty related to property taxation, political unrest, services such as garbage collection, etc. should be taken into consideration when assessing the value of the land. As Gonthier J. points out, the fact that the land is on a reserve can either decrease or increase land value depending on how the market responds to it, noting an instance where favourable zoning on a reserve increased its value over non-reserve land (at para. 48).

The land to be valued in this case is not land held in fee simple and it should not be treated as such. It is land held under a long-term lease, a type of holding that makes sense in the context of a reserve. This is important in view of the fact that "[a] market value appraisal is always a valuation of specified rights in the subject property, not the physical real estate" (Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 17 (emphasis added)), i.e., not the value that the property can conceivably bear, but what it in fact bears given the nature of the specific rights in it. The fact that the fee simple value is generally used to determine the value of property reflects the fact that this is generally the highest form of property possible. In the exceptional case of reserve lands, this is not the situation. The highest form of individual property possible is the long-term lease. The total value of the land would consist of the value of the lease and of the reversion. But this does not pose a problem in this case because the trial judge found that a long-term lease, in its first years, was equivalent in value to a

Ce fait est important parce que l'emplacement des terrains et leur qualité de terrains situés dans une réserve ont une incidence importante sur leur valeur. Si les terrains n'étaient pas situés dans une réserve, mais se trouvaient à l'extérieur des limites de la ville ou faisaient partie d'une autre municipalité ou d'une région ne relevant pas d'une administration municipale, ce fait serait pris en considération dans le processus d'évaluation. Il en est de même lorsque les terrains sont situés dans une réserve. En d'autres mots, le juge de première instance a eu raison d'accepter la preuve d'expert selon laquelle la possibilité que l'incertitude relative aux impôts fonciers, l'agitation politique et les services telle la cueillette des ordures doivent être pris en considération dans l'évaluation des terrains. Comme le souligne le juge Gonthier, le fait que des terrains soient situés dans une réserve peut faire diminuer ou augmenter leur valeur selon la réaction du marché à ce facteur. Il signale un cas où une mesure de zonage favorable dans une réserve a fait hausser la valeur des terrains de celle-ci par rapport à celle des terrains non situés dans la réserve (au par. 48).

Les terrains à évaluer en l'espèce ne sont pas des terrains détenus en fief simple et ils ne doivent pas être traités comme tels. Il s'agit de terrains détenus en vertu d'un bail à long terme, genre de tenure qui est logique dans le contexte d'une réserve. Il s'agit d'un aspect important compte tenu du fait que [TRADUCTION] «[l']appréciation de la valeur marchande est toujours l'évaluation de droits déterminés dans la propriété visée, et non du bien immeuble lui-même» (Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 17 (je souligne)), c'est-à-dire non pas la valeur que cette propriété pourrait avoir en théorie, mais plutôt celle qu'elle a réellement eu égard à la nature des droits particuliers y afférents. Le fait que la valeur en tant que propriété en fief simple soit généralement utilisée pour déterminer la valeur d'un bien reflète le fait qu'il s'agit généralement de la forme de propriété la plus complète possible. Dans le cas exceptionnel des terrains situés dans une réserve, ce n'est toutefois pas le cas. La forme de propriété individuelle la plus complète possible est le bail à long terme.

fee simple. He therefore decided that it was possible to use lands held in fee simple as comparators to establish the value of the land subject to the Musqueam leases.

La valeur totale des terrains serait la valeur du bail et de la réversion. Mais cela ne constitue pas un problème en l'espèce puisque le juge de première instance a estimé que, au cours des premières années d'un bail à long terme, celui-ci a une valeur équivalente à celle d'un titre en fief simple. Il a donc jugé qu'il était possible d'utiliser les terrains détenus en fief simple comme éléments de comparaison pour déterminer la valeur des terrains faisant l'objet des baux de Musqueam.

65

Just as the value of the land may depend on “custom, encumbrances, and conditions” (Appraisal Institute of Canada, *supra*, at p. 17), as the Chief Justice states, it must also reflect the legal restrictions on the land. While the Chief Justice states that “the fact that [the] land is part of a reserve is not a legal restriction” (para. 14), the legal regime that affects the use of the land and the rights and privileges of the holders of the land is, in my view, part of those restrictions. As stated in *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.), fair market value is “intended to capture periodically the capital value of the property but as affected by legislation relating to the land and by the very nature of the agreement entered into by the parties” (p. 187). As the trial judge puts it, the land “retains its character as land reserved for Indians with all the benefits and limitations flowing from that character” ((1997), 137 F.T.R. 1, at para. 36). I do not agree that the power of the Band to modify unilaterally such restrictions by converting the lands to fee simple lands means that while the restrictions exist they can be ignored. For example, if leased land is subject to a restrictive covenant in favour of the owner, it would affect the value of the land regardless of the fact that the owner could at any time release the lessee from the obligation to abide by the terms of the covenant. If a restriction exists that affects the value of land, it exists. It would be improper to hypothesise that it does not exist. It is true that an absolute surrender of the land would extinguish the Band’s interest and cause the land to lose its character as reserve land. However, the nature of the interest would in that case be radically different. This hypothetical situation cannot be used to create the interest to be valued. The val-

Au même titre qu'elle peut dépendre [TRADUCTION] «de la coutume, des charges et des conditions» (Institut canadien des évaluateurs, *op. cit.*, à la p. 17), comme l'indique le Juge en chef, la valeur des terrains doit également refléter les restrictions légales l'assujettissant. Quoique le Juge en chef affirme que «le fait que les terrains fassent partie d'une réserve ne constitue pas une restriction légale» (par. 14), le régime juridique touchant leur utilisation ainsi que les droits et privilèges des détenteurs des terrains font partie de ces restrictions à mon avis. Comme l'a dit le tribunal dans *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), la juste valeur marchande [TRADUCTION] «vise à établir périodiquement la valeur en capital de la propriété tout en tenant compte des effets de la législation touchant cette propriété et de la nature même de l'entente conclue par les parties» (p. 187). Comme l'a dit le juge de première instance, le terrain «demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature» ([1997] A.C.F. n° 1339 (QL), au par. 44). Je ne suis pas d'accord avec l'opinion que le pouvoir de la Bande de modifier unilatéralement ces restrictions en convertissant les terrains en propriétés détenues en fief simple signifie qu'il est possible de faire abstraction de ces restrictions pendant qu'elles existent. Par exemple, si un terrain loué fait l'objet d'un covenant restrictif en faveur du propriétaire, cela influence la valeur du terrain malgré le fait que le propriétaire peut en tout temps libérer le preneur à bail de l'obligation de se conformer aux modalités de cette clause. S'il y a une restriction qui influence la valeur d'un terrain, cette restriction existe. Il serait inapproprié de supposer qu'elle n'existe pas. Il est vrai que la

ued land retains its character as land reserved for Indians and this status is relevant for the purposes of rent review.

II. What the Parties' Intentions Indicate

In addition to the fact that the preamble to the Master Agreement refers to the leased land within the reserve, the idea that the parties intended "current land value" to refer to the value of the land as leased reserve land is, in my view, more consistent with what the parties to the agreement intended than the claim that it was meant to refer to the value of the land if it were sold in fee simple. The centrality of the parties' intentions to the interpretation of a contract such as this one demands that this issue be given prominence.

Sexton J.A. at the Federal Court of Appeal argued that if the parties had intended the rent review clause to refer to the value of a leasehold on reserve property, they would have used a more specific phrase, such as "current leasehold value" ([1999] 2 F.C. 138, at para. 19). He also stated that since long-standing practice is to value the land at its fee simple value (a question I have addressed earlier in these reasons), if something else like the leasehold value of reserve land had been intended, it would have been stated expressly (para. 21). Moreover, it would have been odd for the Band not to be protecting its return on a capital asset by designating the fee simple value of comparable non-reserve land with the phrase "current land value" (paras. 25 and 26). These reasons are adopted by the Chief Justice in her interpretation of the parties' intentions who adds the point that

cession absolue des terrains éteindrait l'intérêt de la Bande dans ceux-ci et leur ferait perdre leur nature de terrains situés dans une réserve. Toutefois, la nature de l'intérêt serait alors entièrement différente. Cette situation hypothétique ne peut être utilisée pour créer l'intérêt à évaluer. Les terrains évalués conservent leur caractère de terres réservées aux Indiens, et cette qualité est pertinente pour la révision du loyer.

II. Ce qu'indique l'intention des parties

Hormis le fait que le préambule de l'entente cadre fait référence aux terrains loués situés dans la réserve, l'idée que les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain en tant que terrain loué situé dans la réserve est, à mon avis, davantage compatible avec ce que les parties à l'entente voulaient qu'avec la prétention que cette expression vise la valeur du terrain s'il était vendu en fief simple. L'intention des parties étant cruciale pour l'interprétation d'un contrat comme celui qui nous intéresse commande que l'on accorde une importance prédominante à cette question.

Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale a estimé que, si les parties avaient voulu que la clause de révision du loyer fasse référence à la valeur d'une propriété à bail dans la réserve, elles auraient utilisé une expression plus précise, comme la «valeur courante de la propriété à bail» ([1999] 2 C.F. 138, au par. 19). Il a également dit que, puisque la technique utilisée depuis longtemps consiste à évaluer le terrain selon sa valeur en tant que propriété en fief simple (question que j'ai examinée plus tôt dans les présents motifs), on l'aurait dit expressément si on avait voulu fonder l'évaluation sur autre chose que la valeur comme propriété à bail d'un terrain situé dans la réserve (par. 21). De plus, il aurait été curieux que la bande ne protège pas le rendement qu'elle tire d'une immobilisation en utilisant l'expression «valeur courante du terrain» pour désigner la valeur d'un terrain comparable détenu en fief simple hors de la réserve (par. 25 et 26). Le Juge en chef fait siens ces motifs dans son interprétation de l'intention des parties, ajoutant qu'une

66

67

such designation is mutually beneficial to both parties to the agreement.

68

However, it appears to be more plausible to say that the parties intended “current land value” to be interpreted and guided by what it in fact is, namely, a leasehold interest in reserve land and, in my view, this is what the parties in fact intended. As the trial judge put it, “there is no suggestion in the leases that the ‘current land value’ refers to anything other than the actual value of the land which forms the subject of the leases” (para. 29). And while it is true that “[i]n most leases, words such as ‘current land value’ will be taken to mean the freehold value” (para. 37), this is not a value based on an unencumbered right. Indeed, the interpretation favouring a valuation based on the land as leased reserve land would indicate a true intention to map the value of the lease to current market values, i.e., to ensure, as the Chief Justice puts it, that the “leases will reflect the contemporary market” (para. 11). However, this should be understood as the market for long-term leases of Indian reserve land. The relevant market here is not the market for the sale of unencumbered land held in fee simple. The case law indicates that comparisons with non-reserve values should only be used where clear language to that effect is adopted by the parties; see *Devil’s Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.), and *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164. Hence, I underscore that where the parties chose to make assumptions which would be taken into account in the valuation of the land, they included them in the lease at clause 2(2). I see no justification for reading in any further assumptions and respectfully disagree with the Chief Justice’s comments on this issue and her discussion of the cases where specific assumptions with regard to location were included in band leases.

telle désignation est mutuellement bénéfique à toutes les parties à l’entente.

Toutefois, il paraît plus plausible de dire que les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» soit interprétée et déterminée en fonction de ce qu’elle est en réalité, savoir un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d’une réserve, et, à mon avis, c’était là la véritable intention des parties. Comme l’a dit le juge de première instance, «il n’est nullement sous-entendu dans les baux que la «valeur courante du terrain» renvoie à autre chose que la valeur réelle du terrain visé par les baux en question» (par. 31). De plus, bien qu’il soit vrai que, «[d]ans la plupart des cas, la «valeur courante du terrain» sera assimilée à la valeur de celui-ci comme propriété franche» (par. 45), il ne s’agit pas d’une valeur fondée sur un droit libre de toute charge. De fait, l’interprétation favorisant l’évaluation fondée sur le fait qu’il s’agit d’un terrain loué situé dans une réserve témoigne d’une véritable intention de fixer la valeur du bail en fonction de la valeur marchande courante, c’est-à-dire de faire en sorte, comme le dit le Juge en chef, que le «bail [. . .] reflétera le marché contemporain» (par. 11). Cependant, il faut considérer qu’il s’agit là du marché de la location à long terme de terrains situés dans des réserves indiennes. Le marché pertinent en l’espèce n’est pas le marché de la vente de terrains libres de toute charge et détenus en fief simple. La jurisprudence indique qu’il ne faut recourir aux comparaisons avec la valeur de terrains hors réserve que dans les cas où les parties se sont clairement exprimées en ce sens: voir *Devil’s Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1^{re} inst.), et *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164. Par conséquent, je tiens à souligner que, dans les cas où les parties ont choisi de poser des hypothèses devant être prises en considération dans l’évaluation des terrains, elles les ont énoncées au par. 2(2) du bail. Je ne vois aucune raison d’ajouter d’autres hypothèses et, en toute déférence, je suis en désaccord avec les observations du Juge en chef sur cette question, ainsi qu’avec son analyse des décisions dans lesquelles les baux des bandes comportaient des hypothèses précises quant à l’emplacement des propriétés devant servir à la comparaison.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and affirm the judgment of the Trial Division of the Federal Court with costs.

Appeal allowed with costs, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI and ARBOUR JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Roberts & Baker, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Attorney General of Canada, Vancouver.

J'accueillerais le pourvoi, je rejetterais le pourvoi incident et je confirmerais la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, LE JUGE EN CHEF MCLACHLIN et LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI et ARBOUR sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident: Roberts & Baker, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: Le procureur général du Canada, Vancouver.

Patrick Charlebois *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHARLEBOIS

Neutral citation: 2000 SCC 53.

File No.: 27213.

2000: April 13; 2000: November 10.

Present: Gonthier, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Whether Court of Appeal erred in applying Criminal Code proviso to cure trial judge's errors — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with first degree murder for the shooting of a man in the back of the head while he was sleeping. At trial, the accused argued that he committed the homicide in self-defence. His defence was based on an overwhelming fear of the victim that he had developed over the course of their long and difficult relationship. A psychiatrist who was called by the defence testified that, in his opinion, the accused was suffering from acute anxiety at the time of the shooting. The accused was convicted of second degree murder. On appeal, he challenged *inter alia* the trial judge's instructions to the jury on self-defence, on the defence expert's evidence and on the evidence of the accused's good character. He also challenged the trial judge's decision to allow the Crown to ask him in cross-examination whether he would undergo a blood test and submit to an examination by a Crown psychiatrist. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: When assessing whether s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied, the ultimate question is whether

Patrick Charlebois *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHARLEBOIS

Référence neutre: 2000 CSC 53.

Nº du greffe: 27213.

2000: 13 avril; 2000: 10 novembre.

Présents: Les juges Gonthier, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice du Code criminel pour les erreurs commises par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré pour avoir tiré sur un homme, derrière la tête, pendant qu'il dormait. Au procès, l'accusé soutient avoir commis l'homicide en état de légitime défense. Sa défense est fondée sur la peur incontrôlable qu'il a fini par éprouver à l'égard de la victime au cours de leur longue et difficile relation. Le psychiatre cité comme témoin par la défense indique qu'à son avis, l'accusé souffrait d'anxiété aiguë lorsqu'il a fait feu. L'accusé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. En appel, il conteste, entre autres, les directives du juge au jury sur la légitime défense, sur le témoignage de l'expert produit par la défense et sur la preuve de bonne moralité. Il conteste aussi la décision du juge du procès de permettre au ministère public de lui demander en contre-interrogatoire s'il accepterait de se soumettre à une prise de sang et d'être examiné par un psychiatre désigné par le ministère public. La Cour d'appel, à la majorité, rejette l'appel interjeté par l'accusé.

Arrêt (le juge Arbour est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel: Lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, l'ultime ques-

there is any reasonable possibility that the verdict would have been different absent the error. In this case, the Court of Appeal did not err in applying the proviso. Viewed individually or even collectively, the trial judge's errors did not give rise to the possibility that the jury might have acquitted in their absence.

A review of the trial judge's charge demonstrates that any errors in the charge on the issue of self-defence caused minimal prejudice. The trial judge's reference to "a reasonable person . . . in the accused's situation" was not so incomplete as to create a substantial wrong or miscarriage of justice. Taken as a whole, the charge could not have given the jury the impression that they were to consider the reasonableness of the accused's perceptions from the perspective of the hypothetically neutral reasonable man, divorced from the accused's personal circumstances. The trial judge related the history of violence and fear that the accused suffered at the hands of the victim to the reasonable person. He then clearly directed the jury to consider, "in light of all that", the reasonableness of the accused's perception and whether an ordinary person, in the same circumstances, would have had the same perception. This is a proper approach to the application of s. 34(2) of the *Criminal Code*.

The errors in the trial judge's summary and handling of the expert's testimony also caused minimal prejudice. A review of the charge as a whole indicates that the trial judge directed the jury to consider the climate of fear described by the expert in their deliberations and repeated on numerous occasions his evidence that the accused was in a state of anxiety at the time of the shooting. By pointing to the expert's evidence, the trial judge ensured that his testimony would be considered during the discussion of each of the elements of self-defence. While the trial judge could have expressed himself more clearly in connecting the expert's evidence to the elements of self-defence, there is no requirement that the jury be perfectly instructed. Further, the trial judge's insistence on what the expert did not consider did not cause serious prejudice to the accused. A judge must warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence, the less weight the jury may attribute to the opinion. The corollary is also true: the more the expert fails to consider relevant facts, the less weight the jury may attribute to the opinion. Lastly, although it would have been preferable for the trial judge to expand his comments on the

tion à se poser consiste à se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent en l'absence d'erreur. En l'espèce, la Cour d'appel ne s'est pas trompée en appliquant la disposition réparatrice. Qu'on les prenne individuellement ou même collectivement, les erreurs du juge du procès n'ont pas fait en sorte que le jury aurait pu prononcer un acquittement si elles n'avaient pas été commises.

L'examen de l'exposé du juge au jury montre que les erreurs, s'il en est, dans les directives sur la légitime défense ont causé un préjudice minime. La référence du juge du procès à «l'homme raisonnable [...] dans la situation de l'accusé» n'est pas incomplète au point de créer un tort important ou une erreur judiciaire grave. Pris dans son ensemble, l'exposé au jury n'a pas pu donner aux jurés l'impression qu'ils devaient examiner le caractère raisonnable des perceptions de l'accusé en se plaçant du point de vue de l'homme raisonnable hypothétiquement neutre, en faisant abstraction de la situation personnelle de l'accusé. Le juge du procès a fait le lien entre les épisodes de violence et de peur que l'accusé a connus entre les mains de la victime et la personne raisonnable. Il a ensuite, de façon claire, exhorté le jury à examiner «à la lumière de tout ça» le caractère raisonnable de la perception de l'accusé et la question de savoir si une personne ordinaire dans les mêmes circonstances aurait eu la même perception. Il s'agit là d'une façon correcte d'examiner l'application du par. 34(2) du *Code criminel*.

Les erreurs commises par le juge du procès dans son résumé et la façon dont il a traité le témoignage de l'expert ont causé un préjudice minime. L'examen de l'exposé au jury pris dans son ensemble indique que le juge du procès a donné au jury comme directive de prendre en considération, au cours de ses délibérations, le climat de peur décrit par l'expert et a répété à plusieurs reprises son témoignage selon lequel l'accusé était dans un état d'anxiété lorsqu'il a fait feu. En attirant l'attention sur le témoignage de l'expert, le juge du procès veillait à ce qu'il soit pris en considération lors de la discussion de chacun des éléments de la légitime défense. Même si le juge du procès aurait pu s'exprimer de façon plus claire en établissant le lien entre le témoignage de l'expert et les éléments de la légitime défense, il n'existe aucune obligation que les directives au jury soient parfaites. En outre, le fait que le juge du procès ait insisté sur ce que l'expert n'a pas pris en considération n'a causé aucun préjudice grave à l'accusé. Le juge doit faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la force probante de son opinion sera grande. Le corollaire est également vrai: plus l'expert omet de prendre en considération des faits

details of the expert's testimony, his failure to do so, in light of the whole charge and the overwhelming evidence, did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice. The accused's contention that where the defence is difficult there is no room for error on the part of the judge is rejected. The curative proviso is applicable if, as here, the standard is met.

The verdict would have been the same if the trial judge had properly directed the jury that the accused's character evidence was relevant in assessing whether he could have committed murder. He only mentioned this once and thereafter restricted his comments to the relation between the evidence and the credibility of the accused. This error is of minor significance in the context of the charge as a whole and consequently caused little prejudice to the accused. The focus here is on the reasonableness of the accused's perception that an attack was imminent and on his perception that there was no reasonable alternative when he approached his sleeping victim and shot him in the back of the head at close range. The evidence of good character sheds little light on this question.

With respect to the accused's refusal to give a blood sample, even if this refusal had some effect on the accused's credibility, the effect was greatly diminished by the trial judge's direction that no adverse inference could be drawn from the refusal. In light of the trial judge's warning, the prejudice suffered by the accused was minimal. When considered in the context of the defence as a whole, this issue was so removed from the heart of the case that it had very little significance.

Finally, since the Crown had the right to counter the expert evidence used to support the accused's theory that he killed in self-defence, it was entitled to ask the accused whether he would undergo a psychiatric assessment. While it would have been preferable if the question acknowledged that the Crown had previously received the accused's refusal, that issue, coupled with the request for a blood test, does not amount to a substantial wrong or miscarriage of justice. The trial judge did not err in law by instructing the jury that the refusal was relevant to the probative value of the defence expert's evidence. Even if this were not the case, this is a situation where s. 686(1)(b)(iii) could be applied to

pertinents, moins le jury peut accorder de poids à son opinion. Enfin, même s'il aurait été préférable que le juge du procès approfondisse davantage ses commentaires sur le témoignage de l'expert, son omission de le faire, d'après l'exposé pris dans sa totalité et la preuve accablante, n'a pas causé un tort important ou une erreur judiciaire grave. L'argument de l'accusé, selon lequel dans les cas où il est difficile de produire une défense, aucune erreur n'est permise de la part du juge, est rejeté. La disposition réparatrice est applicable lorsque, comme en l'espèce, la norme est respectée.

Le verdict aurait été le même si le juge du procès avait donné au jury la directive appropriée que la preuve de moralité de l'accusé est pertinente lorsqu'il est question d'évaluer s'il a pu commettre un meurtre. Il a fait cette remarque seulement une fois et s'en est tenu par la suite au lien qui existe entre la preuve et la crédibilité de l'accusé. Cette erreur a peu d'importance eu égard au contexte de l'exposé au jury pris dans sa totalité et elle a donc causé peu de préjudice à l'accusé. La présente affaire repose sur le caractère raisonnable de la perception de l'accusé qu'une attaque était imminente et sur sa perception qu'il n'y avait pas d'autre solution raisonnable lorsqu'il s'est approché de la victime endormie et lui a tiré une balle derrière la tête à faible distance. La preuve de bonne moralité n'éclaire pas beaucoup la question.

Relativement au refus de l'accusé de fournir un échantillon de sang, même si ce refus a eu un effet sur sa crédibilité, l'effet aura été grandement diminué par la directive du juge du procès qu'aucune conclusion défavorable ne peut être tirée du refus. Compte tenu de la mise en garde du juge du procès, le préjudice subi par l'accusé était minime. Lorsqu'on l'examine dans le cadre de la défense prise dans son ensemble, cette question était tellement éloignée du cœur de cette affaire qu'elle a eu très peu d'importance.

Enfin, étant donné que le ministère public avait le droit de réfuter le témoignage de l'expert visant à appuyer la théorie de l'accusé selon laquelle il a tué en légitime défense, il était en droit de demander à celui-ci s'il accepterait de se soumettre à un examen psychiatrique. Même s'il aurait été préférable de reconnaître dans la question que l'accusé avait répondu non auparavant à la demande du ministère public, cette question, ajoutée à la demande de prise de sang, n'équivaut pas à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a indiqué au jury que le refus était pertinent pour déterminer la valeur probante du témoignage de l'expert

rectify an error since there would have been little prejudice caused to the accused.

Per Arbour J. (dissenting): At trial, without notice and in the presence of the jury, the Crown asked the accused whether he would agree to submit to a second psychiatric assessment by a particular expert. The accused refused. When an accused relies on a psychiatric assessment in support of any defence, his refusal to be examined for the same purposes by a Crown expert may be the subject of an inference adverse to him and the trial judge must so instruct the jury. This rule is an exception to the fundamental principle of the right to silence. It is therefore essential that this exceptional rule be administered fairly and equitably and in a manner consistent with its underlying principle. From this perspective, it is inappropriate for the Crown to invite the jury to draw a negative conclusion from the accused's refusal to submit to examination by its experts, when the Crown itself led no evidence challenging the expert opinion offered by the defence. Before taking advantage of the exception, the Crown must first lay the factual foundation of its assertion by challenging the defence's psychiatric assessment. It may then lead evidence of the accused's refusal, provided it does so avoiding tactics that are unfair or unduly prejudicial to the accused. Because of how the Crown chose to proceed in this case, it cannot now rely on the exception. The Crown did not retain the services of an expert, and did not contradict the opinion of the defence expert. It confined itself to putting the question here in issue to the accused. The question was asked in the presence of the jury, immediately following a question of the same type which also should never have been asked. The cumulative effect of the accused's refusal to provide a blood sample and refusal to submit to a second psychiatric assessment, in rapid succession, proved highly prejudicial, for no good reason, to the general credibility of his defence. Moreover, the question itself was not particularly helpful, since it contained an inherent ambiguity regarding the specific subject-matter of the refusal, thus making it difficult for the jury to be invited to draw any conclusion whatsoever from that refusal. In view of the circumstances of this case, the judge's instructions in his charge to the jury at the end of the trial regarding what use could be made of the accused's refusal failed to remedy the original error of allowing the question to be asked.

produit par la défense. Même si tel n'était pas le cas, nous sommes en présence d'une situation où le sous-al. 686(1)b)(iii) pourrait être appliqué pour réparer l'erreur étant donné que l'accusé n'avait subi aucun préjudice important.

Le juge Arbour (dissidente): Au procès, sans avis préalable et en présence du jury, le ministère public a demandé à l'accusé s'il accepterait de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique menée par un expert particulier. L'accusé a refusé. Lorsqu'un accusé s'appuie sur une expertise psychiatrique pour une défense quelconque, son refus d'être examiné aux mêmes fins par un expert du ministère public peut faire l'objet d'une inférence défavorable à son égard, et le juge du procès doit en instruire le jury. Cette règle est une exception au principe fondamental du droit au silence. Il est donc essentiel que ce régime d'exception soit administré d'une façon juste et équitable, et dans le respect du principe qui l'anime. Dans cette optique, il est inapproprié pour le ministère public d'inviter le jury à tirer une conclusion négative du refus de l'accusé de se soumettre à sa contre-expertise, lorsque lui-même n'a offert aucune preuve mettant en doute l'expertise offerte par la défense. Avant de se prévaloir de la règle d'exception, le ministère public doit d'abord jeter les fondements factuels de sa prétention en mettant en doute l'expertise psychiatrique de la défense. Il peut ensuite introduire en preuve le refus de l'accusé, pourvu qu'il le fasse en évitant des tactiques déloyales ou indûment préjudiciables à l'accusé. En l'espèce, la procédure adoptée par le ministère public ne lui permet pas de se prévaloir de la règle d'exception. Le ministère public n'a retenu les services d'aucun expert et n'a pas contredit l'opinion de l'expert de la défense. Il s'est contenté de poser à l'accusé la question en litige. La question a été énoncée en présence du jury, immédiatement après une question similaire qui, elle non plus, n'aurait jamais dû être posée. L'effet cumulatif des refus successifs de la part de l'accusé de fournir un échantillon de son sang et de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique s'est révélé très dommageable à la crédibilité générale de sa défense, et ce sans raison. En outre, la question elle-même était peu utile puisqu'elle contenait une ambiguïté inhérente quant à l'objet précis du refus, ce qui rendait difficile le processus par lequel le jury pourrait être invité à tirer quelque conclusion que ce soit de ce refus. Étant donné les circonstances en l'espèce, les instructions fournies par le juge lors de son exposé au jury à la fin du procès quant à l'utilisation qui pouvait être faite du refus de l'accusé n'ont pas remédié à l'erreur originale d'avoir permis que la question soit posée.

As to the application of s. 686(1)(b)(iii), where an error, or a series of errors, relates to the very essence of the defence and could influence the jury's assessment of a question of fact that has a very direct bearing on the accused's guilt, it is difficult to conclude that the rest of the evidence is sufficiently conclusive for the curative provision to be applied. The central issue in this case was whether, at the time the accused shot the victim, he had a reasonable perception that his life was in danger and that he could not otherwise escape from the threat to his safety. The psychiatric evidence of the accused's pathological fear of the victim was therefore fundamental. As well, the nature of the evidence also required very clear instructions regarding the assessment of the reasonableness of the accused's beliefs. The errors in the judge's instructions to the jury concerning these two issues were inevitably fatal, since it is impossible to argue that the verdict would have been the same had it not been for those errors. The cumulative effect of the errors unanimously found by the Court of Appeal to have occurred, combined with the serious and prejudicial error of allowing the Crown to ask the accused whether he would consent to a second psychiatric assessment by its expert, requires that the conviction be set aside and a new trial ordered. The majority of the Court of Appeal did not systematically consider the requirements of that provision and, in particular, the cumulative effect of the errors they identified. All that the majority did was to make several isolated references to the fact that the error committed had not prejudiced the accused. That approach does not meet the rigorous requirement of the curative provision of the *Code*.

Cases Cited

By Bastarache J.

Distinguished: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; **referred to:** *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494; *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245; *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. v. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv.

Quant à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), lorsqu'une erreur, ou l'ensemble des erreurs, porte sur l'essence même de la défense et risque d'influencer l'appréciation par le jury d'une question de fait qui touche de très près la culpabilité de l'accusé, il est difficile de conclure que le reste de la preuve est suffisamment concluant pour permettre l'application de la disposition réparatrice. La véritable question en l'espèce est de savoir si, au moment où il a fait feu sur la victime, l'accusé avait une perception raisonnable que sa vie était en danger et qu'il ne pouvait autrement se soustraire à la menace qui pesait sur lui. La preuve psychiatrique de la peur pathologique qu'avait l'accusé de la victime est donc fondamentale. De même, la nature de la preuve exige également des instructions très claires sur l'appréciation du caractère raisonnable des croyances de l'accusé. Les erreurs dans les directives du juge au jury sur ces deux questions sont inévitablement fatales puisqu'il est impossible de prétendre que le verdict aurait été le même sans ces erreurs. L'effet cumulatif des erreurs constatées unanimement par la Cour d'appel, auxquelles s'ajoute l'erreur grave et préjudiciable d'avoir permis au ministère public de demander à l'accusé s'il consentirait à être contre-expertisé par son expert, exige que le verdict de culpabilité soit annulé et qu'un nouveau procès soit ordonné. Les juges majoritaires à la Cour d'appel n'ont pas examiné de façon systématique les exigences de cette disposition, en particulier l'effet cumulatif des erreurs qu'ils ont relevées. Ils se sont contentés, à plusieurs reprises, de signaler de façon isolée que l'erreur commise n'avait pas porté préjudice à l'accusé. Cette approche ne satisfait pas à l'exigence rigoureuse de la disposition réparatrice du *Code*.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; **arrêts mentionnés:** *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494; *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245; *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. c. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv.

By Arbour J. (dissenting)

Rothman v. The Queen, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245; *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. v. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4(1), (6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 34, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691(1) [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1999), 135 C.C.C. (3d) 414, [1999] Q.J. No. 568 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed, Arbour J. dissenting.

Michel Pennou, for the appellant.

Stella Gabbino, for the respondent.

The judgment of Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. — The appellant Patrick Charlebois was convicted of second degree murder for shooting Éric Jetté in the back of the head while he was sleeping. At trial, Charlebois argued unsuccessfully that he committed the homicide in self-defence. The question raised in this appeal is whether the appellant is entitled to a new trial, based on errors committed by the trial judge. In my view, any errors committed by the trial judge did not cause significant prejudice to the appellant and can be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

Rothman c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245; *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. c. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 34 [mod. 1992, ch. 1, art. 60 (ann. I, art. 20)], 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691(1) [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(1), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1999), 135 C.C.C. (3d) 414, [1999] J.Q. n° 568 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, le juge Arbour est dissidente.

Michel Pennou, pour l'appellant.

Stella Gabbino, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L'appellant, Patrick Charlebois, a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tiré sur Éric Jetté, derrière la tête, pendant qu'il dormait. Au procès, Charlebois soutient sans succès qu'il a commis l'homicide en état de légitime défense. La question du présent pourvoi est celle de savoir si l'appellant a droit à un nouveau procès en raison d'erreurs commises par le juge du procès. À mon avis, les erreurs commises par le juge du procès, s'il en est, n'ont pas causé de préjudice important à l'appellant et peuvent être corrigées par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

I. Facts

2 The appellant's argument of self-defence was based on an overwhelming fear of Jetté that he had developed over the course of their long and difficult relationship. The record establishes that while Charlebois and the victim were sometimes friendly, Jetté dominated and regularly took advantage of the more dependent Charlebois. The appellant's unstable and violent childhood explains in part how Jetté was able to make him his [TRANSLATION] "whipping boy".

3 The night of the murder, Jetté argued with his girlfriend and came over to Charlebois' apartment. Shortly thereafter, while the appellant's neighbour Alain Lalancette was still present, Jetté flicked a knife in front of the accused's face and said: [TRANSLATION] "Yea, we're going to have some fun tonight, you and me."

4 Charlebois testified that his apprehension grew after Lalancette departed, particularly when Jetté noticed that the appellant actually had in his possession a firearm that he had refused to sell to Jetté on the pretense that he no longer had it. Nevertheless, Jetté said nothing about the rifle. After the accused's roommate came home, Jetté relaxed on the couch and told the appellant to go to sleep.

5 The appellant testified that once in his bedroom, his panic became overwhelming. He got up, took the rifle, approached Jetté and shot him in the back of the head while he was sleeping. There was no argument, skirmish or threat. Immediately after the shooting, the accused phoned 911 and made up the following story about a physical altercation:

[TRANSLATION] . . . I've just committed a murder . . . I was so afraid, I split. . . [H]e was completely drunk when he came to my place. . . So, anyways, so he knew that I had a gun, then he took it, his girlfriend left him, so anyways, he was totally tripping, so I tried to convince him not to do anything stupid, then we started arguing, and the shot went off. . . I was really stoned eh so bang everything happened at once oh shit. . .

I. Les faits

L'argument de légitime défense de l'appelant est fondé sur la peur incontrôlable qu'il a fini par éprouver à l'égard de Jetté au cours de leur longue et difficile relation. Il ressort du dossier que, même s'il arrivait parfois aux deux hommes d'avoir des rapports amicaux, Jetté dominait Charlebois, d'une personnalité plus dépendante, et profitait de lui. L'enfance de l'appelant, empreinte d'instabilité et de violence, explique en partie que Jetté ait pu faire de lui son «souffre-douleur».

La nuit du meurtre, Jetté se dispute avec sa petite amie et se rend à l'appartement de Charlebois. Peu après son arrivée, alors que le voisin de l'appelant, Alain Lalancette, est toujours sur les lieux, Jetté passe un couteau devant le visage de l'accusé et lui dit: «Ouais, on va se faire du fun à soir moé pis toé.»

Charlebois témoigne que sa peur s'est intensifiée après le départ de Lalancette, surtout lorsque Jetté remarque que l'appelant est toujours en possession de l'arme à feu qu'il a refusé de lui vendre en prétextant qu'il ne l'avait plus. Néanmoins, Jetté ne dit rien au sujet du fusil. Après le retour du colocataire de l'accusé, Jetté s'étend sur le canapé et dit à l'appelant d'aller se coucher.

L'appelant dit dans son témoignage qu'une fois dans sa chambre, sa panique devient intolérable. Il se lève, prend le fusil, s'approche de Jetté et tire sur lui, derrière la tête. Il n'y a pas eu de dispute, d'accrochage ou de menaces. Immédiatement après avoir tiré, l'accusé appelle le 911 et raconte l'histoire suivante au sujet d'une empoignade:

. . . j viens de commettre un meurtre . . . j'ai eu assez peur j'mé t'en allé . . . y'é t'arrivé chez nous ben sa brosse là . . . Pis en tout cas, pis y savait j'avais un arme pis y l'a pris, sa blond l'a laissé toute pis en tout cas y'était sur l'gros rush là j'ai essayé de l'convaincre de pas faire de gaffe pis toute, pis là on c'est comme chicané pis le coup y'a parti . . . [J]'tais ben gelé pis là bang tout t'arrivé là paf ostie . . .

When he was arrested, the accused said: [TRANSLATION] "I've done something stupid." The jury found the accused guilty of murder in the second degree.

On appeal, the accused challenged *inter alia* the trial judge's instructions to the jury on self-defence, the defence expert's evidence, and the evidence of the appellant's good character. He also challenged the trial judge's decision to allow the Crown to ask him in cross-examination whether he would undergo a blood test and submit to an examination by a Crown psychiatrist. The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal, Fish J.A. dissenting: (1999), 135 C.C.C. (3d) 414. The accused appeals to this Court as of right.

II. Legislation

Section 34 of the *Code* sets out the elements of self-defence:

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

While the trial judge left both s. 34(1) and s. 34(2) with the jury, the circumstances of the present appeal fall under subs. (2) since it is evident that the appellant responded with force intending to cause death or grievous bodily harm.

Quand on l'arrête, l'accusé déclare: «J'ai fait une connerie.» Le jury le déclare coupable de meurtre au deuxième degré.

En appel, l'accusé conteste, entre autres, les directives du juge au jury sur la légitime défense, sur le témoignage de l'expert produit par la défense et sur la preuve de bonne moralité de l'appelant. Il conteste aussi la décision du juge du procès de permettre au ministère public de lui demander en contre-interrogatoire s'il accepterait de se soumettre à une prise de sang et d'être examiné par un psychiatre désigné par le ministère public. La Cour d'appel du Québec rejette l'appel, le juge Fish étant dissident: [1999] J.Q. n° 568 (QL). L'accusé interjette appel de plein droit auprès de notre Cour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 34 du *Code* énonce les éléments constitutifs de la légitime défense:

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Même si le juge du procès a mentionné au jury les par. 34(1) et (2), les circonstances en l'espèce sont visées par le par. (2) étant donné que l'appelant a manifestement fait usage de violence avec l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves.

8 The focus of this appeal is the application of the curative provision of the *Code*. Section 686(1)(b)(iii) of the *Code* reads:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) [on a question of law] the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

III. Issues

9 The appellant argues that the Court of Appeal erred by applying s. 686(1)(b)(iii) to four errors of the trial judge:

- a) erring in his instructions to the jury on self-defence;
- b) improperly presenting the defence expert's evidence to the jury;
- c) limiting the relevancy of the evidence of the accused's good character; and
- d) allowing the Crown to ask whether the accused would undergo a blood test.

The appellant also argues that, contrary to the conclusion of the Court of Appeal, the trial judge erred in law by allowing the Crown to ask him whether he would submit to an examination by a Crown psychiatrist. Before I address each of these errors and this latter question, I will review the standard for the application of the proviso.

IV. Analysis

10 Section 686(1)(b)(iii) of the *Code* authorizes an appeal court to dismiss an appeal, despite the presence of an error at trial, where the court believes there has been no "substantial wrong or miscar-

Le présent pourvoi porte principalement sur l'application de la disposition réparatrice du *Code*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), qui prévoit ce qui suit:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [. . .], la cour d'appel:

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii) [sur une question de droit], l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

III. Les questions en litige

L'appelant soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) aux quatre erreurs commises par le juge du procès:

- a) donner des directives erronées au jury sur la légitime défense;
- b) présenter incorrectement le témoignage de l'expert de la défense au jury;
- c) limiter la pertinence de la preuve de bonne moralité de l'accusé;
- d) permettre au ministère public de demander à l'accusé s'il accepterait de se soumettre à une prise de sang.

L'appelant soutient aussi que, contrairement à la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel, le juge du procès a commis une erreur de droit en autorisant le ministère public à lui demander s'il accepterait d'être examiné par un psychiatre désigné par le ministère public. Avant d'aborder ces erreurs individuellement et cette dernière question, j'examine la norme relative à l'application de la disposition.

IV. Analyse

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* habilite une cour d'appel à rejeter un appel, bien qu'une erreur ait été commise au procès, lorsqu'elle est d'avis qu'«aucun tort important ou aucune erreur

riage of justice”. In *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 852, McIntyre J. explained how the Court is to determine whether a substantial wrong or miscarriage of justice has occurred:

[T]he proviso may be applied only following a legal determination that errors have been made at trial, but that “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”, and then only according to a strict legal test. The determination of what will constitute a substantial wrong or miscarriage of justice must involve the construction of those words in the context in which they are used in the Statute, and such statutory construction has long been considered a matter of law. The Court’s decision involves an analysis of the rights accorded by law to an accused and the measurement of the impact of the errors which were made at trial. Once an appellant establishes in the Court of Appeal that errors of law were made at his trial he becomes entitled to have his appeal allowed and a new trial or an acquittal, depending on the circumstances, unless the proviso is applied to annul those rights. The Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial. While a reconsideration of the evidence is involved, clearly the inquiry goes far beyond the determination of matters of fact. [Emphasis added.]

In *Mahoney*, the Court applied the proviso to cure the trial judge’s error (instructing the jury that an adverse inference could be drawn from the accused’s delay in revealing his whereabouts) due to the overwhelming weight of the real evidence.

The proper application of s. 686(1)(b)(iii) was recently addressed in *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11. Writing for the dissent, Major J. adopted his statement in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, which precisely outlines the threshold for applying the proviso. Major J. confirmed at para. 104 that the task of the appellate court is to

determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

judiciaire grave» ne s’est produit. Dans *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, à la p. 852, le juge McIntyre explique comment la cour doit établir si un tort important ou une erreur judiciaire grave s’est produit:

[L]a disposition ne peut être appliquée que par suite d’une décision en droit selon laquelle des erreurs ont été commises au procès mais qu’«aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit», et alors seulement selon un critère juridique strict. La détermination de ce qui constitue un tort important ou une erreur judiciaire grave doit comporter l’interprétation de ces termes en fonction du contexte dans lequel ils sont employés dans le *Code* et une telle interprétation du *Code* est considérée depuis longtemps comme une question de droit. La décision de la Cour comporte une analyse des droits dont l’accusé jouit en vertu de la loi et une appréciation de l’effet des erreurs commises au procès. Dès qu’un appelant établit en cour d’appel que des erreurs de droit ont été commises à son procès, il a droit à ce que son appel soit accueilli et il a aussi droit à un nouveau procès ou à un acquittement, selon les circonstances, à moins que la disposition ne soit appliquée pour annuler ces droits. La cour d’appel doit examiner les erreurs en fonction de l’ensemble du procès. Même si cela comporte un nouvel examen de la preuve, il est évident que cet examen va bien au delà de la détermination de questions de fait. [Je souligne.]

Dans *Mahoney*, notre Cour applique la disposition pour réparer l’erreur commise par le juge du procès (lorsqu’il dit dans ses directives au jury qu’il est possible de tirer une conclusion défavorable du fait que l’accusé a tardé à révéler ses allées et venues) en raison du poids accablant de la preuve matérielle.

On a récemment traité dans *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11, de la façon convenable d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii). S’exprimant au nom des juges dissidents, le juge Major a repris l’énoncé qu’il a fait dans l’arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, et qui définit précisément le seuil d’application de la disposition. Le juge Major confirme (au par. 104) que la tâche du tribunal d’appel est de

déterminer s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur en question.

Implicit in my reasons in *Brooks* is my acceptance of his statement as a proper explanation of the law. As conceded by the Crown, the proviso should only be applied where

the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction.

(*R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916)

12

With that in mind, I will examine each of the errors which allegedly entitles the appellant to a new trial to determine first the extent of error, and second, whether the proviso should be applied in the circumstances of this case. This latter question involves determining whether there is any reasonable possibility that the jury would have acquitted if the errors had not been made.

(1) *The Extent of the Error in Charging the Jury on Self-defence*

13

The trial judge properly identified the three elements of self-defence for the jury: (1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing: see *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3. He directed that the assessment of each of these elements involved considering first, the accused's perception, and second, the view of [TRANSLATION] "a reasonable person, an average person, in the accused's situation". This is consistent with the simultaneously subjective and objective nature of the test, as described in *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, at p. 404:

Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief

Les motifs que j'ai rédigés dans *Brooks* acceptent implicitement son énoncé comme explication correcte du droit. Ainsi qu'en a convenu le ministère public, la disposition ne doit être appliquée que dans les cas où

la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minimale lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité.

(*R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 916)

Ayant cela à l'esprit, j'examine chacune des erreurs qui, selon l'appelant, lui donnent droit à un nouveau procès, afin d'établir leur ampleur et ensuite de déterminer si la disposition doit être appliquée en l'espèce, c'est-à-dire, notamment, s'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait acquitté l'accusé si les erreurs n'avaient pas été commises.

(1) *L'ampleur de l'erreur dans l'exposé au jury sur la légitime défense*

Le juge du procès a correctement indiqué au jury les trois éléments de la légitime défense: (1) l'existence d'une attaque illégale; (2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves; (3) la croyance raisonnable de ne pas pouvoir se soustraire à ce danger autrement qu'en tuant l'assaillant: voir *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3. Il dit, dans ses directives, que l'évaluation de chacun de ces éléments suppose d'abord la prise en considération de la perception de l'accusé et ensuite celle du point de vue de «l'homme raisonnable, l'homme moyen, qui se trouve dans la situation de l'accusé». Cet énoncé est compatible avec la nature à la fois subjective et objective du critère décrit dans *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, à la p. 404:

Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance

must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception. [Emphasis added; underlining in original deleted.]

The trial judge explained the objective aspect of the test to the jury in the following terms:

[TRANSLATION] Assuming that your deliberations lead you to answer "yes" to each of these questions [the three elements of s. 34(2), from a subjective point of view], you must then determine whether the accused's perception was reasonable. This is the reasonable person test. Would a reasonable person, an average person, in the accused's situation have had the same perceptions? The reasonable person is not "superman", but neither is he mentally incompetent. The reasonable person is John or Jane Doe, an average person. So, each element . . . perception of an unlawful assault, apprehension of the risk of death, and the belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the victim must first be assessed subjectively. And by subjective I mean from the accused's point of view, the accused's perception. And second, objectively, from the point of view of a reasonable person. In the three cases, in the three situations, in other words, in assessing the three elements that are essential if a defence of self-defence is to be available, you must determine what the accused's perception of the relevant facts was and whether it was reasonable. It therefore involves an objective assessment, and so an honest but reasonable mistake with respect to whether there was an attack is therefore allowed. [Emphasis added.]

The Court of Appeal held that the trial judge erred by introducing a reference to "a reasonable person, an average person, in the accused's situation" that was ambiguous and unclear. The appellant suggests that at a minimum the trial judge should have informed the jury that the ordinary person was infused with the appellant's individual characteristics.

After reviewing the charge as a whole, I do not believe the lack of precision in the trial judge's reference was serious. The trial judge related the history of violence and fear that the appellant suffered at the hands of the victim to the reasonable person. When read in the context of the charge as a whole,

doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Le juge du procès explique ainsi l'aspect objectif du critère au jury:

Présumons que vos délibérations vous amènent à une réponse positive à chacune de ces questions [les trois éléments du par. 34(2), du point de vue subjectif], vous devez ensuite procéder à déterminer si la perception de l'accusé était raisonnable. C'est le test de l'homme raisonnable. Est-ce que l'homme raisonnable, l'homme moyen, qui se trouve dans la situation de l'accusé, aurait eu les mêmes perceptions. L'homme raisonnable n'est pas «superman». Il n'est pas non plus un débile mental. L'homme raisonnable est Jean-Paul tout le monde, l'homme moyen. Donc, chaque élément, [. . .] perception d'une attaque illégale, appréhension d'un danger de mort et croyance qu'il ne peut pas s'en sortir autrement qu'en tuant la victime doit être évalué, premièrement, du point de vue subjectif. Et lorsque je dis subjectif, du point de vue de l'accusé, la perception de l'accusé. Et deuxièmement, d'une façon objective, du point de vue de l'homme raisonnable. Dans les trois cas, dans les trois situations c'est-à-dire dans l'évaluation de ces trois éléments essentiels à l'ouverture d'une défense de légitime défense, vous devez chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l'accusé et si cette perception était raisonnable. Il s'agit donc d'une évaluation objective, l'erreur honnête, mais raisonnable, relativement à l'existence d'une attaque est donc permise. [Je souligne.]

La Cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur en faisant une référence ambiguë et vague à «l'homme raisonnable, l'homme moyen, qui se trouve dans la situation de l'accusé». L'appellant soutient que le juge du procès aurait dû au moins informer le jury que cette personne ordinaire était dotée des caractéristiques particulières de l'appellant.

Après avoir examiné l'exposé au jury dans son ensemble, je ne crois pas que l'imprécision de la référence du juge du procès soit grave. En fait, le juge du procès a fait le lien entre les épisodes de violence et de peur que l'appellant a connus entre les mains de la victime et la personne raisonnable.

this part of the directions would have clearly indicated to the jury that the appellant's perception was to be weighed by considering whether a reasonable person, infused with Charlebois' experience, placed in the circumstances of the night in question, would reasonably have had the same perceptions. This was not a case where the jury was misdirected to assess the reasonableness of the appellant's perceptions from the view of an "outsider"; see *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 883.

15

In *Pétel*, *supra*, at p. 14, the Court, unanimous on this point, concluded that the trial judge correctly charged the jury by saying it should "try to determine how the accused assessed the situation and compare that assessment with what a reasonable person placed in the same circumstances would have thought". This is precisely how the trial judge proceeded here. The trial judge indicated that the jury should assess the reasonableness of Charlebois' perceptions in light of the previous violence experienced by the accused:

[TRANSLATION] Would a reasonable person, in the same circumstances, have perceived the events in the same way?

I suggest that you use the same reasoning when you consider the second element: reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm. The accused used the word fear quite often in his testimony. Does the evidence demonstrate a history of violence between him and Jetté? There is certainly evidence of violence on two occasions, each one involving a theft. Other than that, is there reason to believe that the accused apprehended a risk of death? You have all sorts of evidence to help you. You have the testimony about Jetté. You have testimony that he was a violent man, an individual who was very fond of fighting. You have his criminal record, which, as the Crown pointed out, shows no violent crimes. You have the period of time for which the accused had known Jetté. And you have evidence of a relationship that was stormy at times and harmonious at others.

Lue dans le cadre de l'exposé pris dans son ensemble, cette partie des directives aurait clairement indiqué au jury qu'il devait évaluer la perception de l'appelant en se demandant si une personne raisonnable, dotée de l'expérience de Charlebois, placée dans les circonstances de la nuit en question, aurait raisonnablement eu les mêmes perceptions. Il ne s'agit pas là d'un cas où le jury a reçu des directives erronées selon lesquelles il doit évaluer le caractère raisonnable des perceptions de l'appelant du point de vue d'un «étranger»: voir *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 883.

Dans *Pétel*, précité, à la p. 14, notre Cour, unanime sur ce point, conclut que le juge du procès a donné des directives appropriées au jury en disant qu'il devait «chercher à déterminer quelle était l'évaluation de la situation par l'accusée et à comparer cette évaluation à celle qu'aurait faite une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances». C'est exactement la façon dont le juge du procès a procédé dans la présente affaire. Il a indiqué que le jury devait évaluer le caractère raisonnable des perceptions de Charlebois en tenant compte des précédents épisodes de violence subis par l'accusé:

Est-ce que l'homme raisonnable, dans des circonstances pareilles, aurait perçu les événements de la même façon?

Et je vous suggère de poursuivre le même raisonnement lorsque vous aborderez le deuxième élément. L'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou des lésions corporelles graves. L'accusé a employé le mot peur bien souvent dans son témoignage. Est-ce que la preuve indique un historique de violence entre lui et Jetté? Il y a certainement une preuve de violence entre lui et Jetté. Il y a certainement une preuve de violence à deux occasions, chaque occasion reliée à la question du vol. A part ça, est-ce qu'il y a raison de croire que l'accusé avait appréhendé un danger de mort? Vous avez toutes sortes de preuves pour vous aider. Vous avez les témoignages concernant Jetté. Vous avez les témoignages que c'était un violent, un individu qui aimait beaucoup se bagarrer. Vous avez ses antécédents qui indiquent, comme le procureur de la Couronne a souligné, aucun crime de violence. Vous avez la période de temps pendant laquelle l'accusé connaissait Jetté. Et vous avez preuve des relations des fois houleuses, des fois harmonieuses.

So, in light of all that, you will consider whether he had a reasonable apprehension of a risk of danger under the circumstances. And whether a reasonable person, under the same circumstances, would have had the same perception. [Emphasis added.]

Having completed his description of the violence between the appellant and the victim, the trial judge quite clearly directed the jury to consider, “in light of all that”, the reasonableness of the accused’s perception and whether an ordinary person, in the same circumstances would have had the same perception. In my view, this is a proper approach to the application of s. 34(2).

The appellant relies on *Lavallee, supra*, for support. In my view, that case has no application here. In *Lavallee*, the Court found that in applying the objective part of s. 34(2) in the context of battered woman syndrome, the reference to the “ordinary man” was inappropriate (at p. 874):

If it strains credulity to imagine what the “ordinary man” would do in the position of a battered spouse, it is probably because men do not typically find themselves in that situation. Some women do, however. The definition of what is reasonable must be adapted to circumstances which are, by and large, foreign to the world inhabited by the hypothetical “reasonable man”.

It was conceded by the appellant that the relationship between the appellant and the victim here is quite distinguishable from that present in *Lavallee*. To allow the appeal on this ground would be to legitimize an extension of *Lavallee* that is not justified on the facts or in policy. While we have relaxed the requirement of imminency of the threat in the self-defence analysis particular to battered women, on the basis of expert evidence outlining the unique conditions they face, there is no justification for extending its scope further on the evidence presented in this case.

Finally, the appellant also argues that the jury was misdirected on the critical third element, whether the accused had an honest but mistaken belief that he had no other option except to kill.

Donc, à la lumière de tout ça, vous allez examiner la question de si, il avait une appréhension raisonnable de danger dans les circonstances. Et si l’homme raisonnable, dans de telles circonstances, aurait eu la même perception. [Je souligne.]

Ayant terminé sa description des incidents violents survenus entre l’appelant et la victime, le juge du procès a, de façon assez claire, exhorté le jury à examiner «à la lumière de tout ça» le caractère raisonnable de la perception de l’accusé et la question de savoir si une personne ordinaire dans les mêmes circonstances aurait eu la même perception. À mon avis, il s’agit là d’une façon correcte d’examiner l’application du par. 34(2).

L’appelant se fonde sur l’arrêt *Lavallee*, précité, pour soutenir ses prétentions. À mon avis, cet arrêt ne s’applique pas en l’espèce. Dans *Lavallee*, notre Cour conclut qu’il est inapproprié, dans le cadre du syndrome de la femme battue, d’appliquer à la partie objective du par. 34(2) la référence à l’«homme ordinaire» (à la p. 874):

S’il est difficile d’imaginer ce qu’un «homme ordinaire» ferait à la place d’un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l’hypothétique «homme raisonnable».

L’appelant admet que la relation entre lui et la victime en l’espèce est très différente de celle de l’affaire *Lavallee*. Accueillir le pourvoi pour ce motif reviendrait à légitimer une extension de la portée de *Lavallee* que ni les faits ni les principes ne justifient. Bien que nous ayons assoupli l’exigence d’imminence de la menace dans l’analyse de la légitime défense dans le cas des femmes battues en nous fondant sur les témoignages d’experts énonçant la situation particulière dans laquelle elles se trouvent, il n’y a pas lieu d’en étendre davantage la portée sur le fondement de la preuve présentée en l’espèce.

Finalement, l’appelant soutient que le jury a reçu des directives erronées quant au troisième élément essentiel, c’est-à-dire la question de savoir si l’accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu’il

The appellant contends that the trial judge did not clearly set out that, if the accused's perception was honestly and reasonably held, it would satisfy the requirements of s. 34(2) even if the perception was in error. The following passage from the charge demonstrates that the trial judge perfectly understood his task:

[TRANSLATION] There is evidence that at the moment when the accused shot the victim, he believed that an attack was imminent. It may be that you will find that the accused's perception was mistaken. Even if the accused's perception was mistaken, but you believe that he still acted reasonably, he is entitled to be found not guilty, as long as the force used meets the requirements of 34(2), that is, that he could not otherwise preserve himself from death than by killing the victim. [Emphasis added.]

This direction is consistent with the seminal direction given in *Reilly, supra*, at p. 404:

Since s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it, the accused may still be found to have acted in self-defence even if he was mistaken in his perception. Reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary man using ordinary care could have made in the same circumstances.

The appellant also argues that the jury should have been directed that there is no formal obligation to retreat from one's home. In the precise circumstances of this case in view of the general allegation made, I do not think it is necessary to deal with the broader issue. The accused and victim did not live together. The issue here is whether there was a reasonable possibility of retreat at the time of the homicide.

18

A review of the trial judge's charge demonstrates that any errors in the charge on the issue of self-defence caused minimal prejudice and, consequently, I would follow the lead of the majority of the Court of Appeal and apply s. 686. I accept the respondent's position that the reference to

n'avait d'autre choix que de tuer. L'appellant prétend que le juge du procès n'a pas clairement indiqué que, si la perception de l'accusé était sincère et raisonnable, cela répondrait à l'exigence du par. 34(2) même si la perception était erronée. Le passage suivant de l'exposé au jury montre que le juge du procès a parfaitement compris la tâche qui lui incombait:

Il y a une preuve à l'effet qu'au moment où l'accusé a tiré sur la victime, il croyait qu'une attaque était imminente. Vous trouverez peut-être que la perception de l'accusé était en erreur. Même si la perception de l'accusé était mal fondée, mais si vous êtes d'avis qu'il fut raisonnable quand même, il a le droit d'être trouvé non coupable, à la condition que la force appliquée rencontre les exigences de 34(2) c'est-à-dire qu'il n'aurait pu se soustraire autrement qu'en tuant la victime. [Je souligne.]

Cette directive est compatible avec la directive faisant autorité donnée dans l'arrêt *Reilly*, précité, à la p. 404:

Étant donné que le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en la légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances.

L'appellant soutient en outre que le jury aurait dû recevoir une directive selon laquelle il n'existe pas d'obligation formelle de fuir son domicile. Vu les faits particuliers de la présente affaire et l'allégation générale qui est faite, je ne vois pas la nécessité de traiter de cette question générale. L'accusé et la victime ne vivaient pas ensemble. La question qui se pose est de savoir s'il existait une possibilité raisonnable de fuir au moment où l'homicide a été commis.

L'examen de l'exposé du juge au jury montre que les erreurs, s'il en est, dans les directives sur la légitime défense ont causé un préjudice minime. Je suivrais donc la voie tracée par la majorité de la Cour d'appel et appliquerais l'art. 686. J'accepte le point de vue de l'intimée selon lequel la référence

“a reasonable person . . . in the accused’s situation” was not so incomplete as to create a substantial wrong or miscarriage of justice. Taken as a whole, the charge could not have given the jury the impression that they were to consider the reasonableness of the appellant’s perceptions from the perspective of the hypothetically neutral reasonable man, divorced from the appellant’s personal circumstances.

(2) *The Extent of the Error Related to the Expert Testimony*

Dr. Lafleur is a psychiatrist who was called by the appellant to offer an expert opinion that the appellant was suffering from acute anxiety at the time of the shooting. He was the last witness to testify. The appellant emphasized the failure of the trial judge to properly summarize Dr. Lafleur’s evidence and to relate it to his defence. Both the dissent and the majority of the Court of Appeal were of the view that the charge was somewhat defective in those respects. As the following demonstrates, the majority of the Court of Appeal very properly decided that s. 686(1)(b)(iii) should apply.

(i) The Summary of Dr. Lafleur’s Testimony

The judge must squarely put before the jury the essential elements of the evidence that can support the accused’s defence. Here, the appellant contends the trial judge erred in two respects: first, in failing to summarize Dr. Lafleur’s evidence, and second, in unfairly discounting Dr. Lafleur’s testimony by over-emphasizing the fact that his opinion was not based on all the relevant evidence.

In my view, these allegations do not reveal a serious miscarriage of justice. On the first complaint, a review of the charge as a whole demonstrates that the trial judge detailed Dr. Lafleur’s evidence on several occasions. In fact, the charge is replete with references to his testimony, which, I repeat, was the last one heard and fresh in the memory of the jury. I also do not accept that the

à «l’homme raisonnable [. . .] dans la situation de l’accusé» n’est pas incomplète au point de créer un tort important ou une erreur judiciaire grave. Pris dans son ensemble, l’exposé au jury n’a pas pu donner aux jurés l’impression qu’ils devaient examiner le caractère raisonnable des perceptions de l’appelant en se plaçant du point de vue de l’homme raisonnable hypothétiquement neutre, en faisant abstraction de la situation personnelle de l’accusé.

(2) *L’ampleur de l’erreur quant au témoignage d’expert*

Le D^r Lafleur est le psychiatre que l’appelant a cité comme témoin expert pour établir qu’il souffrait d’anxiété aiguë lorsqu’il a fait feu. Il est le dernier témoin entendu. L’appelant souligne que le juge du procès n’a pas résumé comme il se doit le témoignage du D^r Lafleur et qu’il n’a pas établi de lien entre ce témoignage et sa défense. Tant le juge dissident que les juges majoritaires de la Cour d’appel sont d’avis que l’exposé au jury comporte des lacunes à ces égards. Comme le montre ce qui suit, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu raison de décider que le sous-al. 686(1)(b)(iii) doit s’appliquer.

(i) Le résumé du témoignage du D^r Lafleur

Le juge doit clairement présenter au jury les éléments de preuve essentiels susceptibles d’étayer la défense de l’accusé. En l’occurrence, l’appelant soutient que le juge du procès a fait deux erreurs: l’une, en ne résumant pas le témoignage du D^r Lafleur; l’autre, en diminuant injustement la valeur du témoignage du D^r Lafleur en insistant trop sur le fait que son opinion n’était pas fondée sur tous les éléments de preuve pertinents.

À mon avis, ces allégations ne révèlent pas une grave erreur judiciaire. En ce qui a trait à la première plainte, l’examen de l’exposé au jury pris dans son ensemble montre que le juge du procès a, à plusieurs reprises, donné des détails sur le témoignage du D^r Lafleur. En fait, l’exposé au jury regorge de références à son témoignage, qui, je le répète, était le dernier entendu et était frais dans la

19

20

21

trial judge's insistence on what Dr. Lafleur did not consider caused serious prejudice to the appellant.

22

The trial judge first referred to Dr. Lafleur's testimony early in his charge, when directing the jury on the assessment of expert evidence. Immediately prior to an adjournment, the trial judge summarized the basis of Dr. Lafleur's opinion as follows:

[TRANSLATION] You must, in my view, weigh the testimony of Dr. Lafleur with great prudence because the conclusions of Dr. Lafleur were contested during Crown arguments. In many cases, Dr. Lafleur alluded to statements obtained from a whole series of persons who testified before you, but, on the other hand, there are certain other things which he did not examine at all. Particularly, the 911 cassette. I would also mention the photographs and the plan of the apartment. Nor did he take any interest in the position of the victim when assessing something which went to the very heart of the argument of self-defence.

I am not stating any opinion on the value of his testimony. That is up to you to decide, but certainly you must look not only at the information he addressed but also at those things he did not consider in reaching his conclusion.

This direction was clearly proper. As directed in *Lavallee, supra*, at p. 896, "[t]he judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion." I would add that the corollary is also true: the more the expert fails to consider relevant facts, the less weight the jury may attribute to the opinion.

23

The appellant argues that the trial judge unnecessarily repeated the shortcomings of the evidentiary foundation of Dr. Lafleur's report. This contention is based on the comment made by the trial judge upon resuming, after the above noted adjournment:

[TRANSLATION] Before the adjournment, I was in the process of cautioning you that, particularly with respect to the testimony of Dr. Lafleur, it was important that you take into account not only what he considered, but

mémoire des jurés. Je n'accepte pas non plus l'argument selon lequel le fait que le juge du procès insiste sur ce que le D^r Lafleur n'a pas pris en considération a causé un préjudice grave à l'appellant.

Le juge du procès a d'abord mentionné le témoignage du D^r Lafleur au début de son exposé au jury, lorsqu'il a donné ses directives sur l'évaluation de la preuve d'expert. Juste avant l'ajournement, il a résumé le fondement de l'opinion du D^r Lafleur de la façon suivante:

Vous avez, à mon avis, à peser avec beaucoup de soin, le témoignage du D^r Lafleur parce que les conclusions du D^r Lafleur sont contestées dans la thèse de la Couronne. Dans bien des cas, le D^r Lafleur a fait allusion à des déclarations obtenues par toute une série de personnes qui ont témoigné devant vous, mais par contre, il y a certaines autres choses qu'il n'avait jamais consultées. Notamment, la cassette de 911. Notamment, les photographies, le plan de l'appartement. Il ne s'était non plus adressé à la position de la victime dans une évaluation qui a touché très, très près à la défense de légitime défense.

Je n'émetts aucune opinion sur la valeur de son témoignage, c'est à vous de décider, mais évidemment, vous devez regarder non seulement les données auxquelles il s'est adressé, mais également les choses qu'il n'a pas regardées pour arriver à sa conclusion.

Cette directive est manifestement appropriée. Comme l'exige l'arrêt *Lavallee*, précité, à la p. 896, «[l]e juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande.» J'ajouterais que le corollaire est également vrai: plus l'expert omet de prendre en considération des faits pertinents, moins le jury peut accorder de poids à son opinion.

L'appellant soutient que le juge du procès a répété inutilement les faiblesses du fondement probatoire du rapport du D^r Lafleur. Cette prétention est fondée sur le commentaire que le juge du procès a fait lorsqu'il a repris la séance, après l'ajournement:

Avant l'ajournement, j'étais en train de vous avertir que notamment sur votre évaluation du témoignage du D^r Lafleur, il y a lieu de considérer non seulement ce qu'il a pris en considération, mais ce qu'il n'a pas pris

what he failed to consider. Dr. Lafleur offered an opinion with respect to the state of mind of the accused at the time the incident occurred with the aim of supporting the claim of the accused, that he apprehended an immediate assault.

The fact that Dr. Lafleur did not ask any questions as to whether or not the victim was sleeping, whether the lights were on or off, nor whether or not the victim was even aware of the accused's entry. That he was not aware that the victim was stretched out on his stomach on the sofa. Nor saw the photos. He was not aware of the "blow with the butt of the gun". These are all factors which you might want to consider in deciding what weight you wish to attach to the opinion of Dr. Lafleur relating to the perception of the accused.

In my view, the repetition of directions made before the break was unnecessary. I note, however, that in his first sentence, the trial judge properly warned the jury that in assessing Dr. Lafleur's evidence, they should consider both what he considered and what he did not.

(ii) The Failure to Relate Dr. Lafleur's Testimony to the Elements of Self-defence

In *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 9, our Court recalled the long accepted rule that:

In the course of giving directions to a jury, it is essential that the trial judge outline for them the theory or position of the defence and refer the jury to the essential elements bearing on that defence in such a way that it will ensure the jury's proper appreciation of the evidence.

The appellant asserts that the trial judge did not specifically relate Dr. Lafleur's evidence to the relevant elements of self-defence. This was the heart of the dissent in the court below (at p. 433):

... as my colleague notes, the judge did not review uncontradicted expert evidence called in support of that defence. Still less did he relate that evidence to the component of self-defence upon which it bore — the

en considération. [Le] D^r Lafleur a émis une opinion sur l'état d'esprit de l'accusé au moment où l'incident s'est produit, dans le but d'étayer la prétention de l'accusé, qu'il avait appréhendé l'imminence d'une attaque.

Le fait que le D^r Lafleur n'était pas ou ne s'est pas posé des questions pour savoir si la victime dormait, si les lumières étaient ouvertes ou fermées, n'a pas posé une question sur l'entrée, sur si oui ou non, la victime était au courant de l'arrivée de l'accusé. Qu'il n'était pas au courant que la victime était étendue à plat ventre sur le sofa. N'a pas vu les photos. Il n'était pas au courant du coup de crosse, sont peut-être des facteurs que vous voulez considérer en décidant quel poids vous allez attacher à l'opinion du D^r Lafleur sur la question de la perception de l'accusé.

Selon moi, le fait de répéter les directives données avant la pause est inutile. Je fais remarquer toutefois que, dans sa première phrase, le juge du procès a eu raison de prévenir les jurés qu'en évaluant le témoignage du D^r Lafleur, ils devaient tenir compte tant de ce que celui-ci a pris en considération que de ce qu'il n'a pas pris en considération.

(ii) L'omission d'établir le lien entre le témoignage du D^r Lafleur et les éléments de la légitime défense

Dans *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, au par. 9, notre Cour a rappelé la règle établie de longue date:

Lorsqu'il donne des directives au jury, il est essentiel que le juge du procès résume la thèse ou la position de la défense et qu'il mentionne les éléments essentiels qui influent sur cette défense de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve.

L'appelant affirme que le juge du procès n'a pas expressément établi de lien entre le témoignage du D^r Lafleur et les éléments pertinents de la légitime défense. Ceci était au cœur de la dissidence à la Cour d'appel (au par. 69):

[TRADUCTION] ... ainsi que mon collègue le fait remarquer, le juge n'a pas réexaminé le témoignage non contesté de l'expert convoqué au soutien de ce moyen de défense. Encore moins a-t-il établi le lien entre ce témoignage et l'élément de la légitime défense sur lequel il reposait — le caractère raisonnable de la per-

reasonableness of appellant's perception that he was acting in self-defence.

The trial judge connected Dr. Lafleur's evidence to the elements of self-defence on several occasions, although he did not specifically announce each time that this is what he was doing. Even if the trial judge could have expressed himself more clearly, "a standard of perfection is not the test when an appellate court reviews a jury charge" (*R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123, at para. 15). In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, our Court recognized at para. 2 that while there is an entitlement to a properly instructed jury, "[t]here is . . . no requirement for perfectly instructed juries" (emphasis deleted). One must accept that it is not incumbent on the trial judge to make an argument for the defence or to fashion the most favourable charge to the defence; see *R. v. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (Sask. C.A.).

ception de l'appelant selon laquelle il agissait en légitime défense.

Le juge du procès a établi le lien entre le témoignage du Dr Lafleur et les éléments de la légitime défense à plusieurs reprises, même s'il n'a pas chaque fois expressément déclaré que c'est en fait ce qu'il faisait. Même si le juge du procès aurait pu s'exprimer de façon plus claire, «la norme qu'applique une cour d'appel qui examine un exposé au jury n'est pas celle de la perfection» (*R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123, au par. 15). Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, notre Cour reconnaît (au par. 2) que, même si le droit à un jury ayant reçu des directives appropriées existe, «[i]l n'existe [. . .] aucune obligation que les directives au jury soient parfaites» (soulignement omis). Force nous est d'accepter qu'il n'incombe pas au juge du procès de présenter un argument favorable à la défense ou un exposé au jury qui profite à celle-ci (voir *R. c. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (C.A. Sask.)).

25

As reproduced previously, in explaining the significance of Dr. Lafleur's evidence to the defence, the trial judge correlated his evidence with the first element of self-defence, the apprehension of an immediate attack:

[TRANSLATION] Dr. Lafleur offered an opinion with respect to the state of mind of the accused at the time the incident occurred with the aim of supporting the claim of the accused, that he apprehended an immediate assault.

By highlighting that Dr. Lafleur's assessment of the appellant's state of mind supported the appellant's fear of an imminent attack, the trial judge described the essence of the expert testimony and the defence purpose behind calling it. Moreover, in discussing the third element of self-defence, whether the appellant had a reasonable belief that he had no other option but to use force, the trial judge again referred to Lafleur's testimony:

[TRANSLATION] The belief that one cannot preserve oneself otherwise than by killing the assailant, reasonable belief. Did he believe that the only way to preserve him-

Tel qu'en fait foi le passage rapporté plus haut, en expliquant l'importance du témoignage du Dr Lafleur pour la défense, le juge du procès a établi un lien entre son témoignage et le premier élément de la légitime défense, à savoir la crainte d'une attaque immédiate:

[Le] Dr Lafleur a émis une opinion sur l'état d'esprit de l'accusé au moment où l'incident s'est produit, dans le but d'étayer la prétention de l'accusé, qu'il avait appréhendé l'imminence d'une attaque.

En mettant en relief le fait que l'évaluation du Dr Lafleur de l'état d'esprit de l'appelant étayait la crainte de l'appelant d'une attaque imminente, le juge du procès a décrit l'essence du témoignage de l'expert et l'objectif recherché par la défense en le faisant entendre. De plus, en parlant du troisième élément de la légitime défense, l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il n'y avait pas d'autre choix que le recours à la force, le juge du procès a une fois de plus cité le témoignage du Dr Lafleur:

La croyance qu'on ne peut pas s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur, croyance raisonnable. Croyait-il que la seule façon de s'en sortir était de tuer la victime?

self was to kill the victim? That is the first question you are going to ask yourselves. And of course, to help you, you have the evidence that Piché was in his room. The Lalancettes were in apartment 3. The door that was in the hallway was accessible even before entering the living room. Yes, it's true, Dr. Lafleur talked about a climate of fear, but do not forget his testimony that the accused realized that killing someone was morally and legally wrong. There is no question in this case of a mental disorder in any sense.

The appellant contends that in connecting Dr. Lafleur's evidence with the plainly irrelevant issue of mental disorder, the trial judge improperly discounted its value. I do not believe this narrow claim is very significant. In my view, the trial judge simply reminded the jury that Dr. Lafleur's evidence of the appellant's fear was relevant in their consideration of this element of self-defence. The fact that afterwards he dismissed irrelevant issues has little significance, especially when the charge is looked at as a whole.

Finally, I note that the trial judge recognized that Dr. Lafleur's testimony was relevant to the presence of the premeditation required for a conviction of first degree murder. He stated:

[TRANSLATION] Perhaps Dr. Lafleur's testimony would be useful in this respect. If you accept the state of anxiety described by the accused and Dr. Lafleur in their testimony, you will perhaps ask yourselves, could he, the accused, in that kind of state, weigh and analyse the pros and cons of killing Jetté?

By finding him guilty of second degree murder, the jury accepted that there existed a reasonable doubt that the appellant had premeditated the murder. The trial judge's reference to Dr. Lafleur's testimony supported the appellant's position that it was only in his state of anxiety that he was incapable of weighing and analyzing his decision to act. The trial judge's acknowledgment that Dr. Lafleur's evidence, if accepted, would cast doubt on the appellant's ability to weigh alternatives is

Vous allez vous demander cette question en premier. Et évidemment, pour vous aider, vous avez la preuve à l'effet que Piché était dans sa chambre. Les Lalancette étaient dans l'appartement 3. La porte qui était dans le corridor était accessible avant même qu'on arrive au salon. Oui, c'est exact, le D^r Lafleur a parlé d'un climat de peur, mais n'oubliez pas son témoignage à l'effet que l'accusé réalisait que tuer quelqu'un était moralement et légalement mauvais. Ce n'est pas une question ici de troubles mentaux en aucun sens.

L'appellant soutient qu'en établissant un lien entre le témoignage du D^r Lafleur et la question manifestement dénuée de pertinence du trouble mental, le juge du procès a, à tort, diminué la valeur de ce témoignage. Je ne crois pas que cette prétention particulière ait beaucoup d'importance. À mon avis, le juge du procès a simplement rappelé au jury que le témoignage du D^r Lafleur sur la crainte de l'appellant était pertinent pour ce qui est de leur prise en considération de cet élément de la légitime défense. Le fait qu'il ait par la suite rejeté les questions non pertinentes a peu d'importance, surtout lorsque l'exposé au jury est pris dans son ensemble.

Finalement, je souligne le fait que le juge du procès reconnaît que le témoignage du D^r Lafleur est pertinent quant à l'existence de la préméditation qui est exigée pour une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Il dit:

Peut-être ici le témoignage du docteur Lafleur serait utile dans ce sens. Si vous acceptez l'état d'anxiété dont a témoigné l'accusé et dont a témoigné le docteur Lafleur, vous allez peut-être vous demander, pouvait-il, l'accusé, dans un tel état, peser et réfléchir sur les avantages et désavantages de tuer Jetté?

En déclarant l'appellant coupable de meurtre au deuxième degré, le jury a admis l'existence d'un doute raisonnable quant à la préméditation. La référence du juge du procès au témoignage du D^r Lafleur étaye la prétention de l'appellant selon laquelle c'est uniquement lorsqu'il est dans un état d'anxiété qu'il est incapable de peser et d'analyser sa décision d'agir. Le fait que le juge du procès ait reconnu que le témoignage du D^r Lafleur, s'il était admis, jetterait un doute sur la capacité de l'appe-

another tie between the evidence and the third element of self-defence.

27 The foregoing passages of the jury charge demonstrate that the errors in the trial judge's summary and handling of Dr. Lafleur's testimony caused minimal prejudice. The trial judge directed the jury to consider the climate of fear described by Dr. Lafleur in their deliberations and repeated on numerous occasions his evidence that the appellant was in a state of anxiety at the time of the shooting. By pointing to Dr. Lafleur's evidence, the trial judge ensured that his testimony would be considered during the discussion of each of the elements of self-defence.

28 That being said, I agree that it would have been preferable for the trial judge to expand his comments on the details of Dr. Lafleur's testimony, as was suggested in the majority reasons of *Beauregard J.A.* (at p. 424):

[TRANSLATION] It would have been preferable, after having stated to the jury that Charlebois relied on self-defence, that the judge refer the jury to the opinion of the psychiatrist Lafleur further to which, when he pulled the trigger, Charlebois was suffering from chronic anxiety which became acute by the arrival of Jetté at his home, the knife incident and the presence and discovery by Jetté of the gun in the apartment. Thus, prior to dealing with the weak points of the psychiatrist's testimony, the judge could have shown the positive aspects.

I agree with *Beauregard J.A.* in that I remain convinced that the failure to fully detail Dr. Lafleur's evidence, in light of the whole charge and the overwhelming evidence, did not cause significant prejudice to the accused. When assessing whether the proviso should be applied, the ultimate question is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different absent the error. It was argued that where the defence is difficult, there is no room for error on the part of the judge. However, where the defence is difficult, it is less likely that the defence would be made out. I see no legal justification for a different standard to be applied where the accused simply raises an

argument to peser les autres choix qui s'offraient à lui est un autre lien entre le témoignage et le troisième élément de la légitime défense.

Les passages précédents de l'exposé au jury montrent que les erreurs commises par le juge du procès dans son résumé et la façon dont il a traité le témoignage du D^r Lafleur ont causé un préjudice minime. Le juge du procès a donné au jury comme directive de prendre en considération, au cours de ses délibérations, le climat de peur décrit par le D^r Lafleur et a répété à plusieurs reprises son témoignage selon lequel l'appelant était dans un état d'anxiété lorsqu'il a fait feu. En attirant l'attention sur le témoignage du D^r Lafleur, le juge du procès veillait à ce qu'il soit pris en considération lors de la discussion de chacun des éléments de la légitime défense.

Cela dit, j'admets qu'il aurait été préférable que le juge du procès approfondisse davantage ses commentaires sur le témoignage du D^r Lafleur, comme l'a indiqué le juge *Beauregard* dans les motifs de la majorité (au par. 25):

Il eût été préférable qu'après avoir dit au jury que la thèse de Charlebois était la légitime défense, le juge rappelle au jury l'opinion du psychiatre Lafleur suivant laquelle, lorsqu'il a tiré, Charlebois souffrait d'une anxiété chronique devenue aiguë par l'arrivée de Jetté chez lui, l'incident du couteau et la présence, au su de Jetté, de l'arme dans l'appartement. Ainsi, avant de traiter de ce qui affaiblissait le témoignage du psychiatre, le juge en aurait montré les aspects positifs.

Je suis d'accord avec le juge *Beauregard* en ce sens que je demeure convaincu, d'après l'exposé pris dans sa totalité et la preuve accablante, que le fait de ne pas reprendre en détail le témoignage du D^r Lafleur n'a pas causé un préjudice important à l'accusé. Lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il y a lieu d'appliquer la disposition, l'ultime question à se poser consiste à se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent en l'absence d'erreur. On soutient que, dans les cas où il est difficile de produire une défense, aucune erreur n'est permise de la part du juge. Toutefois, quand la défense est difficile, il est moins probable aussi que la défense soit établie. Je ne vois pas de

unlikely defence. In my view, the law applies invariably in all situations. Absent an error in the handling of Dr. Lafleur's evidence, the verdict would in my view have remained the same, and hence I agree with Beauregard J.A.'s conclusion that it did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice to the appellant. Thus I conclude that this is an appropriate situation for the application of the proviso.

(iii) Character Evidence

It is argued that the relevance of the accused's evidence that he was peaceful and non-violent was restricted by the trial judge to the sole issue of supporting his credibility. This is not entirely accurate. The trial judge did refer to the relation between the appellant's good character evidence and his defence that he was not a type of person capable of committing a murder:

[TRANSLATION] Mr. Bordeleau presented evidence that was quite, through a number of witnesses, I should rather say, evidence through a number of witnesses, as to the accused's morals. Actually, it was in the nature of character evidence. The aim of this evidence was to present the accused as being someone who is peaceful and non-violent. The accused does not deny that he shot the victim, but character evidence was presented firstly, in support of the appellant's claim that he had acted in self-defence, and secondly, and this is related to the first point, that the accused was not a person of such a character that would lend itself to committing such a crime.

He only mentioned this once, however, and thereafter restricted his comments to the relation between the evidence and the credibility of the accused. Without contesting the essential nature of the two uses of good character evidence in the charge to the jury (see *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (B.C.C.A.)), the Crown argues that the curative provision should be applied.

In my view, the application of the proviso is appropriate since this error is of minor significance in the context of the charge as a whole and consequently caused little prejudice to the accused.

justification en droit pour appliquer une norme différente lorsque l'accusé se contente d'invoquer une défense peu vraisemblable. À mon avis, le droit s'applique de la même façon à toutes les situations. Même en l'absence d'erreur dans le traitement du témoignage du D^r Lafleur, j'estime que le verdict aurait été le même et je suis par conséquent d'accord avec le juge Beauregard pour conclure qu' il n'en est pas résulté un tort important ou une erreur judiciaire grave pour l'appelant. Je juge qu'il s'agit là d'un cas auquel il convient d'appliquer la disposition réparatrice.

(iii) Preuve de moralité

On soutient que le juge du procès a limité la pertinence du témoignage de l'accusé selon lequel il est calme et non violent à la seule question d'appuyer sa crédibilité. Cela n'est pas entièrement exact. Le juge du procès a mentionné le lien entre la preuve de bonne moralité de l'appelant et sa défense selon laquelle il n'était pas le genre de personne capable de commettre un meurtre:

Maître Bordeleau a présenté une preuve assez, par de nombreux témoins je préfère dire, par de nombreux témoins, sur la moralité de l'accusé. Effectivement, c'est une preuve de caractère de l'accusé. Le but de cette preuve était de présenter l'accusé comme quelqu'un qui est paisible et non violent. L'accusé ne nie pas que c'est lui qui a tiré, mais la preuve de caractère a été présentée pour étayer, en premier lieu, la prétention que l'accusé agissait en légitime défense et deuxièmement, et ça relié à cette première partie, que l'accusé n'est pas une personne du caractère de commettre une telle infraction.

Il a fait cette remarque seulement une fois, cependant, et s'en est tenu par la suite au lien qui existe entre la preuve et la crédibilité de l'accusé. Sans remettre en question la nature primordiale des deux usages de la preuve de bonne moralité dans un exposé au jury (voir *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (C.A.C.-B.)), le ministère public soutient qu'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice.

À mon avis, l'application de la disposition est indiquée étant donné que l'erreur a peu d'importance eu égard au contexte de l'exposé au jury pris dans sa totalité et qu'elle a donc causé peu de pré-

Perhaps that explains the fact that the appellant did not object on this point at trial, which is a fact that can be considered when determining the gravity of the error; see *Jacquard, supra*, at para. 38. The focus here is on the reasonableness of the accused's perception that an attack was imminent and on his perception that there was no reasonable alternative when he approached his sleeping victim and shot him in the back of the head at close range. The evidence of good character sheds little light on this question. This is not a case where the actions of the accused are in doubt; rather it is only his mental state which is under consideration. Given the evidence, the argument that the accused could not have committed murder because he was of good character has little significance. I am convinced that the verdict would have been the same if the trial judge had properly directed the jury that the appellant's character evidence was relevant in assessing whether he could have committed murder. Thus, I would apply s. 686(1)(b)(iii) to cure the error.

(iv) Blood Test

31 The Crown's question in cross-examination which gave rise to this complaint is only tangentially relevant to the issues in this appeal. The appellant testified that he had never fired, charged or discharged the firearm before the night in question. In order to test the veracity of this statement, the Crown asked for a sample of the accused's blood to see whether it matched the blood found on Charlebois' ammunition belt. As I understand the Crown's position, evidence of a blood match would be of some use to the Crown in demonstrating that Charlebois was lying when he testified he had never previously fired, charged or discharged the gun.

32 Evidently, since the issue of Charlebois' prior use of the gun is irrelevant to this appeal, the Crown's request was made to undermine the appellant's denial that he had previously used the gun and to cast doubt on his credibility. The appel-

judice à l'accusé. Cela explique peut-être le fait que l'appelant n'ait pas soulevé d'objection sur ce point lors du procès, fait dont on peut tenir compte pour établir la gravité de l'erreur; voir *Jacquard, précité*, au par. 38. La présente affaire repose sur le caractère raisonnable de la perception de l'accusé qu'une attaque était imminente et sur sa perception qu'il n'y avait pas d'autre solution raisonnable lorsqu'il s'est approché de la victime endormie et lui a tiré une balle derrière la tête à faible distance. La preuve de bonne moralité n'éclaire pas beaucoup la question. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on doute des actions de l'accusé; c'est seulement son état d'esprit qui est en cause. Étant donné la preuve, l'argument selon lequel l'accusé n'aurait pas pu commettre un meurtre en raison de sa bonne moralité a peu d'importance. Je suis convaincu que le verdict aurait été le même si le juge du procès avait donné au jury la directive appropriée que la preuve de moralité de l'appelant est pertinente lorsqu'il est question d'évaluer s'il a pu commettre un meurtre. Par conséquent, je suis d'avis d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) pour réparer l'erreur.

(iv) La prise de sang

La question qu'a posée le ministère public en contre-interrogatoire et qui a donné lieu à cette plainte ne se rapporte que de façon incidente aux questions soulevées dans le pourvoi. L'appelant témoigne que, avant la nuit en cause, il n'a jamais tiré avec l'arme à feu et qu'il ne l'a jamais chargée ou déchargée. Afin de vérifier la véracité de cette déclaration, le ministère public demande un échantillon de sang de l'accusé pour voir s'il correspond au sang trouvé sur le ceinturon de cartouches de Charlebois. Tel que je comprends la position du ministère public, la preuve d'une correspondance des deux échantillons de sang servirait, pour le ministère public, à démontrer que Charlebois ment lorsqu'il dit qu'il n'a jamais auparavant tiré avec le fusil et qu'il ne l'a jamais chargé ou déchargé.

De toute évidence, étant donné que la question de l'utilisation antérieure du fusil par Charlebois n'est pas pertinente en l'espèce, la demande du ministère public vise à affaiblir la dénégation de l'appelant concernant son usage antérieur du fusil

lant contends that by forcing him to assert, in front of the jury, his constitutional right to refuse the blood test (*R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145), the judge unfairly tarnished his credibility.

In my opinion, even if this refusal had some effect on the appellant's credibility, the effect was greatly diminished by the trial judge's direction that no adverse inference could be drawn from the refusal. It must also be remembered that when the appellant decided to testify, he put his credibility on the line (*R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618).

The Crown concedes that the request was inappropriate, but contends that it is cured under s. 686(1)(b)(iii). In light of the trial judge's warning, I agree that the prejudice suffered by the appellant was minimal. When considered in the context of the defence as a whole, it is plainly obvious that the issue of blood on the gun belt was so removed from the heart of the case that it had very little significance. I have faith that the jury recognized this fact. In my view, this is a clear situation where the proviso should be applied.

(v) Did the Trial Judge Err by Allowing the Crown to Ask the Appellant to Submit to an Examination by a Crown Psychiatrist?

After the request for a blood test was made, the Crown was allowed to ask the following question:

[TRANSLATION] Mr. Charlebois, over the course of the last few weeks, you met Dr. Lafleur, the psychiatrist, with a view to preparing your defence. Would you agree to meet in the near future, at the request of the Crown, a psychiatric expert named John Wolwertz so as to allow the Crown to prepare a second psychiatric opinion?

In his charge, the trial judge informed the jury that the accused was within his rights to refuse the assessment, and that while no adverse inference as to his guilt could be drawn from that refusal, the

et à faire douter de sa crédibilité. L'appelant soutient qu'en le forçant à invoquer, devant le jury, son droit constitutionnel de refuser de se soumettre à une prise de sang (*R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145), le juge a injustement entaché sa crédibilité.

Selon moi, même si ce refus a eu un effet sur la crédibilité de l'appelant, l'effet aura été grandement diminué par la directive du juge du procès qu'aucune conclusion défavorable ne peut être tirée du refus. Il faut également se rappeler que, lorsque l'appelant a décidé de témoigner, il a mis en jeu sa crédibilité (*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618).

Le ministère public concède que la demande est inappropriée, mais il soutient qu'il suffit d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) pour remédier à la situation. Compte tenu de la mise en garde du juge du procès, je conviens que le préjudice subi par l'appelant est minime. Lorsqu'on l'examine dans le cadre de la défense prise dans son ensemble, il est tout à fait clair que la question du sang sur le ceinturon de cartouches est tellement éloignée du cœur de cette affaire qu'elle a eu très peu d'importance. Je suis convaincu que le jury a reconnu ce fait. À mon avis, nous sommes clairement en présence d'une affaire où il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice.

(v) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en autorisant le ministère public à demander à l'appelant de voir un psychiatre choisi par le ministère public?

Après la demande de prise de sang, on a permis au ministère public de poser la question suivante:

Monsieur Charlebois, vous avez au cours des dernières semaines rencontré le docteur Lafleur, le psychiatre dans le but de préparer votre défense; est-ce que vous accepteriez dans l'immédiat de rencontrer, à la demande de la Couronne, un expert psychiatre du nom du docteur John Wolwertz dans le but que la Couronne confectionne une contre-expertise psychiatrique?

Dans son exposé, le juge explique au jury que l'accusé a le droit de refuser d'être examiné et que, même si l'on ne peut en tirer aucune inférence de culpabilité, le refus est pertinent quant à la force

33

34

35

refusal was relevant to the probative value of the evidence relating to his apprehension on the night in question:

[TRANSLATION] By refusing to undergo a psychiatric assessment at the request of the Crown, the accused is absolutely acting within his rights and you cannot and you must not draw any adverse conclusion as a result of this refusal. However, given that the accused has submitted that his apprehension of an immediate attack, or his perception . . . his perception that he felt about to be attacked as one of . . . he submitted as one of the cornerstones of his defence and he called upon a “shrink” to support this claim. Under these circumstances, his refusal to submit to an expert assessment by a Crown expert is a relevant fact and that is why the question was allowed. . . . [Y]ou may, without obviously being obliged to, take the refusal into consideration when determining the probative value that you are going to grant to the evidence in connection with the apprehension of the accused on the night in question.

It has been argued that the trial judge erred by allowing the Crown to ask the accused whether he would submit to an assessment by Dr. Wolwertz in the manner chosen and by instructing the jury that the refusal was relevant to the probative value of the evidence. In my view the request for an assessment was not improper as it is conceded that the Crown was entitled to call a psychiatrist to rebut the expert evidence presented by the accused. While it would have been preferable if the question acknowledged that the Crown had previously received the accused’s refusal, I reject the view that coupled with the request for a blood test, this question amounted to a substantial wrong or miscarriage of justice.

probante des éléments de preuve concernant la crainte qu’il éprouvait au cours de la nuit en question:

En refusant à se soumettre à un examen par un psychiatre à la demande de la couronne, l’accusé est absolument dans ses droits et de ce refus vous ne pouvez pas et vous ne devez pas tirer aucune inférence de culpabilité de sa part. Cependant, étant donné que l’accusé a mis en question sa perception de l’éminence d’une attaque ou sa perception, sa perception qu’il était au point d’être attaqué comme une des . . . il a avancé comme une des pierres angulaires de sa défense et qu’il a appelé un «psy» pour étayer cette prétention. Dans ces circonstances-là, son refus à se soumettre à un examen par un expert de la couronne est quelque chose qui est pertinent et c’est pourquoi la question a été permise. [. . .] [V]ous pouvez, sans évidemment y être obligé, prendre le refus en considération en décidant de la valeur probante que vous allez accorder à la preuve portant sur la perception de l’accusé la soirée en question.

On soutient que le juge du procès a commis une erreur en autorisant le ministère public à demander à l’accusé s’il se soumettrait à un examen par le Dr Wolwertz de la manière choisie et en indiquant au jury que le refus était pertinent quant à la force probante de la preuve. Selon moi, la demande d’examen n’était pas inappropriée étant donné qu’il est admis que le ministère public était en droit de faire venir un psychiatre pour réfuter la preuve d’expert présentée par l’accusé. Même s’il aurait été préférable de reconnaître dans la question que l’accusé avait répondu non auparavant à la demande du ministère public, je rejette le point de vue que cette demande, ajoutée à la demande de prise de sang, équivaut à un tort important ou à une erreur judiciaire grave.

Les juges de la Cour d’appel sont divisés quant à la question de savoir si, lors des discussions entre l’avocat et le juge du procès, l’accusé a refusé de se faire examiner par le Dr Wolwertz ou par tout autre psychiatre. À mon avis, c’est une question qui a peu d’importance. Le jury savait seulement que l’accusé avait refusé de voir le Dr Wolwertz. Le ministère public avait le droit de demander que l’accusé se soumette à un examen par un expert de son choix; l’avocat de l’accusé était autorisé à

36

The court below was divided on the issue of whether, in discussions between counsel and the trial judge, the accused had refused to be assessed by Dr. Wolwertz or by any psychiatrist at all. In my view, the question of whether the accused’s refusal was limited to a rejection of Dr. Wolwertz or whether it was a blanket denial of any assessment is of little significance. The jury was only aware that the accused refused to be assessed by Dr. Wolwertz. The Crown had the right to ask the accused to submit to a psychiatric assessment conducted by an expert of its choice; it was open to

counsel for the accused to question Dr. Wolwertz's qualifications and impartiality.

In finding that the trial judge improperly allowed the question, the dissent in the Court of Appeal acknowledged that *R. v. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (Ont. C.A.), allows for the possibility that the Crown may, in appropriate circumstances, introduce evidence of the accused's refusal to speak to a Crown psychiatrist; see also *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (Ont. C.A.), and more recently *R. v. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv. As recognized by Fish J.A., allowing the evidence of the refusal is justified as a necessary exception to the accused's right of silence where the defence has called psychiatric evidence. The exception recognizes that the weight of the Crown's evidence might be unfairly diminished by the fact that its experts have been denied access to the accused when the ultimate issue in question is the accused's mental state or condition. In *Worth*, the Ontario Court of Appeal found (at pp. 140-41):

Having put his sanity in issue, we do not think the appellant could preclude the jury from drawing an adverse inference from his refusal to speak to the Crown psychiatrist. An accused's right to silence is not absolute. It is protected in the terms of s. 7, that is, an accused cannot be deprived of his right to silence except in accordance with the principles of fundamental justice. Since the appellant put his sanity in issue and had the burden of proving his mental disorder, we do not think that the trial judge's comments contravened the principles of fundamental justice. In *R. v. Stevenson* . . . Morden J.A. specifically approved *Sweeney* notwithstanding s. 7 of the *Charter*. He wrote at p. 495:

I appreciate that the right to remain silent under s. 7 in all its manifestations does not necessarily have the identical content and scope of the common law right. In the context of a case such as this, however, I can think of no reason why the general approach in *Sweeney* should not be followed. In that case, Zuber J.A.,

mettre en doute la compétence et l'impartialité du Dr Wolwertz.

En concluant que le juge du procès a eu tort d'autoriser la question, le juge dissident de la Cour d'appel reconnaît que l'arrêt *R. c. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (C.A. Ont.), permet au ministre public, dans certaines circonstances, de mettre en preuve le fait que l'accusé a refusé de voir un psychiatre choisi par le ministère public; voir aussi *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Ont.), et plus récemment *R. c. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv. Comme le reconnaît le juge Fish, le fait d'autoriser que le refus soit mis en preuve est justifié car il s'agit d'une exception nécessaire au droit de l'accusé de garder le silence dans les cas où la défense a fait appel au témoignage d'un psychiatre. L'exception repose sur la prémisse selon laquelle le poids de la preuve produite par le ministère public pourrait se trouver injustement diminué par le fait que ses experts se sont vu refuser l'accès à l'accusé alors que l'ultime question en litige est l'état d'esprit ou l'état mental de l'accusé. Dans *Worth*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu ce qui suit (aux pp. 140 et 141):

[TRADUCTION] Nous ne pensons pas que l'appellant, après avoir fait de sa santé mentale une question en litige, puisse empêcher le jury de tirer une conclusion défavorable de son refus de parler à un psychiatre du ministère public. Le droit de l'accusé de garder le silence n'est pas absolu. Il est protégé aux termes de l'art. 7, c'est-à-dire qu'un accusé ne peut être privé de son droit de garder le silence sauf conformément aux principes de justice fondamentale. Étant donné que l'appellant a fait de sa santé mentale une question en litige et qu'il lui incombait de prouver qu'il souffrait d'un trouble mental, nous ne pensons pas que les observations du juge du procès aient violé les principes de justice fondamentale. Dans *R. c. Stevenson* [. . .] le juge Morden a expressément approuvé l'arrêt *Sweeney* malgré l'art. 7 de la *Charte*. Il écrit (à la p. 495):

Je suis bien conscient que le droit de garder le silence — sous toutes ses formes — qui est prévu par l'art. 7 n'a pas nécessairement le même contenu et la même portée qu'un droit de common law. Dans le cadre d'une instance comme la présente, toutefois, je ne vois aucune raison pour ne pas suivre la démarche

for this court, noted at p. 251 that the rule relating to the right to remain silent was “not so rigid nor so pervasive that it admits no exceptions nor limit”.

The fact that in *Sweeney* the accused chose not to take the stand is not a sufficient basis for distinguishing it from the present appeal. Since *Sweeney* chose not to testify, the Crown could not have directly asked him to undergo an examination. In my view, if a third party can enter the accused’s refusal in evidence (as in *Sweeney*), it is not improper to allow the Crown to ask the accused directly, where that option is available because the accused decided to take the stand. As my colleague suggests, the Crown might have directly challenged Dr. Lafleur’s evidence by bringing its own expert to observe the witnesses, including the accused. However, I know of no authority which obligates the Crown to retain a psychiatrist for the duration of the proceedings.

38

In sum, the Crown had the right to counter the expert evidence used to support the accused’s theory that he killed in self-defence, and thus the Crown was entitled to ask the accused whether he would undergo an assessment. The trial judge did not err in law by instructing the jury that the refusal was relevant to the probative value of the defence expert’s evidence. Even if this were not the case, this is a situation where s. 686(1)(b)(iii) could be applied to rectify an error since there would have been little prejudice caused to the accused.

V. Conclusion

39

The trial judge did not commit any errors that would entitle the appellant to a new trial. I think it is plain that each of the errors alone did not cause a miscarriage of justice that would prevent the application of s. 686(1)(b)(iii). Even when viewed collectively, the appellant’s objections could have had very little influence on the outcome of the proceeding; the errors here do not give rise to the possibil-

générale de l’arrêt *Sweeney*. Dans cette affaire, le juge Zuber, s’exprimant au nom de la Cour, a souligné (à la p. 251) que la règle relative au droit de l’accusé de garder le silence n’était pas «rigide ou prépondérante au point de ne permettre ni exceptions ni limites».

Le fait que dans *Sweeney* l’accusé ait choisi de ne pas comparaître ne suffit pas pour distinguer la présente affaire de *Sweeney*. Étant donné que *Sweeney* a choisi de ne pas témoigner, le ministère public ne pouvait pas lui demander directement de subir un examen. À mon avis, si une tierce partie peut mettre le refus en preuve (comme dans *Sweeney*), il n’y a rien d’irrégulier à permettre au ministère public de poser la question directement à l’accusé, s’il a l’occasion de le faire du fait que l’accusé a décidé de témoigner. Comme le laisse entendre mon collègue, le ministère public aurait pu contester directement la validité du témoignage du Dr Lafleur en convoquant son propre expert pour observer les témoins, y compris l’accusé. Toutefois, à ma connaissance, il n’y a rien qui oblige le ministère public à retenir un psychiatre pour la durée de l’instance.

En somme, le ministère public avait le droit de réfuter le témoignage de l’expert visant à appuyer la théorie de l’accusé selon laquelle il a tué en légitime défense et était donc en droit de demander à celui-ci s’il accepterait de se soumettre à un examen. Le juge du procès n’a pas commis d’erreur de droit lorsqu’il a indiqué au jury que le refus était pertinent pour déterminer la valeur probante du témoignage de l’expert produit par la défense. Même si tel n’était pas le cas, nous sommes en présence d’une situation où le sous-al. 686(1)(b)(iii) pourrait être appliqué pour réparer l’erreur étant donné que l’accusé n’avait subi aucun préjudice important.

V. Conclusion

Le juge du procès n’a commis aucune erreur qui donnerait à l’appelant le droit à un nouveau procès. Je pense qu’il est clair que chacune des erreurs prise individuellement n’a pas donné lieu à une erreur judiciaire qui empêcherait l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii). Même lorsqu’on les prend collectivement, les objections de l’appelant auraient pu avoir très peu d’influence sur l’issue de

ity that the jury might have acquitted in their absence.

In sum, this is a clear case where the proviso should be applied. The appellant was convicted because the evidence was overwhelming. The real evidence established, and the appellant conceded, that he shot the helpless victim from behind. The argument of self-defence, which defence counsel conceded was a difficult defence, could not be made out. The evidence demonstrates the unreasonableness of the appellant's perception that there was no alternative to shooting the victim. The denial of a new trial is justified here since the invariable result would be another conviction. Accordingly, I would dismiss the appeal.

English version of the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

The appellant, Patrick Charlebois, admits that he caused the death of *Éric Jetté*. During his trial, Charlebois testified that he had acted in self-defence. He also called a psychiatrist, Dr. Paul-André Lafleur, to testify in support of that defence.

The appellant, who was deprived of affection during his childhood, developed a dependent personality which was reflected in his friendship with *Jetté*. He was chronically afraid of *Jetté*, a violent individual for whom he was a [TRANSLATION] "whipping boy".

On the night of the incident, *Jetté* came to the appellant's home after being kicked out by his girlfriend. According to the appellant, *Jetté* waved a knife in his face while uttering: [TRANSLATION] "Yea, we're going to have some fun tonight, you and me." This incident was corroborated by a witness, Alain Lalancette, who was present during the incident but failed to mention it to the police inves-

l'instance; les erreurs invoquées dans le pourvoi ne font pas en sorte que le jury aurait pu prononcer un acquittement si elles n'avaient pas été commises.

En somme, nous nous trouvons clairement en présence d'une affaire où la disposition réparatrice doit être appliquée. L'appelant a été déclaré coupable parce que la preuve était écrasante. La preuve matérielle a établi que l'appelant avait tiré sur la victime sans défense par derrière, ce que l'appelant a également admis. Il n'a pas été possible d'établir la légitime défense, un moyen difficile comme en a convenu l'avocat de la défense. La preuve démontre le caractère déraisonnable de la perception de l'appelant qu'il n'avait d'autre choix que de tirer sur la victime. Le refus d'un nouveau procès est justifié en l'espèce parce que celui-ci aboutirait inéluctablement à une autre déclaration de culpabilité. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

L'appelant, Patrick Charlebois, admet avoir causé la mort d'*Éric Jetté*. À son procès, Charlebois a témoigné qu'il avait agi en légitime défense. Il a également fait entendre un psychiatre, le Dr Paul-André Lafleur, au soutien de cette défense.

Privé d'affection pendant son enfance, l'appelant a développé une personnalité dépendante qui s'est reflétée dans son lien d'amitié avec *Jetté*. Il avait une peur chronique de *Jetté*, un être violent dont il était le «souffre-douleur».

Le soir de l'incident, *Jetté* s'est présenté chez l'appelant après que sa copine l'ait mis à la porte. Selon l'appelant, *Jetté* lui aurait passé un couteau près du visage en lui disant: «Ouais, on va se faire du fun à soir moé pis toé.» Cet incident a été corroboré par un témoin, Alain Lalancette, qui était présent lors de l'incident mais a négligé d'en faire mention aux policiers enquêteurs qui l'interro-

40

41

42

43

tigators who questioned him. The appellant's fear of Jetté was then exacerbated when he realized that Jetté had noticed a gun in his apartment that Jetté had wanted to buy from him but that the appellant had refused to sell him, claiming that he no longer owned it.

44 The appellant testified that he was afraid to go to bed and went back to his bedroom only when Jetté, who had been watching television with him, ordered him to go to bed, since he wanted to sleep. Jetté, who was not completely sober, then stretched out on his stomach on the living room couch and the appellant went to his bedroom. A few moments later, when Jetté was apparently asleep, the appellant approached him and shot him in the back of the head with a shotgun. He then called 911 and told the operator:

[TRANSLATION] ... I've just committed a murder ... I was so afraid, I split. ... [H]e was completely drunk when he came to my place. ... So, anyways, so he knew that I had a gun, then he took it, his girlfriend left him, so anyways, he was totally tripping, so I tried to convince him not to do anything stupid, then we started arguing, and the shot went off.

45 The appellant was of sound mind at the time of the homicide. However, he claims that he was anxious and felt threatened by Jetté to a point where he could think of no alternative but to kill him in order to escape the threat. In support of his defence, the appellant submitted evidence of his peaceful and non-violent nature, as well as psychiatric expert opinion, which was not contradicted by the Crown.

46 The appellant was convicted of second degree murder following a jury trial during which he claims a number of errors were made. Although the majority of the Quebec Court of Appeal acknowledged that certain errors did occur during the trial, particularly in the judge's instructions to the jury, it found that the errors were not prejudicial to the appellant and dismissed the appeal. Fish J.A., dissenting, would have granted a new trial.

47 The issue before us in this appeal as of right is a narrow one. The appeal relates only to the question

geaient. La peur qu'avait l'appellant de Jetté s'est ensuite exacerbée lorsqu'il s'est rendu compte que Jetté avait vu une arme dans l'appartement, arme qu'il avait voulu acheter de l'appellant mais que celui-ci avait refusé de lui vendre en prétextant qu'il ne la possédait plus.

L'appellant a témoigné qu'il avait peur d'aller dormir et qu'il n'a regagné sa chambre que lorsque Jetté, avec qui il regardait la télévision, lui a ordonné d'aller se coucher, puisqu'il voulait dormir. Jetté, qui n'était pas tout à fait sobre, s'est alors étendu à plat ventre sur le canapé du salon et l'appellant s'est retiré dans sa chambre. Quelques instants plus tard, au moment où Jetté semblait dormir, l'appellant s'est approché de lui et lui a tiré un coup de carabine derrière la tête. Il a ensuite composé le 911 et dit à son interlocuteur:

... j viens de commettre un meurtre ... j'ai eu assez peur j'mé t'en allé ... y'é t'arrivé chez nous ben sa brosse là ... Pis en tout cas, pis y savait j'avais un arme pis y l'a pris, sa blond l'a laissé toute pis en tout cas y'était sur l'gros rush là j'ai essayé de l'convaincre de pas faire de gaffe pis toute, pis là on c'est comme chicané pis le coup y'a parti.

L'appellant était sain d'esprit au moment de l'homicide. Il prétend toutefois qu'il était anxieux et se sentait menacé par Jetté à un point tel qu'il ne concevait aucune autre solution que de le tuer pour échapper à la menace. Au soutien de sa défense, l'appellant a présenté une preuve de son caractère paisible et non belliqueux, ainsi qu'une expertise psychiatrique, qui n'a pas été contredite par la Couronne.

L'appellant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès par jury qu'il prétend entaché d'erreurs. Bien que reconnaissant l'existence de certaines erreurs au cours du procès, et en particulier dans les directives du juge au jury, la majorité de la Cour d'appel du Québec a conclu que ces erreurs ne lui avaient pas porté préjudice et a rejeté l'appel. Le juge Fish, dissident, aurait ordonné un nouveau procès.

La question qui nous est présentée dans cet appel de plein droit est une question étroite. L'ap-

of law raised by the dissenting opinion of Fish J.A. regarding the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in relation to the errors that the Court of Appeal unanimously recognized had been committed by the trial judge. In an appeal of this nature, there is therefore no need to review the merits of the Court of Appeal's decision regarding the existence of those errors, except insofar as it is necessary to assess their impact in order to determine whether those errors nonetheless resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(b)(iii).

In essence, I am in agreement with Fish J.A., and I conclude, as did he, that the errors identified by the Court of Appeal are such that it would be inappropriate to remedy them by applying the curative provision contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. In my view, the majority of the Court of Appeal did not systematically consider the requirements of that provision and, in particular, the cumulative effect of the errors they identified. All that the majority did was to make several isolated references to the fact that the error committed had not prejudiced the accused. In my opinion, that approach does not meet the rigorous requirement of the curative provision, which has been accurately explained by my colleague Bastarache J., of ensuring that it is not necessary to order a new trial despite the errors that occurred in the first trial, since the evidence as a whole indicates that such an exercise would be futile and that a conviction would be inevitable following a trial in which no errors occurred.

II. Quebec Court of Appeal (1999), 135 C.C.C. (3d) 414

In the case at bar, the Quebec Court of Appeal unanimously held that it would have been preferable for the trial judge to draw the jury's attention to the opinion of the psychiatrist, Dr. Lafleur, which was tendered in support of the defence put forward by the appellant. However, the majority concluded that this defect had not prejudiced the appellant, since Dr. Lafleur's testimony was clear and fresh in the jury's mind. Similarly, the court unani-

pel ne porte en effet que sur la question de droit soulevée par la dissidence du juge Fish quant à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, face aux erreurs qui ont été unanimement reconnues par la Cour d'appel comme ayant été commises par le juge de première instance. Il n'y a donc pas lieu, dans un pourvoi de cette nature, de revoir le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel quant à l'existence de ces erreurs, sauf dans la mesure où il est nécessaire d'en apprécier l'impact aux fins de décider si ces erreurs n'ont malgré tout causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave, au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii).

Pour l'essentiel, je suis d'accord avec le juge Fish et je conclus, comme lui, que les erreurs relevées par la Cour d'appel sont telles qu'il ne convient pas d'y remédier par l'application de la disposition réparatrice contenue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. À mon avis, les juges majoritaires à la Cour d'appel ne se sont pas penchés de façon systématique sur les exigences de cette disposition et, en particulier, sur l'effet cumulatif des erreurs qu'ils ont relevées. Ils se sont contentés, à plusieurs reprises, de signaler de façon isolée que l'erreur commise n'avait pas porté préjudice à l'accusé. Cette approche, à mon avis, ne satisfait pas à l'exigence rigoureuse de la disposition réparatrice, expliquée avec justesse par mon collègue, le juge Bastarache, qui est de s'assurer qu'il n'est pas requis d'ordonner un nouveau procès malgré les erreurs qui ont entaché le premier procès, puisque l'ensemble de la preuve révèle la futilité d'un tel exercice et l'inévitabilité d'une condamnation à la suite d'un procès sans erreur.

II. Cour d'appel du Québec, [1999] J.Q. n° 568 (QL)

Dans l'affaire en cause, la Cour d'appel du Québec a unanimement conclu qu'il aurait été préférable que le juge du procès rappelle au jury l'opinion du psychiatre Lafleur, offerte au soutien de la défense mise de l'avant par l'appellant. La majorité a par ailleurs conclu que cette lacune n'avait pas été préjudiciable à l'appellant puisque le témoignage du Dr Lafleur était clair et bien présent à l'esprit du jury. De la même façon, la cour a unani-

mously concluded that the trial judge had been ambiguous when presenting to the jury the requirement of a reasonable perception of the impossibility of escaping the threat that the appellant believed to exist. Beauregard J.A., for the majority, concluded on that point (at p. 427):

[TRANSLATION] Notwithstanding that, I am of the view that, even had the charge of the judge on this point not been ambiguous, the result would still have been the same. If, in spite of the 911 telephone conversation, one can have a doubt as to whether Charlebois actually felt threatened by Jetté, there can be no doubt about the fact that Charlebois could not reasonably have believed that there was no other solution other than killing Jetté.

50 As to the question of whether the Crown should have been allowed to ask the appellant, in the presence of the jury, whether he would consent to providing a blood sample, the majority said that while the question was perhaps excessive, the appellant's negative response was not prejudicial to him.

51 Last, the court unanimously found that the judge should have instructed the jury that the evidence relating to the appellant's good character could be used to support the defence's argument that the accused was not the type of man to commit a murder. Once again, the majority simply held that this error had not been prejudicial to the appellant.

52 The dissenting opinion of Fish J.A. extends beyond s. 686(1)(b)(iii) only with respect to one final point. The majority held that the Crown was properly allowed to ask the accused whether he would agree to undergo a psychiatric assessment by Dr. John Wolwertz, and that the trial judge had adequately addressed his refusal. On this issue, Fish J.A. expressed a dissenting view, concluding that the question should not have been allowed. I share that opinion.

III. Issues

53 Given the scope of an appeal as of right under s. 691(1) of the *Code*, it is not appropriate for this Court to review the merits of the unanimous conclusions of the Court of Appeal, let alone, as we

mement conclu que le juge du procès avait présenté au jury de façon ambiguë l'exigence d'une perception raisonnable de l'impossibilité de se soustraire à la menace dont l'appellant se croyait l'objet. Le juge Beauregard, au nom de la majorité, concluait sur ce point (au par. 39):

Mais je suis d'avis que, si la directive du juge sur le sujet n'avait pas été ambiguë, le résultat aurait été le même: si, malgré la conversation téléphonique 911, on peut avoir un doute sur le fait que Charlebois se croyait menacé par Jetté, on ne peut avoir de doute sur le fait que Charlebois ne pouvait raisonnablement croire qu'il n'avait pas d'autre solution que celle de tuer Jetté.

Quant à la question de savoir si la Couronne aurait dû être autorisée à demander à l'appellant, devant le jury, s'il consentirait à fournir un échantillon de son sang, la majorité souligne que, si la question était peut-être de trop, la réponse négative de l'appellant ne lui a causé aucun préjudice.

Enfin, la cour a été unanime à constater que le juge aurait dû indiquer au jury que les éléments de preuve de bonne moralité de l'appellant pouvaient servir à appuyer la thèse de la défense suivant laquelle l'accusé n'était pas le genre d'homme à commettre un meurtre. Encore une fois, la majorité a simplement conclu que cette erreur n'avait pas causé de préjudice à l'appellant.

Ce n'est que sur un dernier point que la dissidence du juge Fish déborde le cadre du sous-al. 686(1)(b)(iii). La majorité a conclu que la Couronne avait été correctement autorisée à demander à l'accusé s'il accepterait de se soumettre à une évaluation psychiatrique par le Dr John Wolwertz, et que le juge de procès avait suffisamment traité de son refus. Sur cette question, le juge Fish exprime sa dissidence en concluant que la question n'aurait pas dû être permise. Je partage son avis.

III. Questions en litige

Vu la portée de l'appel de plein droit, prévu au par. 691(1) du *Code*, il n'est pas approprié pour notre Cour de revoir le bien-fondé des conclusions unanimes de la Cour d'appel et encore moins,

are invited to do by the respondent, to accept an argument that was not raised in the Court of Appeal, that is, that Dr. Lafleur's testimony was not even admissible in support of the defence of self-defence.

There are therefore only two issues before this Court. First, did the majority of the Court of Appeal err in law in respect of the admissibility of the question relating to a psychiatric assessment by a Crown expert; and second, did the errors found by the Court of Appeal allow for the curative provision to be applied? Unlike my colleague Bastarache J., I would answer yes to the first question and no to the second.

IV. Analysis

A. *Psychiatric Assessment by a Crown Expert*

It is crucial to place the analysis in its factual context from the outset. When the Crown closed its case at trial, and in preparation for opening of the defence case, counsel for the parties held discussions before the judge but in the absence of the jury. Defence counsel told the judge that he had informed Crown counsel that he intended to submit a defence of self-defence and that he had retained the services of a psychiatrist, Dr. Lafleur, in support of that defence. He also stated that he had refused the Crown's request that his client undergo a second psychiatric assessment by Dr. Wolwertz.

The discussions between counsel concerning the possibility of a second assessment were held a few weeks before the trial began. In this regard, defence counsel told the judge that the Crown had made no proposal to him other than Dr. Wolwertz, and that, in his view, it was now too late, in mid-trial and right before his client was to testify, to have his client undergo a psychiatric assessment by anyone. Subsequent discussions focused on the issue of whether the Crown was entitled to request

comme nous y invite l'intimée, de faire droit à une argumentation qui n'a pas été soulevée devant la Cour d'appel, à savoir, que le témoignage du Dr Lafleur n'était même pas admissible au soutien de la défense de légitime défense.

Seules deux questions se posent donc devant nous. D'abord, la majorité de la Cour d'appel a-t-elle erré en droit quant à l'admissibilité de la question portant sur la contre-expertise psychiatrique, puis, en deuxième lieu, les erreurs constatées par la Cour d'appel permettraient-elles le recours à la disposition réparatrice? Contrairement à mon collègue, le juge Bastarache, je réponds par l'affirmative à la première question et par la négative à la seconde.

IV. Analyse

A. *La contre-expertise psychiatrique*

Au point de départ, il est crucial de bien situer l'analyse dans son contexte factuel. À la clôture de la preuve de la Couronne au procès, et en préparation du début de la preuve de la défense, les avocats des parties ont tenu des discussions devant le juge mais en l'absence du jury. L'avocat de la défense a indiqué au juge qu'il avait informé le procureur de la Couronne de son intention de présenter une défense de légitime défense et qu'il avait retenu les services d'un psychiatre, le Dr Lafleur, au soutien de cette défense. Il a également indiqué qu'il avait refusé la demande de la Couronne de soumettre son client à une contre-expertise psychiatrique menée par le Dr Wolwertz.

Les discussions entre avocats portant sur la possibilité d'une contre-expertise avaient eu lieu quelques semaines avant le début du procès. À ce chapitre, l'avocat de la défense a indiqué au juge que la Couronne ne lui avait fait aucune proposition autre que le Dr Wolwertz et qu'il était maintenant trop tard, à son avis, pour soumettre son client, au milieu du procès et à la veille de son témoignage, à une évaluation psychiatrique par qui que ce soit. Des discussions subséquentes se sont

54

55

56

a second psychiatric assessment in a case like this. Finally, noting the difficulty of reaching a decision without hearing the defence evidence, the judge decided to leave the question open.

orientées vers la question de savoir si la Couronne avait le droit de demander une telle contre-expertise dans un cas comme celui-ci. En fin de compte, constatant la difficulté de décider sans avoir entendu la preuve de la défense, le juge a choisi de laisser la question en suspens.

57

When the trial resumed, the appellant was the first witness to testify in his defence. In cross-examination, Crown counsel asked him, in the presence of the jury, whether he would consent to providing a blood sample. The appellant refused. At that point, the defence asked the judge to exclude the jury so that the admissibility of the question asked could be argued. After some discussion, the judge allowed the question, and told counsel that he would immediately caution the jury as to what use it could make of the appellant's answer. I will return to this point later. Once the jury had come back in, the following exchange took place:

[TRANSLATION]

IN THE PRESENCE OF THE JURY

THE COURT:

So, ladies and gentlemen, after reflecting on this, I have decided that the question put by the Crown attorney is legal. Therefore, the objection is overruled.

PATRICK CHARLEBOIS, STILL UNDER OATH.

CONTINUATION OF CROSS-EXAMINATION BY MR. LECOURS

Crown counsel:

Q: So, Mr. Charlebois, the question is as follows. Would you agree to provide a sample of your blood over the next weekend for the purpose of determining blood type?

A: No.

THE COURT:

So, you have heard the answer, I would now like to immediately make a remark. At no time is the accused obliged to provide in such a case a blood sample for analysis by Crown experts and, as members of the jury, you cannot, you must not draw any adverse conclusion against the accused due to the response which you have

À la reprise du procès, l'appelant a témoigné en premier au soutien de sa défense. En contre-interrogatoire, le procureur de la Couronne lui a demandé, en présence du jury, s'il consentait à fournir un échantillon de son sang. L'appelant a refusé. Sur ce, la défense a demandé au juge que le jury soit exclu afin de débattre l'admissibilité de la question posée. Après discussion, le juge a autorisé la question, indiquant aux avocats qu'il allait faire une mise en garde immédiate au jury quant à l'utilisation que ce dernier pouvait faire de la réponse de l'appelant. Je reviendrai plus loin sur cette question. Une fois le jury revenu, l'échange suivant a eu lieu :

EN PRÉSENCE DU JURY

LA COUR:

Donc mesdames et messieurs, après réflexion j'ai décidé que la question posée par le procureur de la Couronne est légale donc l'objection à la question est rejetée.

PATRICK CHARLEBOIS SOUS LE MÊME SERMENT.

SUITE DU CONTRE-INTERROGATOIRE PAR M^e LECOURS

Procureur de la Couronne:

Q: Alors monsieur Charlebois, la question était la suivante, est-ce que vous accepteriez au cours de la prochaine fin de semaine de fournir un échantillon de votre sang dans le but d'en déterminer le groupe sanguin?

R: Non.

LA COUR:

Donc vous avez entendu la réponse, j'aimerais vous faire une remarque tout de suite. L'accusé n'est en aucun temps obligé de fournir dans ce cas-ci un échantillon de sang pour l'analyse par les experts de la Couronne et comme jury, vous ne pouvez pas, vous ne devez pas tirer aucune conclusion adverse contre l'acc-

just heard. It is his absolute constitutional right to say no.

MR. LECOURS:

Q: Mr. Charlebois, over the course of the last few weeks, you met Dr. Lafleur, the psychiatrist, with a view to preparing your defence. Would you agree to meet in the near future, at the request of the Crown, a psychiatric expert named John Wolwertz so as to allow the Crown to prepare a second psychiatric opinion?

A: No.

MR. LECOURS:

On this point, my Lord, I have some case law to submit for your review concerning the instruction which you have just given on the question of whether a blood sample is not applicable to. . . .

THE COURT:

For the moment, that is another matter, unless you wish to address that aspect immediately.

Without notice, and in the presence of the jury, the Crown then asked the accused whether he would agree to submit to a second psychiatric assessment by Dr. Wolwertz. The appellant refused and the judge gave no instruction to the jury regarding what use could be made of his refusal. In his charge to the jury at the end of the trial, the judge returned to this issue in the following terms:

[TRANSLATION] You will recall that at one point, the Crown prosecutor asked a question concerning a blood sample. And I instructed you that the accused was absolutely entitled to refuse to provide any such sample and that you could not draw any adverse conclusion from his refusal, and that you could not even take that into account in your deliberations. I will repeat now what I said then. But you will recall that immediately after, the Crown asked another question as to whether the accused would consent to being examined by a psychiatrist, Dr. Wolwertz, Crown expert witness. And the accused gave the same answer, he said no. I repeat what I said, but I also have something else to add. By refusing to undergo a psychiatric assessment at the request of the Crown, the accused is absolutely acting within his rights and you cannot and you must not draw any adverse conclusion as a result of this refusal. However, given that the accused has submitted that his apprehension of an imminent attack, or his perception . . . his perception was

cusé suite à la réponse que vous avez entendue. C'est son droit constitutionnel absolu de dire non.

M^e LECOUR:

Q: Monsieur Charlebois, vous avez au cours des dernières semaines rencontré le docteur Lafleur, le psychiatre dans le but de préparer votre défense; est-ce que vous accepteriez dans l'immédiat de rencontrer, à la demande de la Couronne, un expert psychiatre du nom du docteur John Wolwertz dans le but que la Couronne confectonne une contre-expertise psychiatrique?

R: Non.

M^e LECOUR:

Là-dessus Votre Seigneurie j'ai de la jurisprudence à vous soumettre à l'effet que la directive que vous venez de donner sur l'échantillon de sang ne s'applique pas au niveau de . . .

LA COUR:

Pour l'instant ça c'est une autre question, à moins que vous vouliez aborder cet aspect tout de suite.

Sans avis préalable, et en présence du jury, la Couronne a donc demandé à l'accusé s'il accepterait de se soumettre à une contre-expertise menée par le D^r Wolwertz. L'appelant a refusé et le juge n'a donné aucune directive au jury quant à l'utilisation qui pouvait être faite de son refus. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge est revenu sur cette question dans les termes suivants:

Vous allez [vous] rappeler qu'à un moment donné le procureur de la couronne a posé une question concernant un échantillon de sang. Et je vous ai instruit que l'accusé avait absolument le droit de refuser de fournir un tel échantillon et que vous ne pouvez pas tirer aucune conclusion de son refus et que vous ne pouvez même pas prendre ça en considération dans vos délibérations. Je répète ce que j'ai dit. Mais vous allez, vous allez [vous] rappeler que tout de suite après le procureur de la couronne a posé une autre question de savoir si l'accusé était consentant d'être examiné par un psychiatre, le docteur Wol[w]ertz, expert de la couronne. Et l'accusé a donné la même réponse, il a dit, non. Je répète ce que j'ai dit mais j'ai une autre petite chose à ajouter. En refusant à se soumettre à un examen par un psychiatre à la demande de la couronne, l'accusé est absolument dans ses droits et de ce refus vous ne pouvez pas et vous ne devez pas tirer aucune inférence de culpabilité de sa part. Cependant, étant donné que l'accusé a mis en ques-

such that he felt about to be attacked as one of . . . he submitted as one of the cornerstones of his defence and he called upon a “shrink” to support this claim. Under these circumstances, his refusal to submit to an expert assessment by a Crown expert is a relevant fact and that is why the question was allowed. The jury may, you may, without obviously being obliged to, take the refusal into consideration when determining the probative value that you are going to grant to the evidence in connection with the apprehension of the accused on the night in question.

59

In the Court of Appeal, the parties argued the question of whether, by his refusal, the appellant had refused any psychiatric assessment at the request of the Crown, or had simply refused to be examined by Dr. Wolwertz. In my opinion, it is neither possible nor very helpful to go beyond the evidence heard by the jury. What is clear is that, before the jury, the appellant unequivocally answered the question put to him, and that question referred only to Dr. Wolwertz. On this point, Fish J.A. wrote, at p. 439:

Let me say at once that defence counsel’s advice to his client — that he decline to be examined by Dr. Wolwertz — can hardly be considered capricious. In at least three separate matters, a total of eight different members of this Court have found that Dr. Wolwertz, as a Crown witness, had exceeded the acceptable limits governing expert testimony (“outrépassé les limites ainsi fixées pour témoigner”) and gone much too far (“est allé beaucoup trop loin”), thereby causing the accused irreparable prejudice (*R. v. Roy*, [1988] A.Q. No. 90 (QL) (Que. C.A.) (Beauregard, Nichols and Tyndale J.J.A.)); that he had given evidence amounting to a diatribe devoid of any objectivity (“une diatribe dépourvue de toute objectivité”), “flagrantly contravening” the rule that prohibits experts from expressing their own opinion on the credibility of other witnesses (*R. v. Fortin*, [1997] A.Q. No. 2887 (QL) (Proulx and Rousseau-Houle J.J.A. and Zerbisias J. (*ad hoc*)). To the same effect: *R. v. Demers*, [1998] A.Q. No. 1667 (QL) (Rothman, Proulx and Pidgeon J.J.A.)).

A little later, Fish J.A. refers to Dr. Wolwertz as an expert “who had been found by this Court to have previously testified (and since as well) in a tendentious and unprofessional manner” (p. 439).

tion sa perception de l’éminence d’une attaque ou sa perception, sa perception qu’il était au point d’être attaqué comme une des. . . il a avancé comme une des pierres angulaires de sa défense et qu’il a appelé un «psy» pour étayer cette prétention. Dans ces circonstances-là, son refus à se soumettre à un examen par un expert de la couronne est quelque chose qui est pertinent et c’est pourquoi la question a été permise. Le jury peut, vous pouvez, sans évidemment y être obligé, prendre le refus en considération en décidant de la valeur probante que vous allez accorder à la preuve portant sur la perception de l’accusé la soirée en question.

Devant la Cour d’appel, les parties ont débattu la question de savoir si, par son refus, l’appelant avait refusé toute expertise psychiatrique à la demande de la Couronne ou s’il avait simplement refusé d’être examiné par le Dr Wolwertz. Il n’est pas possible, à mon avis, ni très utile d’aller au-delà de la preuve entendue par le jury. Ce qui est clair, c’est que devant le jury, l’appelant a répondu sans équivoque à la question qui lui était posée et que cette question ne faisait référence qu’au Dr Wolwertz. À ce sujet, le juge Fish écrit, au par. 96:

[TRADUCTION] Je tiens d’abord à dire qu’on peut difficilement qualifier de capricieux le conseil donné par l’avocat de la défense à son client, à savoir de refuser de se laisser examiner par le Dr Wolwertz. Dans au moins trois affaires différentes, huit juges de notre Cour, au total, ont conclu que le Dr Wolwertz, en tant que témoin du ministère public, a «outrépassé les limites ainsi fixées pour témoigner» et «est allé beaucoup trop loin», causant ainsi à l’accusé un préjudice irréparable (*R. c. Roy*, [1988] A.Q. n° 90 (QL) (les juges Beauregard, Nichols et Tyndale)); que son témoignage était «une diatribe dépourvue de toute objectivité» et «contrevient de façon flagrante» à la règle qui interdit à l’expert de se prononcer sur la crédibilité d’autres témoins (*R. c. Fortin*, [1997] A.Q. n° 2887 (QL) (les juges Proulx, Rousseau-Houle et Zerbisias (*ad hoc*)). Au même effet : *R. c. Demers*, [1998] A.Q. n° 1667 (QL) (les juges Rothman, Proulx et Pidgeon)).

Un peu plus loin, le juge Fish parle du Dr Wolwertz comme étant un expert [TRADUCTION] «qui, ainsi qu’a jugé notre cour, a déjà par le passé (et aussi par la suite) témoigné de façon tendancieuse et non professionnelle» (par. 98).

However, Beauregard J.A., for the majority, simply concluded (at p. 429):

[TRANSLATION] Defence counsel perhaps had personal reasons to doubt whether the psychiatrist selected by the prosecution would be objective, but in the absence of any decision to the contrary taken by the judge, it was not Charlebois' right to require that the prosecution retain the services of a psychiatrist other than the one they had chosen.

In any event, I understand, [as did the trial judge], from the exchanges . . . during the *voir dire* [that ultimately at the trial] Charlebois refused to be assessed by any psychiatrist whatsoever on the grounds that it was too late.

The discussions during the *voir dire* were obviously not in evidence before the jury, nor were the reservations expressed by numerous judges of the Court of Appeal regarding the professionalism of Dr. Wolwertz, which were referred to by Fish J.A. If the jury is to be invited to draw conclusions from the accused's refusal to meet with Dr. Wolwertz for the purposes of a second psychiatric opinion, the ambiguity inserted into the question by the prosecutor who asked it should not be resolved in the prosecution's favour.

In fact, in my view, that ambiguity reflects the unsatisfactory nature of the procedure followed in this case. It is therefore important to establish an appropriate procedure in the exceptional case where the Crown is permitted to refer to the accused's exercise of his right to silence and invite the jury to draw conclusions unfavourable to the accused from the exercise of that right.

The right of the accused to remain silent is a fundamental right: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. This constitutional right may be exercised at the investigation stage as well as at the trial: *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7 and 11(c); *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(1).

It follows that the accused cannot be penalized for exercising his right to remain silent, and the exercise of that right must not be put in evidence

Par contre, le juge Beauregard, au nom de la majorité, a simplement conclu en ces termes (aux par. 46 et 47):

L'avocat de Charlebois avait peut-être des raisons personnelles de ne pas penser que le psychiatre choisi par la poursuite serait objectif, mais, en l'absence d'une décision au contraire par le juge, il n'appartenait pas à Charlebois d'exiger que la poursuite retienne un psychiatre autre que celui qu'elle avait choisi.

En tout état de cause, comme le juge, je comprends des échanges lors du *voir-dire* qu'en définitive, lors de l'instruction, sous prétexte qu'il était à ce moment-là trop tard, Charlebois refusait d'être vu par un psychiatre, quelle que soit son identité.

Les échanges lors du *voir-dire* n'étaient évidemment pas en preuve devant le jury, non plus que les réserves exprimées par de nombreux juges de la Cour d'appel quant au professionnalisme du Dr Wolwertz, auxquelles le juge Fish faisait allusion. Si le jury doit être invité à tirer des conclusions du refus de l'accusé de rencontrer le Dr Wolwertz aux fins d'une contre-expertise, l'ambiguïté insérée dans la question par le procureur qui l'a posée ne devrait pas être résolue en faveur de ce dernier.

De fait, cette ambiguïté révèle, à mon avis, à quel point la procédure suivie en l'espèce est insatisfaisante. Il est donc important d'établir une procédure appropriée dans le cas exceptionnel où la Couronne peut faire état de l'exercice par l'accusé de son droit au silence, et inviter le jury à en tirer des conclusions défavorables à l'accusé.

Le droit de l'accusé de garder le silence est un droit fondamental: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Ce droit constitutionnel s'exerce aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès: *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7 et al. 11c); *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, par. 4(1).

Il s'ensuit que l'accusé ne peut être pénalisé pour s'être prévalu de son droit au silence et que l'exercice de ce droit ne doit pas être mis en

60

61

62

63

64

for inculpatory purposes. In that regard, in *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, Cory J. wrote for the majority (at p. 1316):

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt.

In fact, attention was drawn to the importance of this principle even before the impact of the *Charter*. In *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), Martin J.A. wrote the following at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right. We think that in the absence of some issue arising in the case which makes the statement of an accused, following the giving of a caution, that he has nothing to say relevant to that issue, such evidence is inadmissible. In the present case there was no issue with respect to which the appellant's failure to reply was relevant and the evidence should not have been tendered. . . .

65 It is therefore settled law that, as a general rule, the jury must not be invited to draw inferences adverse to the accused from the mere exercise by the accused of his right to silence. This Court confirmed that rule in *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at para. 22, and *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at paras. 71-72. Furthermore, s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* expressly prohibits the drawing of unfavourable conclusions from the fact that an accused opts to remain silent during his trial.

66 However, the right to silence is not absolute. In connection with psychiatric assessments, there have been three decisions of the Ontario Court of Appeal in which a set of exceptions to the fundamental rule stated above has been developed. In *R. v. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245, the Ontario Court of Appeal held that the evidence of the accused's refusal to submit to examination by a

preuve à des fins inculpatives. À ce chapitre, dans l'arrêt *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, le juge Cory écrivait au nom de la majorité (à la p. 1316):

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité.

L'importance de ce principe a d'ailleurs été soulignée avant même l'essor de la *Charte*. Dans l'affaire *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), le juge Martin écrivait, à la p. 227:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit. Nous croyons que cette preuve est inadmissible en l'absence, dans l'affaire, d'une question qui rende pertinente à celle-ci la déclaration d'un accusé qu'il n'a rien à dire à la suite de la mise en garde. En l'espèce, il n'y avait pas de question à laquelle était pertinente l'omission de répondre de l'appelant et la preuve n'aurait pas dû être présentée . . .

Il est donc bien établi qu'en règle générale, le jury ne doit pas être invité à tirer des conclusions défavorables à l'accusé du simple exercice par celui-ci de son droit au silence. Notre Cour a d'ailleurs confirmé cette règle dans les arrêts *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, au par. 22, et *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, aux par. 71 et 72. De surcroît, le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* énonce expressément l'interdiction de tirer des conclusions défavorables du fait qu'un accusé choisit de garder le silence à son procès.

Toutefois, le droit au silence n'est pas absolu. À l'égard des expertises psychiatriques, trois décisions de la Cour d'appel de l'Ontario ont élaboré un régime d'exceptions à la règle fondamentale énoncée ci-dessus. Dans *R. c. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la preuve du refus de l'accusé de se soumettre à une contre-expertise, alors qu'il pré-

Crown psychiatrist, even though he was tendering a psychiatric assessment in support of his defence of insanity, was admissible for the purpose of challenging the credibility of the assessment offered by the defence. On this point, Zuber J.A. said the following (at p. 252):

It is, after all, the accused who has raised the defence and made his sanity an issue. Can it be said he has the exclusive right to call psychiatric evidence and also to deny the prosecution even the ability to explain why the Crown has called no evidence to meet this issue? It has been submitted that the Crown psychiatrists can testify on a hypothetical basis, or from having observed the accused in the court-room. However, the cross-examination of the Crown's psychiatrists and the address to the jury by defence counsel could not avoid emphasizing superiority of the witnesses who had examined the accused.

The procedure followed in *Sweeney* is interesting and merits our consideration. At the beginning of the trial, the Crown applied for an order allowing the accused to be interviewed by a psychiatrist chosen by the Crown. The judge declined to make this order and raised the issue of whether the appellant's refusal, if that were the case, would be admissible at trial. Counsel for the defence then formally informed the Court that he was going to advise his client to refuse the second psychiatric examination proposed by the Crown.

On the second day of the trial, the defence stated that the accused would have no objection to being examined by the Crown experts, provided there was first a conference between both parties' psychiatrists and psychologists. This offer was declined by the Crown and the defence accordingly refused to allow the accused to submit to the second psychiatric examination sought by the Crown.

The defence called its psychiatric evidence at trial, during which the accused did not testify. In reply, the Crown was permitted to call a psychiatrist and a psychologist, who testified that they had been present during the trial and gave an opinion

sentait une expertise psychiatrique au soutien de sa défense d'aliénation mentale, était admissible aux fins de mettre en doute la crédibilité de l'expertise offerte par la défense. À ce sujet, le juge Zuber s'exprime comme suit (à la p. 252):

[TRADUCTION] Après tout, c'est l'accusé qui a soulevé cette défense et fait de sa santé mentale une question en litige. Peut-on dire qu'il a le droit exclusif de produire des éléments de preuve de nature psychiatrique et de refuser à la poursuite même la possibilité d'expliquer pourquoi le ministère public n'a pas appelé de témoin à l'égard de cette question? On a soutenu que les psychiatres du ministère public pouvaient témoigner en se fondant sur des hypothèses ou encore sur leurs observations de l'accusé dans la salle d'audience. Le contre-interrogatoire des psychiatres du ministère public et l'exposé de l'avocat de la défense au jury ne pouvaient toutefois pas faire autrement que de faire ressortir la supériorité des témoins qui ont examiné l'accusé.

La procédure suivie dans l'affaire *Sweeney* est intéressante et mérite d'être étudiée. À l'ouverture du procès, la Couronne a tenté d'obtenir une ordonnance permettant que l'accusé soit interviewé par un psychiatre nommé par la Couronne. Le juge a refusé de rendre cette ordonnance et a soulevé la question de l'admissibilité du refus de l'accusé, le cas échéant, lors du procès. L'avocat de la défense a par la suite formellement avisé la cour qu'il allait conseiller à son client de refuser la contre-expertise psychiatrique proposée par la Couronne.

Le deuxième jour du procès, la défense a fait savoir que l'accusé n'aurait pas d'objection à être examiné par les experts de la Couronne, à condition qu'il y ait au préalable une conférence entre les psychiatres et psychologues des deux parties. La Couronne a rejeté cette proposition et la défense a, en conséquence, refusé de soumettre l'accusé à la contre-expertise sollicitée par la Couronne.

La défense a présenté sa preuve psychiatrique au procès, au cours duquel l'accusé n'a pas témoigné. En réplique, la Couronne a été autorisée à faire entendre un psychiatre et un psychologue qui ont témoigné qu'ils étaient présents pendant le procès

67

68

69

based on the facts in evidence. They both stated that they had not interviewed the accused, since he had refused them access unless they consented to a preliminary conference with the defence experts, which was unacceptable to them for professional reasons.

et ont exprimé une opinion basée sur les faits dévoilés par la preuve. Ils ont déclaré tous les deux qu'ils n'avaient pas interviewé l'accusé puisque celui-ci avait refusé de leur parler à moins qu'ils ne consentent à une conférence préalable avec les experts de la défense, ce qui, pour des raisons professionnelles, ne leur était pas acceptable.

70 Following this evidence in reply, the defence was allowed to call evidence in surrebuttal showing the reasons why such a conference was necessary. The jury thus had the benefit of the factual framework, which it could use to draw the conclusions it considered appropriate from the defence's refusal to submit to a second psychiatric examination. I would point out that this evidence was called without the accused being personally involved in explaining his refusal.

À la suite de cette preuve en réplique, la défense a été autorisée à préciser par une preuve supplémentaire en réponse, les raisons pour lesquelles une telle conférence s'imposait. Le jury disposait donc de la trame factuelle pour tirer les conséquences qu'il jugeait appropriées du refus de la défense de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique. Je tiens à souligner que cette preuve a été élaborée sans que l'accusé ait à expliquer directement son refus.

71 The second case of interest is *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (Ont. C.A.), in which the accused argued that he did not have the capacity to form the requisite intent for murder. However, he did not put forward the defence of insanity. In support of his defence, the accused adduced expert psychiatric evidence. Although he had agreed to meet with the psychiatrist proposed by the Crown, the accused refused to discuss the circumstances of the homicide of which he was accused with that psychiatrist, as a result of advice from counsel. However, he had discussed the circumstances with the psychiatrists retained by the defence. After referring to the accused's right to silence guaranteed by s. 7 of the *Charter*, Morden J.A. held that the principle of the decision in *Sweeney* was still applicable. The Crown was therefore entitled to put in evidence the fact that its experts, unlike the defence experts, had not been given the same access to the information in the possession of the accused. Morden J.A. explained the consequences of this fact as follows, at p. 496:

La seconde affaire d'intérêt est *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Ont.), où l'accusé faisait valoir qu'il n'avait pas la capacité de former l'intention requise pour commettre un meurtre. Il n'avancait toutefois pas une défense d'aliénation mentale. Au soutien de sa défense, l'accusé a présenté une expertise psychiatrique. Bien qu'il ait accepté de rencontrer le psychiatre proposé par la Couronne, l'accusé avait refusé, suivant les conseils de son avocat, de discuter avec ce psychiatre des circonstances entourant l'homicide dont il était accusé. En revanche, il avait discuté de ces circonstances avec les psychiatres retenus par la défense. Après avoir mentionné le droit au silence de l'accusé garanti par l'art. 7 de la *Charte*, le juge Morden a conclu que le principe de l'arrêt *Sweeney* était toujours applicable. La Couronne était donc autorisée à mettre en preuve le fait que ses experts, contrairement à ceux retenus par la défense, n'avaient pas eu le même accès aux informations que possédait l'accusé. Le juge Morden, à la p. 496, en explique ainsi les conséquences:

I think that the jury should have been instructed that the appellant, in not discussing the circumstances of the homicide with the Crown psychiatrists, was exercising his right to remain silent and that no inference of guilt could be drawn against him on this account but that, in assessing the Crown's expert evidence in comparison with that of the appellant's, they could properly take

[TRADUCTION] Je pense que le juge aurait dû dire aux jurés que l'appelant, en refusant de discuter des circonstances de l'homicide avec le psychiatre du ministère public, exerçait son droit de garder le silence et qu'ils ne pouvaient tirer de ce fait aucune conclusion quant à sa culpabilité, mais qu'ils pouvaient par contre tenir compte du refus de l'accusé de discuter de l'homicide

into account the accused's refusal to discuss the homicide with the Crown's expert witnesses.

Last, in *R. v. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133 (Ont. C.A.), the accused relied on a defence of insanity under s. 16 of the *Code* to a charge of murder. The accused did not testify at his trial. Both the defence and the Crown called psychiatrists on the issue of the accused's state of mind at the time of the homicide. The Court of Appeal approved the trial judge's comments to the jury, in which he stated that the Crown psychiatrists had been refused the opportunity to interview the accused, and that it was open to the jury to conclude from this that his defence would not withstand such scrutiny.

It therefore seems to me to be settled law that when an accused relies on a psychiatric assessment in support of any defence, his refusal to be examined for the same purposes by a Crown expert may be the subject of an inference adverse to him and the trial judge must so instruct the jury. In my view, there is no reason to limit this rule to cases in which the defence is a defence of mental disorder within the meaning of s. 16 of the *Code*. The principle behind this exception to the general rule of the right to silence is one of fairness between the parties which applies in all cases where the accused calls an expert to whom he has given exclusive access.

In addition, *Sweeney* is the only decision that addresses the procedure to follow in the case of a refusal by the accused to submit to a second assessment, and it does so indirectly. In my view, the procedure followed in *Sweeney* is much preferable to the procedure followed in the present case. The fundamental distinctions between this case and the three cases cited above are, first, that the accused testified at his trial and, second, that the Crown did not call any experts to rebut the expert evidence introduced by the accused, although it had been informed some weeks before the trial started that the defence would be introducing a psychiatric assessment. The Crown could have retained the services of a psychiatrist to assess the

avec les témoins experts du ministère public, lorsqu'ils évalueraient la preuve d'expert du ministère public par comparaison avec celle des appelants.

Finalement, dans *R. c. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133 (C.A. Ont.), l'accusé faisait valoir une défense de troubles mentaux en vertu de l'art. 16 du *Code* à l'encontre d'une accusation de meurtre. L'accusé n'a pas témoigné à son procès. Autant la défense que la Couronne ont fait entendre des psychiatres sur la question de l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'homicide. La Cour d'appel a approuvé les commentaires faits par le juge de première instance au jury selon lesquels les psychiatres de la Couronne n'avaient pas eu la possibilité d'interviewer l'accusé, et le jury pouvait en conclure que sa défense ne survivrait pas à un tel examen.

Il me semble donc bien établi que, lorsqu'un accusé s'appuie sur une expertise psychiatrique au soutien d'une défense quelconque, son refus d'être examiné aux mêmes fins par un expert de la Couronne peut faire l'objet d'une inférence défavorable à son égard, et que le juge du procès doit en instruire le jury. Il n'y a, à mon avis, aucune raison de limiter la portée de cette règle à des affaires où la défense en est une de troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code*. Le principe qui anime cette exception à la règle générale du droit au silence est un principe d'équité entre les parties qui s'applique dans tous les cas où l'accusé fait témoigner un expert à qui il a donné un accès exclusif.

Par ailleurs, seul l'arrêt *Sweeney* traite, et ce de façon indirecte, de la procédure à suivre en cas de refus de l'accusé de se soumettre à une contre-expertise. À mon avis, la procédure suivie dans l'arrêt *Sweeney* est largement préférable à la procédure suivie dans le présent dossier. Ce qui distingue fondamentalement la présente affaire des trois causes précitées c'est, d'une part, que l'accusé a témoigné à son procès et, d'autre part, que la Couronne n'a fait entendre aucun expert pour contrecarrer l'expertise présentée par l'accusé, bien qu'ayant été informée quelques semaines avant le début du procès du fait que la défense allait présenter une expertise psychiatrique. Il aurait été loisible à la Couronne de retenir les services d'un

72

73

74

expert evidence introduced at the trial and provide an opinion, if necessary, to contradict the defence expert.

75 The Crown did not retain the services of an expert, and did not contradict Dr. Lafleur's opinion. It confined itself to putting the question here in issue to the appellant. In my view, because of how the Crown chose to proceed, it cannot now rely on the exception to the exercise of the right to silence.

76 In fact, there are several reasons why the procedure followed in this case should be avoided. First, the question asked here was ambiguous and inconclusive. There was nothing in the evidence that showed that the accused had previously refused to submit to a second psychiatric assessment. In cross-examination, the Crown merely asked the accused: [TRANSLATION] "Would you agree to meet in the near future, at the request of the Crown, a psychiatric expert named John Wolwertz so as to allow the Crown to prepare a second psychiatric opinion?" It seems to me to be quite apparent that it is a little late to ask the accused to submit to second psychiatric assessment in the middle of his defence during a jury trial for murder. If that question was being put to him for the first time, which the jury did not know, his negative response would be completely acceptable and no negative inference should be drawn from it. The question also arises of how the trial should have proceeded had the accused consented there and then.

77 In addition, it seems to me to be very inappropriate to ask the accused to explain the reasons for his refusal in detail, and to invite him to impugn Dr. Wolwertz's motives. The accused himself had no personal knowledge regarding the professional qualifications of the psychiatrist selected by the Crown, and could not have expressed in an appropriate and credible manner the reasons why his counsel advised him not to agree to be examined by Dr. Wolwertz. Similarly, it would have been difficult for the accused to testify concerning the discussions that had taken place between his counsel and Crown counsel, since there is no indication that he was present at those discussions. At most,

psychiatre pour évaluer la preuve présentée au procès et offrir une opinion, le cas échéant, pour contredire l'expert de la défense.

La Couronne n'a retenu les services d'aucun expert, et elle n'a pas contredit l'opinion du Dr Lafleur. Elle s'est contentée de poser à l'appellant la question en litige. À mon avis, le procédé adopté par la Couronne ne lui permet pas de se prévaloir de la règle d'exception à l'exercice du droit au silence.

En fait, pour plusieurs raisons, la procédure suivie en l'espèce devrait être évitée. D'abord, la question posée ici était ambiguë et non concluante. Rien dans la preuve n'établissait que l'accusé avait refusé auparavant de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique. En contre-interrogatoire, la Couronne a tout simplement demandé à l'accusé: «est-ce que vous accepteriez dans l'immédiat de rencontrer, à la demande de la Couronne, un expert psychiatre du nom du docteur John Wolwertz dans le but que la Couronne confectonne une contre-expertise psychiatrique?» De toute évidence, il m'appert un peu tard pour demander à l'accusé de se soumettre à une contre-évaluation psychiatrique au milieu de sa défense dans un procès pour meurtre devant jury. Si cette question lui était posée pour la première fois, ce que le jury ignorait, sa réponse négative serait tout à fait acceptable et aucune inférence négative ne devrait en être tirée. On se demande d'ailleurs ce qu'il aurait dû advenir du procès si l'accusé avait consenti sur-le-champ.

De plus, il me semble très peu approprié de demander à l'accusé d'expliquer en détail les raisons de son refus et de l'inviter à intenter ainsi un procès d'intention au Dr Wolwertz. L'accusé n'avait lui-même aucune connaissance personnelle quant aux qualifications professionnelles du psychiatre choisi par la Couronne et il n'aurait pas pu exprimer de façon appropriée et crédible les raisons pour lesquelles son avocat lui conseillait de ne pas accepter d'être examiné par le Dr Wolwertz. De la même façon, l'accusé pouvait difficilement témoigner au sujet des discussions qui avaient eu lieu entre son avocat et le procureur de la Couronne, alors que rien n'indique qu'il ait été présent

if the question had been put to him directly, he could have said that he refused to meet with Dr. Wolwertz on the advice of counsel.

It is greatly preferable, in my view, that the Crown establish the accused's refusal in one of the following two ways: either by seeking an admission from the defence concerning the refusal, which could include the grounds for the refusal, or by calling another witness, as was done in *Sweeney, Stevenson and Worth*, in which case the defence could offer evidence in reply if it considered it necessary to do so.

In light of the principles on which the exception rule is based, it seems clear to me that the procedure adopted in this case was particularly inappropriate. First, the question was asked in the presence of the jury, immediately following a question of the same type which also should never have been asked (by the Crown's own admission, at least in the Court of Appeal). The cumulative effect of the accused's refusal to provide a blood sample and refusal to submit to a second psychiatric assessment, in rapid succession, in my view, proved highly prejudicial, for no good reason, to the general credibility of his defence. Second, the question itself was not particularly helpful, since it contained an inherent ambiguity regarding the specific subject-matter of the refusal, thus making it difficult for the jury to be invited to draw any conclusion whatsoever from that refusal.

The bottom line on this issue is that it is important to remember that the rule by which a conclusion unfavourable to the accused may be drawn from his refusal to submit to a second psychiatric assessment is an exception to the fundamental principle of the right to silence, which is itself rooted not only in the common law but also in the *Charter*. It is essential that this exceptional rule be administered fairly and equitably and in a manner consistent with its underlying principle. From this perspective, it seems to me to be particularly inappropriate for the Crown to invite the jury to draw a negative conclusion from the accused's refusal to submit to examination by its experts, when the

à ces discussions. Au mieux, si la question lui avait été posée directement, il aurait pu dire qu'il refusait de rencontrer le Dr Wolwertz suivant les conseils de son avocat.

Il est vastement préférable, à mon avis, que la Couronne fasse la preuve du refus de l'accusé de l'une des deux façons suivantes: soit en demandant à la défense d'admettre le refus, ce qui pourrait permettre d'exposer les motifs du refus, soit en faisant entendre un autre témoin, comme cela a été le cas dans les affaires *Sweeney, Stevenson et Worth*, ce qui permettrait à la défense d'offrir une preuve en réplique, si elle le jugeait nécessaire.

À la lumière des principes sur lesquels la règle d'exception est fondée, il m'apparaît clair que la procédure adoptée en l'espèce était particulièrement inappropriée. D'une part, la question a été posée en présence du jury, immédiatement après une question du même genre qui, elle non plus, n'aurait jamais dû être posée (ce qu'admet même la Couronne, tout au moins devant la Cour d'appel). L'effet cumulatif des refus coup sur coup de l'accusé de fournir un échantillon de son sang et de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique s'est avéré, à mon avis, très dommageable à la crédibilité générale de sa défense, et ce sans raison. D'autre part, la question elle-même était peu utile puisqu'elle contenait une ambiguïté inhérente quant à l'objet précis du refus, ce qui rendait difficile le processus par lequel le jury pourrait être invité à tirer quelque conclusion que ce soit de ce refus.

En somme, sur cette question, il est important de rappeler que la règle permettant de tirer une conclusion défavorable à l'accusé de son refus de se soumettre à une contre-expertise psychiatrique est une exception au principe fondamental du droit au silence, lui-même ancré non seulement dans le droit commun mais aussi dans la *Charte*. Il est essentiel que ce régime d'exception soit administré d'une façon juste et équitable et dans le respect du principe qui l'anime. Dans cette optique, il me semble particulièrement inapproprié pour la Couronne d'inviter le jury à tirer une conclusion négative du refus de l'accusé de se soumettre à sa contre-expertise, lorsque la Couronne elle-même n'a

78

79

80

Crown itself led no evidence challenging the expert opinion offered by the defence. Before taking advantage of the exception, the Crown must first lay the factual foundation of its assertion by challenging the defence's psychiatric assessment. It may then lead evidence of the accused's refusal, provided it does so accurately and in a manner consistent with the facts, that is, avoiding tactics that are unfair or unduly prejudicial to the accused.

81 In view of the circumstances of this case, the judge's instructions to the jury on the issue failed to remedy the original error of allowing the question to be asked.

B. Application of Section 686(1)(b)(iii)

82 I would note that the Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge committed errors in his instructions to the jury, specifically in the summary of the testimony of the defence's expert witness (Dr. Lafleur), the characterization of the evidence of good character submitted by the appellant, the outline of the facts of the case that were relevant to the theory put forward by the defence, and the description of the application of s. 34(2) of the *Code*, and more particularly the reference to the reasonable man in connection with how the perceptions associated with self-defence are formed. This is the starting point from which I shall now consider the applicability of the curative provision.

83 The curative provision set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* applies in exceptional situations where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably find an accused guilty despite the errors committed during the trial: *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697.

84 Very recently, in *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11, at para. 104, this Court adopted Major J.'s statement in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, in which he provided a reminder, at pp. 616-17, of the exact nature of the test that the Crown must meet pursuant to s. 686(1)(b)(iii):

offert aucune preuve mettant en doute l'expertise offerte par la défense. Avant de se prévaloir de la règle d'exception, la Couronne doit d'abord jeter les fondements factuels de sa prétention en mettant en doute l'expertise psychiatrique de la défense. Elle peut ensuite introduire en preuve le refus de l'accusé, pourvu qu'elle le fasse de façon précise et fidèle à la réalité, c'est-à-dire, en évitant des tactiques déloyales ou indûment préjudiciables à l'accusé.

Étant donné les circonstances en l'espèce, les instructions fournies sur la question par le juge au jury n'ont pas remédié à l'erreur originale d'avoir permis que la question soit posée.

B. L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)

La Cour d'appel, je le rappelle, a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait commis des erreurs dans ses directives au jury, notamment dans le résumé du témoignage de l'expert de la défense (le Dr Lafleur), l'explication de la portée de la preuve de bonne moralité présentée par l'appelant, la présentation des faits de la cause se rapportant à la thèse avancée par la défense et la description de l'application du par. 34(2) du *Code*, plus particulièrement, la référence à l'homme raisonnable quant à la formation des perceptions propres à la légitime défense. C'est depuis ce point de départ que j'examine maintenant l'applicabilité de la disposition.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* trouve application dans les situations exceptionnelles où la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé, en dépit des erreurs commises au cours du procès: *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697.

Tout récemment, dans l'arrêt *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11, au par. 104, notre Cour a adopté l'énoncé du juge Major dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, dans lequel il a rappelé, aux pp. 616 et 617, la nature précise du critère auquel le ministère public doit satisfaire selon le sous-al. 686(1)(b)(iii):

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error is whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred": see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possibility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, per Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, per Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, per Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

Where more than one error was committed during the trial, whether regarding the admissibility of evidence, the judge's instructions to the jury or otherwise, the cumulative effect of those errors, however minimal they may be when taken individually, must be taken into account for the purposes of applying s. 686(1)(b)(iii).

Where an error, or a series of errors, relates to the very essence of the defence and could influence the jury's assessment of a question of fact that has a very direct bearing on the accused's guilt, it is difficult to conclude that the rest of the evidence is sufficiently conclusive for the curative provision to be applied.

In the present case, the central issue was whether, at the time the appellant shot the victim, he had a reasonable perception that his life was in danger and that he could not otherwise escape from the threat to his safety.

Some of the errors found by the Court of Appeal related to secondary matters and, taken in isolation, could have been excused by applying the curative provision. For example, I am of the view, as was the Court of Appeal, that the question put to the accused by the Crown asking him whether he would consent to providing a blood sample "went

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite»: voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante: existe-t-il une possibilité que, n'eût été l'erreur commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l'accusé?: voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question.

Lorsque plusieurs erreurs ont été commises au cours du procès, qu'il s'agisse de l'admissibilité d'une preuve, de directives du juge au jury ou d'autre chose, l'effet cumulatif de ces erreurs, si minimales soient-elles individuellement, doit être pris en considération pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

Lorsqu'une erreur, ou l'ensemble des erreurs, porte sur l'essence même de la défense et risque d'influencer l'appréciation par le jury d'une question de fait qui touche de très près la culpabilité de l'accusé, il est difficile de conclure que le reste de la preuve est suffisamment concluant pour permettre l'application de la disposition réparatrice.

Dans la présente affaire, la question centrale était de savoir si, au moment où il a fait feu sur la victime, l'appelant avait une perception raisonnable que sa vie était en danger et qu'il ne pouvait se soustraire autrement à la menace qui pesait sur lui.

Certaines des erreurs constatées par la Cour d'appel portaient sur des questions secondaires et, prises isolément, auraient pu être excusées par le biais de la disposition réparatrice. Par exemple, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la question posée par la Couronne à l'accusé, à savoir s'il consentirait à fournir un échantillon de son

85

86

87

88

too far". It is difficult to see the relevance of this question, which was asked in a prejudicial manner and followed by an instruction which did little to remedy that prejudice. However, that error, taken alone, would not in my opinion have vitiated the trial to the point that the curative provision could not be applied.

89 On other hand, the psychiatric evidence of the accused's pathological fear of the victim was fundamental. As well, the nature of the evidence also required very clear instructions regarding the assessment of the reasonableness of the accused's beliefs. In my view, the errors in the judge's instructions to the jury concerning these two issues were inevitably fatal, since it is impossible to argue that the verdict would have been the same had it not been for those errors. Such a conclusion would amount to rejecting the defence out of hand, and thus to usurping the decision-making authority of the jury.

90 The appellant killed a defenceless sleeping man whom he had known for years, who was violent towards him and of whom he was chronically afraid. He was entitled to have a jury determine his guilt in accordance with properly explained and applied rules of law. This was not the case here, and it is not for appellate courts to dismiss a defence on which an appropriately instructed jury has not expressed a view.

91 In my view, the cumulative effect of the errors unanimously found by the Court of Appeal to have occurred, combined with the serious and prejudicial error of allowing the Crown to ask the accused whether he would consent to a second psychiatric assessment by Dr. Wolwertz, requires that the conviction be set aside and a new trial ordered.

92 I would therefore allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Michel Pennou, Laval.

sang, était «de trop». Il est difficile de discerner la pertinence d'une telle question, posée de façon préjudiciable et suivie d'une instruction qui remédiait peu à ce préjudice. Toutefois, à elle seule, cette erreur n'aurait pas, selon moi, vicié le procès au point de faire échec à l'application de la disposition réparatrice.

Par contre, la preuve psychiatrique de la peur pathologique qu'avait l'accusé de la victime était fondamentale. De même, la nature de la preuve exigeait également des instructions très claires sur l'appréciation du caractère raisonnable des croyances de l'accusé. À mon avis, les erreurs dans les directives du juge au jury sur ces deux questions sont inévitablement fatales puisqu'il est impossible de prétendre que le verdict aurait été le même n'eût été ces erreurs. Une telle conclusion équivaldrait à rejeter d'emblée la défense et donc à usurper le pouvoir décisionnel du jury.

L'appelant a tué un homme endormi, sans défense, qu'il connaissait depuis des années, qui était violent à son égard et dont il avait une peur chronique. Il avait droit à ce qu'un jury décide de sa culpabilité dans le cadre de règles juridiques bien expliquées et bien appliquées. Cela n'a pas été le cas ici et il n'appartient pas aux tribunaux d'appel d'écarter une défense sur laquelle un jury adéquatement instruit ne s'est pas prononcé.

À mon avis, l'effet cumulatif des erreurs constatées unanimement par la Cour d'appel, auxquelles s'ajoute l'erreur grave et préjudiciable d'avoir permis à la Couronne de demander à l'accusé s'il consentirait à être contre-expertisé par le Dr Wolwertz, exige que le verdict de culpabilité soit annulé et qu'un nouveau procès soit ordonné.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelant: Michel Pennou, Laval.

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General's Prosecutor, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Le substitut du
Procureur général, Montréal.*

Alain Beauchamp *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEAUCHAMP

Neutral citation: 2000 SCC 54.

File No.: 27075.

Hearing and judgment: December 8, 1999.

Reasons delivered: November 10, 2000.

Present: Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

The accused was charged with second degree murder. The trial judge, who did not have the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, referred to the expression "moral certainty" in describing reasonable doubt in her charge to the jury. The accused was convicted and the majority of the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. The majority noted that this Court had disapproved in *Lifchus* of the use of the expression "moral certainty" when describing reasonable doubt, but concluded that, notwithstanding certain references to expressions which should have been avoided in the formulation of the instructions, the essence of the notion of reasonable doubt had properly been conveyed to the jury such that it could not have misapprehended the applicable standard of proof. The sole issue raised in this appeal as of right is whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the trial judge's charge to the jury was in substantial compliance with the principles enunciated in *Lifchus*.

Held: The appeal should be dismissed.

Alain Beauchamp *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BEAUCHAMP

Référence neutre: 2000 CSC 54.

N° du greffe: 27075.

Audition et jugement: 8 décembre 1999.

Motifs déposés: 10 novembre 2000.

Présents: Les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès, qui ne bénéficiait pas de l'arrêt *Lifchus* de notre Cour, a utilisé l'expression «certitude morale» pour décrire le doute raisonnable dans son exposé au jury. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel à la majorité a rejeté son appel de la déclaration de culpabilité. La majorité a noté que, dans *Lifchus*, notre Cour avait désapprouvé l'utilisation de l'expression «certitude morale» dans l'explication du doute raisonnable, mais a conclu que, malgré certaines mentions qui auraient dû être évitées dans les directives, l'essence de la notion de doute raisonnable avait été adéquatement communiquée au jury, de sorte que celui-ci ne pouvait pas avoir mal compris la norme de preuve applicable. La seule question soulevée dans ce pourvoi de plein droit est de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont fait erreur lorsqu'ils ont conclu que l'exposé du juge du procès au jury était conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans *Lifchus*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

In reviewing a trial judge's instructions to the jury on the reasonable doubt standard, the criterion remains one of "substantial compliance" with the principles set out in *Lifchus*. An appellate court must assess whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained, such that there is no reasonable likelihood that the jury misapprehended the proper burden and standard of proof. Assessing substantial compliance is not a mechanical task. Rather, it is a judgment call on whether any deficiencies in the charge fall below the *Lifchus* standard such as to cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial. Appellate review of substantial compliance is inevitably in a transitional phase and the failure of pre-*Lifchus* jury charges to reflect the *Lifchus* principles cannot alone be taken to raise the spectre of an unfair trial or miscarriage of justice. At the same time, Canadian courts have been and will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied. In this case, there is no reason to intervene in the majority of the Court of Appeal's finding that the trial judge's charge to the jury was in substantial compliance with the principles enunciated in *Lifchus*.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 3682 (QL), J.E. 99-230, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Robert Delorme and Alexandre Boucher, for the appellant.

Stella Gabbino and Carole Lebeuf, for the respondent.

Le critère de contrôle des directives du juge au jury sur la norme du doute raisonnable est celui de la «conformité pour l'essentiel» avec les principes énoncés dans *Lifchus*. Les cours d'appel doivent évaluer si les éléments essentiels d'une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s'y trouvent et s'ils ont été bien expliqués, de sorte qu'il n'y a aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le fardeau et la norme de preuve applicables. L'évaluation de la conformité pour l'essentiel n'est pas une tâche machinale. Il s'agit de juger si les déficiences de l'exposé font qu'il ne respecte pas la norme *Lifchus*, ce qui soulèverait des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et pourrait mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable. L'examen en appel de la conformité pour l'essentiel avec *Lifchus* est inévitablement en phase de transition et le défaut de certains exposés au jury antérieurs à *Lifchus* de refléter les principes établis dans cet arrêt ne peut pas donner naissance à lui seul au spectre du procès inéquitable ou de l'erreur judiciaire. Par ailleurs, les tribunaux canadiens ont veillé et continueront de veiller à remédier aux procès inéquitables et aux erreurs judiciaires. En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans la conclusion de la majorité en Cour d'appel selon laquelle l'exposé du juge du procès au jury était essentiellement conforme aux principes énoncés dans *Lifchus*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés:** *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. n° 3682 (QL), J.E. 99-230, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Robert Delorme et Alexandre Boucher, pour l'appellant.

Stella Gabbino et Carole Lebeuf, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

1 The appellant, Alain Beauchamp, was arrested on August 21, 1994 for the murder of Éleine Cormier. He was convicted at trial before a judge and jury of second degree murder. His conviction rested entirely on circumstantial evidence, including extrajudicial statements made by the appellant before and after his arrest. This appeal was taken as of right from the decision of the Quebec Court of Appeal which dismissed the appellant's appeal from his conviction, and allowed the appeal with respect to his sentence. Fish J.A., dissenting, would have allowed the appeal from conviction and ordered a new trial. In his view, the trial judge's charge to the jury, when read as a whole, gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the applicable standard of proof required for conviction.

2 The sole issue raised by this appeal is whether as reviewed by the Quebec Court of Appeal the trial judge's instructions to the jury, considered as a whole, resulted in a charge which might reasonably be thought to have misled the jurors with respect to their ability to understand and apply the standard of proof "beyond a reasonable doubt". At the outset, it should be noted that this appeal was dismissed by judgment released December 8, 1999, with reasons to follow.

3 By way of summary, I am in general agreement with the reasons of Philippon J. (*ad hoc*), writing for the majority of the Quebec Court of Appeal. I see no reason to interfere with the reasons of the majority and consequently would dismiss the appeal.

II. Factual Background

4 On August 13, 1994, the naked body of Éleine Cormier was found on a wooded countryside lot

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

L'appelant, Alain Beauchamp, a été arrêté le 21 août 1994 pour le meurtre d'Éleine Cormier. Il a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant juge et jury. Sa déclaration de culpabilité reposait entièrement sur des éléments de preuve circonstancielle, y compris des déclarations extrajudiciaires qu'il avait faites avant et après son arrestation. Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit contre un arrêt dans lequel la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité et accueilli l'appel relatif à la peine imposée à l'appelant. Le juge Fish, en dissidence, était d'avis d'accueillir l'appel de la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. Il estimait que l'exposé du juge du procès au jury, considéré dans son ensemble, soulevait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable pour prononcer un verdict de culpabilité.

La seule question soulevée dans le présent pourvoi et examinée par la Cour d'appel du Québec est de savoir si on pouvait raisonnablement penser que l'exposé du juge du procès au jury, considéré dans son ensemble, avait induit les jurés en erreur sur le sens et l'application de la norme de preuve «hors de tout doute raisonnable». Au départ, il convient de noter que le présent pourvoi a été rejeté dans un jugement rendu à l'audience le 8 décembre 1999 avec motifs à suivre.

En bref, je suis d'accord de façon générale avec les motifs du juge Philippon (*ad hoc*), qui s'exprimait pour la majorité de la Cour d'appel du Québec. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans le jugement de la majorité et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

Le 13 août 1994, le corps nu d'Éleine Cormier a été retrouvé sur un terrain boisé appartenant aux

which belonged to the appellant's grandparents. Despite an autopsy, the cause of death could not be determined owing to the corpse's advanced state of decay. There were two highly putrefied orifices on the body, one on the abdomen, the other, in the area of the perineum and pubis.

The appellant and the victim had been acquainted only briefly. They had spent the evening of July 20, 1994 together. Police investigators were unable to identify anyone having seen the victim subsequent to the night in question. After the disappearance of the victim was announced, but before the body was found, the appellant told his sister that he would be [TRANSLATION] "in deep shit" if the corpse were found.

The appellant also stated that, in all likelihood, he would be arrested for the murder of Elaine Cormier since he had no doubt that it was her body that had been found. This statement was articulated before the name or sex of the victim was released. In response to a question concerning the place where the body might have been found, the appellant answered: [TRANSLATION] "I put her there".

On July 21, the appellant arrived at his sister's house at approximately 1:00 a.m. (though he alleged arriving between 10:30 and 11:00 p.m. of the night before). He asked for a garbage bag, allegedly to clean out a cooler that he had used camping. But, according to a witness, this cooler had already been emptied out. The appellant's sister did not find the garbage bag in front of her house, where the appellant had claimed to have placed it. But a similar bag, containing a pair of blue jeans, was found in front of the neighbouring house. Evidence established that the neighbours did not dispose of such a piece of clothing, and that the bag did not belong to them. Testimonial evidence as to what the victim was wearing the day on which she was last seen was contradictory. However, it was established that she owned a similar pair of jeans which were not found amongst her personal belongings during the investigation. Statements made by the appellant to investigators about his comings and goings and certain things he did after leaving Ms. Cormier revealed inconsistencies.

grands-parents de l'appelant. Malgré l'autopsie, la cause du décès n'a pas pu être déterminée en raison de l'état de décomposition avancée du cadavre. Il y avait deux orifices largement putréfiés sur le corps, l'un à l'abdomen, l'autre à la région du périnée et du pubis.

L'appelant et la victime s'étaient connus peu de temps auparavant. Ils avaient passé la soirée du 20 juillet 1994 ensemble. Les enquêteurs de la police n'ont trouvé personne qui ait vu la victime après la nuit en question. Après l'annonce de la disparition de la victime, mais avant la découverte de son corps, l'appelant a dit à sa sœur qu'il serait «dans la merde» si le cadavre était découvert.

L'appelant a également déclaré qu'en toute probabilité, il serait arrêté pour le meurtre d'Élaine Cormier parce qu'il n'avait aucun doute que c'était son corps qui avait été découvert. Cette déclaration a été faite avant que le nom ou le sexe de la victime n'ait été rendu public. À une question sur l'endroit où le corps a pu être découvert, l'appelant a répondu: «je l'ai mis là».

Le 21 juillet, l'appelant est arrivé chez sa sœur vers 1 h du matin (même s'il a allégué être arrivé entre 22 h 30 et 23 h la veille). Il a demandé un sac à ordures, soi-disant pour nettoyer une glacière qu'il avait utilisée en camping. Mais, selon un témoin, la glacière avait déjà été vidée. La sœur de l'appelant n'a pas trouvé le sac à ordures devant chez elle, où l'appelant avait prétendu l'avoir placé. Toutefois, un sac semblable, contenant un jean bleu, a été retrouvé devant la maison voisine. Il a été établi en preuve que les voisins n'avaient pas jeté un tel vêtement et que le sac ne leur appartenait pas. La preuve testimoniale sur ce que portait la victime le jour où elle a été vue pour la dernière fois était contradictoire. Cependant, il a été établi qu'elle possédait un jean semblable qui n'a pas été trouvé dans ses objets personnels au cours de l'enquête. Les déclarations de l'appelant aux enquêteurs au sujet de ses allées et venues et de certaines choses qu'il a faites après avoir quitté M^{me} Cormier contiennent des contradictions.

5

6

7

III. Judicial History

8 Because the sufficiency of the trial judge's charge to the jury is the only issue that forms the basis of this appeal, the summary of the judgments below is limited to this aspect.

A. *Superior Court*

9 In her instructions to the jury, Zerbisias J. emphasized the presumption of innocence and explained the relationship between this fundamental principle and the standard of proof beyond a reasonable doubt. She stated that the onus of proving guilt rests upon the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused. She stressed that the accused is presumed innocent and continues to be unless, after considering all the evidence, the jury is satisfied that the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused is guilty. Zerbisias J. then defined the reasonable doubt standard in the following terms:

[TRANSLATION] I will now discuss the presumption of innocence and the requirement of proof beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence is the fundamental principle of Canadian criminal law: an accused person is presumed innocent until proven guilty by the Crown beyond a reasonable doubt.

An accused person does not have to prove he is innocent. You must presume the accused is innocent throughout your deliberations. You may find him guilty only if, after considering all the evidence, you are satisfied the Crown has made its case beyond a reasonable doubt.

The standard of proof beyond a reasonable doubt has to do not with the details or the various pieces of evidence considered separately but with the evidence as a whole on which the Crown's case is based. It is always up to the Crown to prove the accused guilty, and this onus does not shift; the accused does not have to prove anything.

You must find the accused not guilty if, after reviewing all the evidence, there is a reasonable doubt in your minds.

What, then, is proof beyond a reasonable doubt? There is no simple answer: a reasonable doubt could arise

III. Les jugements antérieurs

Comme le pourvoi porte uniquement sur la question du caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury, le résumé des jugements antérieurs en l'espèce se limite à cet aspect.

A. *Cour supérieure*

Dans ses directives au jury, le juge Zerbisias met l'accent sur la présomption d'innocence et explique le lien qui existe entre ce principe fondamental et la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Elle déclare que le fardeau de prouver la culpabilité incombe à la poursuite tout au long du procès, et que ce fardeau de preuve ne passe jamais à l'accusé. Elle souligne que l'accusé est présumé innocent et le demeure à moins que, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le jury ne soit convaincu que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé. Le juge Zerbisias définit ensuite la norme du doute raisonnable de la façon suivante:

Maintenant je vais vous parler de la présomption d'innocence et l'exigence de preuve hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence, c'est le principe fondamental de notre droit criminel ici au Canada, toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que la couronne ait prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Un accusé n'a pas à prouver son innocence. Vous devez présumer que l'accusé est innocent tout au cours de vos délibérations. Vous ne pouvez déclarer l'accusé coupable que si, après avoir considéré toute la preuve, vous êtes convaincus que la couronne a fait sa preuve hors de tout doute raisonnable.

La norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne vise pas les détails ou les différents éléments de preuve considérés séparément mais porte sur l'ensemble de la preuve sur lequel se fonde la couronne. Il incombe toujours à la couronne de prouver la culpabilité de l'accusé et ce fardeau ne se déplace pas, l'accusé n'a rien à prouver.

Vous devez trouver l'accusé non coupable si, après examen de toute la preuve, il existe un doute raisonnable à vos esprits.

Maintenant c'est quoi ça une preuve hors de tout doute raisonnable? Il n'existe pas de réponse simple, un doute

from the evidence, from conflicting evidence or from a lack of evidence. A reasonable doubt is based on reason, it is not an imaginary doubt, it is the type of doubt for which you could give a logical and reasonable explanation if you were asked. If you are morally certain or feel sure the accused committed the offence with which he was charged, you do not have a reasonable doubt. If you think the accused is probably guilty, you still have a reasonable doubt; you must give the benefit of this doubt and render a verdict of not guilty.

On the other hand, you must not consider the Crown's onus of proof to be a standard of absolute certainty, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty, beyond a reasonable doubt. I will read you the definition approved by our higher courts and even our highest Court. I believe it is explained well. It means, and I quote:

What is meant by reasonable doubt is the state of mind of a reasonable person who, after having considered the factual evidence, cannot be morally certain that the accused is guilty. It is therefore up to the prosecution, through its witnesses, the exhibits or the admissions in the record, to prove beyond a reasonable doubt — not mathematically, which is always impossible in a trial, as there is no absolute certainty — so it is always up to the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused is guilty of the offence with which he is charged. If a reasonable doubt. . . .

And this is important.

. . . not a fanciful, capricious or emotional doubt, but a truly reasonable doubt remains, not in your imagination but in your mind, in your reason, it is your duty to give the accused the benefit of this reasonable doubt about him and find him not guilty.

In other words, if, after hearing all the evidence, after reviewing the exhibits that have been entered, and in light of my comments and instructions on the law, you reach the conclusion that the prosecution has failed to prove the accused guilty beyond a reasonable doubt, a real doubt, a serious doubt, it is your duty to give the accused the benefit of the reasonable doubt and find him not guilty of the offence with which he has been charged.

raisonnable peut découler de la preuve, d'un conflit dans la preuve ou d'un manque de preuve. Le doute raisonnable en est un qui est basé sur la raison, il ne s'agit pas d'un doute imaginaire, c'est un genre de doute au sujet duquel vous pouvez donner une explication logique et raisonnable si on vous le demande. Si vous êtes moralement certain[s] ou vous sentez sûr[s] que l'accusé a commis l'infraction qui lui était reprochée, vous n'avez pas un doute raisonnable. Si vous croyez que l'accusé est probablement coupable, vous conservez un doute raisonnable, vous devez accorder le bénéfice de ce doute et rendre un verdict de non culpabilité.

Par ailleurs, vous ne devez pas rechercher une norme de certitude absolue dans le fardeau de preuve qu'a la couronne, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, hors de tout doute raisonnable. Je vais vous lire la définition qui a été approuvée par nos Tribunaux supérieurs et même notre plus haut Tribunal. Je crois que c'est bien expliqué. On entend, et je cite:

«Par doute raisonnable, on entend l'état d'esprit d'une personne raisonnable qui, après avoir considéré les preuves aux faits, ne peut avoir la certitude morale de la culpabilité de l'accusé. Il appartient donc à la poursuite, par ses témoins, les exhibits ou pièces, les admissions au dossier, de prouver au-delà d'un doute raisonnable et non de façon mathématique, ce qui est toujours impossible dans un procès, la certitude absolue n'existant pas, alors il appartient toujours à la couronne de prouver que l'accusé est coupable au-delà d'un doute raisonnable de l'infraction qu'on lui reproche. Si un doute raisonnable. . .»

Et ça c'est important.

« . . . non pas un doute fantaisiste ni un doute inspiré du caprice ou de la sensiblerie mais un doute vraiment raisonnable subsiste non pas dans votre imagination mais dans votre esprit, dans votre raison, c'est votre devoir de faire bénéficier l'accusé de ce doute raisonnable que vous entretenez à son sujet et de le déclarer non coupable.»

Si, en d'autres termes, après avoir entendu toute la preuve, après avoir examiné les pièces qui ont été déposées, si donc à la lumière de mes commentaires et directives en droit, vous en venez à la conclusion que la poursuite n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de ce doute raisonnable, de ce doute réel, de ce doute sérieux, c'est votre devoir de donner [à] l'accusé le bénéfice d[u] doute raisonnable et de le déclarer non coupable de l'infraction qui lui est reprochée.

There have been many attempts to define “reasonable doubt”; some naysayers have even suggested that if judges did not try so hard to explain what it meant, jurors would understand it better. In any event, a reasonable doubt is a doubt that arises out of an individual’s reason, it is a serious, real doubt, not an imaginary, fanciful or theoretical doubt, and certainly not a doubt for the sake of shirking or avoiding your responsibilities as jurors.

The only question, and the key question, each and every one of you must ask yourself is the following: has the prosecution morally convinced me that the accused is guilty, am I morally certain of that? That is the question. The requirement of proof beyond a reasonable doubt applies to each essential element of the offence. The Crown must prove that the accused committed each of the elements of the offence. So when I use the words “the Crown must prove” or “the Crown must establish” or “the Crown must show” or “you must be convinced”, please understand that these expressions all mean proof by the Crown beyond a reasonable doubt.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 3682 (QL)

(1) Philippon J. (*ad hoc*) (Robert J.A. concurring)

10

On the issue of the trial judge’s instructions to the jury on the applicable standard of proof, Philippon J. recognized that some of the expressions to which the trial judge had referred should have been avoided. However, Philippon J. found that the charge as a whole was acceptable in so far as, on the one hand, all of the critical elements relating to the applicable burden and standard of proof as set out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, had been explained, and on the other hand, the few expressions mentioned by the trial judge which should have been avoided could not have had the effect of misleading the jurors. According to Philippon J., the shortcomings in the impugned charge fell short of the instructions which had justified judicial intervention in other cases.

11

Philippon J. noted that this Court, while disapproving of the use of the expression “moral certainty” in *Lifchus*, recognized that such expression

On a, à maintes reprises, tenté de définir ce qu’était le doute raisonnable, certains méchants ont même dit que si les juges tentaient moins d’expliquer le doute raisonnable, les jurés comprendraient mieux. [À] tout événement, le doute raisonnable, c’est un doute qui prend son origine dans la raison d’une personne, c’est un doute sérieux, réel, non imaginaire, non fantaisiste, non théorique et surtout pas un doute pour fuir ou se dégager de ses responsabilités d[e] jur[é].

La seule question et la question clé que vous avez à vous poser tous et chacun d’entre vous est la suivante: est-ce que la poursuite m’a moralement convaincu de la culpabilité de l’accusé, est-ce que j’en suis moralement certain, c’est là la question. L’exigence de preuve hors de tout doute raisonnable s’applique à chaque élément essentiel de l’infraction. La couronne doit prouver que l’accusé a commis chacun des éléments de l’infraction. Alors si j’utilise les mots la couronne doit prouver ou la couronne doit établir ou la couronne doit démontrer ou que vous devez être convaincus, veuillez bien comprendre que ces expressions signifient toujours la preuve pour la couronne hors de tout doute raisonnable.

B. *Cour d’appel du Québec*, [1998] A.Q. n° 3682 (QL)

(1) Le juge Philippon (*ad hoc*) (avec l’appui du juge Robert)

En ce qui a trait aux directives que le juge du procès a données au jury au sujet de la norme de preuve applicable, le juge Philippon reconnaît que le juge du procès aurait dû éviter de se référer à certaines expressions. Toutefois, le juge Philippon conclut que l’exposé dans son ensemble était acceptable dans la mesure où, d’une part, tous les éléments essentiels concernant le fardeau et la norme de preuve applicables, énoncés dans l’arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, ont été expliqués et où, d’autre part, les quelques mentions que le juge du procès aurait dû éviter ne pouvaient pas avoir eu pour effet d’induire en erreur les jurés. Selon le juge Philippon, l’exposé contesté ne contenait pas de failles de la nature de celles contenues dans les directives qui avaient justifié l’intervention judiciaire dans d’autres cas.

Le juge Philippon note que notre Cour, bien qu’elle ait désapprouvé l’utilisation de l’expression «certitude morale» dans l’arrêt *Lifchus*, a reconnu

had once been considered a meaningful way of describing reasonable doubt. Moreover, Philippon J. reiterated that according to *Lifchus*, the use of recently prohibited expressions will not affect the verdict if the charge, when read as whole, does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof. A review of the trial judge's instructions led Philippon J. to conclude that the charge taken in its entirety satisfied this requirement.

Notwithstanding certain references to expressions which should have been avoided in the formulation of the instructions, Philippon J. found that the trial judge had correctly explained all of the essential elements of reasonable doubt, namely: (1) the connection between the standard of proof beyond a reasonable doubt and the principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence; (2) the requirement that the burden of proof rests on the prosecution throughout the entire trial and never shifts to the accused; (3) the principle that a reasonable doubt is not one based upon sympathy or prejudice, nor is it a frivolous or imaginary doubt, but rather, is based upon reason; (4) that absolute certainty is not required; and (5) finally, the requirement that the Crown must prove more than mere probability of guilt and that where the jury concludes that the accused is probably guilty, he must be acquitted. Furthermore, Philippon J. found that the trial judge had properly avoided describing the phrase "reasonable doubt" as an ordinary expression without any special meaning in the criminal law context. Consequently, Philippon J. concluded that the essence of the notion of reasonable doubt had properly been conveyed to the jury, such that it could not have misapprehended the applicable standard of proof.

(2) Fish J.A. (dissenting)

Fish J.A. held that the trial judge, who did not have the benefit of *Lifchus*, erred in her instructions to the jury concerning the meaning of the criminal standard of proof. Fish J.A. reviewed some of the principles which were articulated in

que cette expression a été considérée à une époque comme étant une façon utile de décrire le doute raisonnable. En outre, le juge Philippon réitère que, suivant *Lifchus*, l'utilisation d'expressions récemment bannies n'influe pas sur le verdict si l'exposé, considéré dans son ensemble, ne soulève pas de probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de contrôle correcte. Après examen des directives du juge du procès, le juge Philippon a conclu que l'exposé, considéré dans son ensemble, satisfait à cette exigence.

Même si les directives comportent certaines mentions qui auraient dû être évitées, le juge Philippon conclut que le juge du procès a correctement expliqué tous les éléments essentiels de la notion de doute raisonnable, à savoir: (1) le lien entre la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et le principe fondamental applicable à tous les procès pénaux, la présomption d'innocence; (2) l'exigence selon laquelle le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne passe jamais à l'accusé; (3) le principe selon lequel le doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé, ne doit pas non plus être imaginaire ou frivole, mais doit plutôt reposer sur la raison; (4) le fait que la certitude absolue n'est pas exigée; et (5) enfin, l'exigence selon laquelle le ministère public est tenu d'établir plus qu'une simple probabilité de culpabilité et que, lorsque le jury conclut que l'accusé est probablement coupable, il doit l'acquitter. En outre, le juge Philippon conclut que le juge du procès a évité à bon droit de décrire l'expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire qui n'a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal. En conséquence, le juge Philippon conclut que l'essence de la notion de doute raisonnable a été adéquatement communiquée au jury, de sorte que celui-ci ne peut pas avoir mal compris la norme de preuve applicable.

(2) Le juge Fish (dissident)

Le juge Fish conclut que le juge du procès, qui n'a pas bénéficié de l'arrêt *Lifchus*, a commis une erreur dans ses directives au jury relativement au sens de la norme de preuve en matière pénale. Le juge Fish examine certains des principes énoncés

12

13

Lifchus, namely, that trial judges should not qualify the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, nor should they instruct the jury, before giving it a proper definition of the standard of proof, that it may convict if it is “sure” that the accused committed the crime. He added that instructions should not be given which would limit “reasonable doubt” to a doubt for which a reason can be supplied. Fish J.A. then reviewed the trial judge’s corresponding errors.

dans *Lifchus*, à savoir que les juges du procès ne devraient pas qualifier le mot «doute» par d’autres adjectifs que «raisonnable», qu’ils ne devraient pas non plus dire aux jurés, avant de leur avoir donné une définition appropriée de la norme de preuve, qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont «sûrs» qu’il a commis le crime. Il ajoute que les directives ne devraient pas limiter le «doute raisonnable» à un doute dont on peut fournir une raison. Le juge Fish examine ensuite les erreurs correspondantes du juge du procès.

14 However, Fish J.A. held that the most troubling error related to the trial judge’s references to “moral certainty”. While he recognized that referring to “moral certainty” in a jury charge was not necessarily fatal, he found that *Lifchus* prohibited any equation between “proof beyond a reasonable doubt” and “proof to a moral certainty”. According to Fish J.A., the trial judge’s references to moral certainty amounted to the prohibited equation. In light of this error and of the other flaws mentioned, Fish J.A. concluded that the charge, as a whole, gave rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the criminal standard of proof. Fish J.A. would have consequently ordered a new trial.

Toutefois, le juge Fish conclut que l’erreur la plus grave concerne les mentions du juge du procès relatives à la «certitude morale». Reconnaisant que la mention de la «certitude morale» dans un exposé au jury n’est pas nécessairement fatale, il conclut que l’arrêt *Lifchus* interdit d’assimiler la «preuve hors de tout doute raisonnable» à une «preuve correspondant à la certitude morale». Selon le juge Fish, les mentions du juge du procès relatives à la certitude morale équivalaient à une telle assimilation. Compte tenu de cette erreur et des autres failles mentionnées, le juge Fish conclut que l’exposé, dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve en matière pénale. Le juge Fish aurait donc ordonné un nouveau procès.

IV. Issue

IV. La question litigieuse

15 As already stated, this is an appeal as of right and the only issue raised is whether the majority of the Quebec Court of Appeal erred in finding that the trial judge’s charge to the jury was in substantial compliance with the principles enunciated in *Lifchus*.

Tel que déjà mentionné, la seule question dans ce pourvoi de plein droit est de savoir si les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec font erreur lorsqu’ils concluent que l’exposé du juge du procès au jury est conforme pour l’essentiel aux principes énoncés dans *Lifchus*.

V. Analysis

V. L’analyse

16 In *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, and *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55, and *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, released concurrently herewith, the principles set out by this Court in *Lifchus*, *supra*, on the appropriate manner of instructing a jury on the reasonable doubt standard were applied. As noted in *Starr*, *Avetyan* and *Russell*, the criterion, in reviewing a trial judge’s instructions to the jury,

L’arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, ainsi que les arrêts *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55, et *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, déposés en même temps que les présents motifs, appliquent les principes que notre Cour a énoncés dans *Lifchus*, précité, quant à la manière appropriée de donner des directives au jury sur la norme du doute raisonnable. Comme le notent les arrêts *Starr*, *Avetyan* et

remains one of “substantial compliance” with the principles set out in *Lifchus* (*Starr, supra*, at paras. 237 and 243). An appellate court must assess whether “the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained” (*Starr, supra*, at para. 233), such that there is no reasonable likelihood that the jury misapprehended the proper burden and standard of proof. The charge in this case was delivered prior to *Lifchus*. However, it was reviewed by the Quebec Court of Appeal after *Lifchus*.

At the outset, it is important to emphasize that, as *Starr, Russell* and *Avetysan* have noted, *Lifchus* was aimed at improving a trial judge’s jury instructions on reasonable doubt. Major J.’s words in *Avetysan*, at para. 12, bear repeating here:

It is worth stressing that the principles in *Lifchus* are to be applied in a manner that will encourage improvements in the wording of jury charges, but do not vitiate past charges where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test. A jury charge given before or after the *Lifchus* decision should not be faulted merely for imprecise language. Rather, as was stated in *Starr, supra*, it should be reviewed to determine whether it substantially complies with the *Lifchus* principles. As applied in *Russell, supra*, and *Beauchamp, supra*, the basic question remains: Does the charge, read as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof? If not, the charge is adequate.

As was stated in *Russell* (at paras. 23 and 24), since we are dealing with the Court of Appeal’s review of a trial judge’s jury charge on reasonable doubt, the following points must be kept in mind.

The appellate assessment of substantial compliance with the *Lifchus* principles in cases where the trial judge did not have the benefit of that decision, and may have used, in parts of the charge, language that will likely be discontinued in the future or omitted parts recommended in *Lifchus*, is not a mechanical task. Rather, it is

Russell, le critère de contrôle des directives du juge au jury est celui de la «conformité pour l’essentiel» avec les principes énoncés dans *Lifchus* (*Starr, aux par. 237 et 243*). Les cours d’appel doivent évaluer si «les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués» (*Starr, au par. 233*), de sorte qu’il n’y a aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le fardeau et la norme de preuve applicables. L’exposé en l’espèce a été fait avant *Lifchus*. Cependant, il a été examiné par la Cour d’appel du Québec après *Lifchus*.

Il faut tout d’abord souligner que, comme le notent les arrêts *Starr, Russell* et *Avetysan*, l’arrêt *Lifchus* visait à améliorer les directives du juge du procès au jury sur le doute raisonnable. Il convient de répéter ici ce que dit le juge Major dans *Avetysan* (au par. 12):

Il est utile de souligner que les principes développés dans l’arrêt *Lifchus* doivent être appliqués d’une façon visant à améliorer la formulation des exposés au jury, mais ne rendent pas invalides des exposés antérieurs qui, même s’ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l’essentiel au critère applicable. Un exposé au jury antérieur ou postérieur à l’arrêt *Lifchus* ne devrait pas être jugé défectueux pour la seule raison que sa formulation est imprécise. Il s’agit plutôt, comme le dit l’arrêt *Starr* de déterminer s’il est essentiellement conforme aux principes de *Lifchus*. Comme dans les affaires *Russell* et *Beauchamp*, précitées, la question de base demeure celle de savoir si l’exposé pris dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si la réponse est négative, l’exposé est adéquat.

Tel que mentionné dans l’arrêt *Russell* (aux par. 23 et 24), puisque nous traitons de l’examen qu’a fait la Cour d’appel de l’exposé du juge du procès au jury sur le doute raisonnable, nous devons garder à l’esprit les points suivants:

L’évaluation en appel de la conformité pour l’essentiel avec les principes énoncés dans *Lifchus*, dans des cas où le juge n’a pas pu bénéficier de cet arrêt et où il a peut-être utilisé, dans des parties de son exposé, des formulations qui seront probablement abandonnées à l’avenir, ou a omis certains éléments recommandés dans

a judgment call on whether the deficiencies in the charge fall below the *Lifchus* standard such as to cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial.

The appellate review of substantial compliance with *Lifchus* is inevitably in a transitional phase. Instructions along the lines articulated in *Lifchus*, and applied in *Starr*, will assist future juries in better understanding their tasks, and will ensure that the fact-finding process at trial truly respects the fundamental requirements of proof beyond a reasonable doubt. In this respect, the failure of jury charges prior to *Lifchus* to reflect its principles cannot be taken to raise by that alone the spectre of an unfair trial or miscarriage of justice. Having said that, courts in our country have been and will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied.

19

Applying the foregoing observations to the majority decision of the Court of Appeal, I can find no reason to intervene in the majority's holding that, in effect, there was substantial compliance with the *Lifchus* principles. Accordingly, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Delorme & Boucher, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, St-Jérôme.

Lifchus, n'est pas une tâche machinale. Il s'agit plutôt de juger si les déficiences de l'exposé font qu'il ne respecte pas la norme établie par *Lifchus*, ce qui soulèverait des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et pourrait mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable.

L'examen en appel de la conformité pour l'essentiel avec *Lifchus* est inévitablement en phase de transition. Des directives qui suivent les lignes directrices énoncées dans *Lifchus*, et appliquées dans *Starr*, aideront les jurés, à l'avenir, à mieux comprendre leur rôle et garantiront que le processus d'appréciation des faits au procès respecte véritablement les exigences fondamentales de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, le défaut de certains exposés au jury antérieurs à *Lifchus* de refléter les principes établis dans cet arrêt ne peut pas donner naissance à lui seul au spectre du procès inéquitable ou de l'erreur judiciaire. Cela étant, les tribunaux de notre pays ont veillé et continueront de veiller à remédier aux procès inéquitables et aux erreurs judiciaires.

Appliquant ces observations aux motifs de la majorité de la Cour d'appel, je ne vois aucune raison d'intervenir dans sa conclusion selon laquelle l'exposé en cause était en fait en conformité pour l'essentiel avec les principes énoncés dans *Lifchus*. Par conséquent l'appel est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Delorme & Boucher, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, St-Jérôme.

Mark Edward Russell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RUSSELL

Neutral citation: 2000 SCC 55.

File No.: 26699.

1999: November 5; 2000: November 10.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

The accused was convicted of second degree murder. He appealed the conviction on several grounds and, in particular, argued that the use of certain words and phrases in the trial judge's charge on "reasonable doubt" may have misled the jury on its ability to understand and apply the criminal standard of proof. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge, who did not have the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, had not misled the jury. The majority emphasized that *Lifchus* did not demand that any specific wording be used in the charge and concluded that the jury had not been left with a reasonable misapprehension about the correct standard of proof. The Court of Appeal unanimously dismissed the other grounds of appeal. The sole issue raised in this appeal as of right was whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the instructions given by the trial judge to the jury on reasonable doubt were in substantial compliance with the principles enunciated in *Lifchus* to alleviate concerns that the jury may have misunderstood its task.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge's instructions must be considered as a whole, and in the overall context of the case, to determine whether there was substantial compliance with *Lifchus*. The absence of one of the required ingredients of *Lifchus*, or the inclusion of one of the inappropriate elements, will not usually be determinative of the charge

Mark Edward Russell *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. RUSSELL

Référence neutre: 2000 CSC 55.

N° du greffe: 26699.

1999: 5 novembre; 2000: 10 novembre.

Présents: Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Il a fait appel de la déclaration de culpabilité alléguant notamment que l'utilisation de certains mots et de certaines expressions dans l'exposé du juge du procès sur le «doute raisonnable» pouvait avoir induit le jury en erreur sur le sens de la norme de preuve pénale et son application. La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès, qui n'avait pas bénéficié de l'arrêt *Lifchus* de notre Cour, n'avait pas induit le jury en erreur. La majorité a souligné que *Lifchus* n'exigeait pas de formulation spécifique dans l'exposé et a conclu qu'il n'était pas résulté de l'exposé au jury une mauvaise compréhension de la norme de preuve applicable. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les autres moyens d'appel. La seule question dans ce pourvoi de plein droit était de savoir si la majorité en Cour d'appel a fait erreur lorsqu'elle a conclu que les directives du juge au jury étaient conformes pour l'essentiel aux principes énoncés dans *Lifchus* en réponse à la crainte que les jurés aient mal compris leur tâche.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il faut considérer l'ensemble des directives données par le juge du procès, dans le contexte global de l'affaire, afin de déterminer si elles sont conformes pour l'essentiel à *Lifchus*. L'absence d'un des éléments requis de *Lifchus*, ou l'inclusion d'un des éléments inappropriés, n'est pas généralement déterminant quant à la

as a whole. Appellate assessment of substantial compliance with the *Lifchus* principles in cases where the trial judge did not have the benefit of that decision is not a mechanical task. Rather, it is a judgment call on whether the deficiencies in the charge fall below the *Lifchus* standard such as to cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial. The appellate review of substantial compliance with *Lifchus* is inevitably in a transitional phase and the failure of jury charges prior to *Lifchus* to reflect its principles cannot be taken to raise by that alone the spectre of an unfair trial or miscarriage of justice. At the same time, Canadian courts have been and will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied. Here, there was no reason to interfere with the disposition of the appeal by the majority of the Court of Appeal, particularly when it thoroughly addressed the elements of the *Lifchus* principles and no other issues are raised. The accused's trial was not unfair in the sense that the integrity of the verdict was compromised.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **distinguished:** *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; **referred to:** *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 219 A.R. 19, 179 W.A.C. 19, 62 Alta. L.R. (3d) 87, [1999] 1 W.W.R. 684, [1998] A.J. No. 569 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Balfour Q.H. Der and Richard W. Muenz, for the appellant.

Joshua B. Hawkes, for the respondent.

validité de l'ensemble de l'exposé. L'évaluation en appel de la conformité pour l'essentiel avec les principes énoncés dans *Lifchus* dans des cas où le juge n'a pas pu bénéficier de cet arrêt n'est pas une tâche machinale. Il s'agit de juger si les déficiences de l'exposé font qu'il ne respecte pas la norme *Lifchus*, ce qui soulèverait des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et pourrait mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable. L'examen en appel de la conformité pour l'essentiel avec *Lifchus* est inévitablement en phase de transition et le défaut de certains exposés au jury antérieurs à *Lifchus* de refléter les principes établis dans cet arrêt ne peut pas donner naissance à lui seul au spectre du procès inéquitable ou de l'erreur judiciaire. Par ailleurs, les tribunaux canadiens ont veillé et continueront de veiller à remédier aux procès inéquitable et aux erreurs judiciaires. En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans le jugement de la majorité de la Cour d'appel, d'autant que son jugement traite de manière approfondie des divers éléments des principes établis par *Lifchus* et qu'aucune autre question n'est soulevée. Le procès de l'accusé n'était pas inéquitable au sens que l'intégrité du verdict a été compromise.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; **arrêts mentionnés:** *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 219 A.R. 19, 179 W.A.C. 19, 62 Alta. L.R. (3d) 87, [1999] 1 W.W.R. 684, [1998] A.J. No. 569 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Balfour Q.H. Der et Richard W. Muenz, pour l'appellant.

Joshua B. Hawkes, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

The sole issue in this appeal is whether the Alberta Court of Appeal erred in its conclusion that the trial judge's charge to the jury on the reasonable doubt standard was in accord with the guidelines set out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320. That is, whether there was a reasonable likelihood that the use of certain words and phrases would have misled the jury in its task of understanding and applying the criminal standard of proof in their deliberations.

This is one of a line of cases heard in this Court where the trial judge did not have the benefit of this Court's reasons in *Lifchus* and where the Court of Appeal did not have the benefit of *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40 (see *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). In *Starr*, *supra*, released recently, the majority concluded that a pre-*Lifchus* charge to a jury must be reviewed to ensure that there was substantial compliance with the *Lifchus* principles. In short, *Lifchus* affirmed that there should be no ritual incantations and reiterated in no uncertain terms that the final determination was still to be based on whether the charge to the jury, taken globally, sufficiently informed the jury of the proper standard.

II. Facts

The appellant was found guilty of second degree murder by a jury on September 27, 1996. The incident giving rise to the charge occurred on July 27, 1995, when Kimberley Cahoon was shot in the neck and killed with a shotgun fired at close range. The shooting occurred in the kitchen of the home that the appellant shared with another man. At trial, the defence put forward the theory that the appellant's house-mate had killed Ms. Cahoon.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

La seule question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de l'Alberta a fait erreur lorsqu'elle a conclu que l'exposé du juge du procès au jury sur la norme du doute raisonnable était conforme aux lignes directrices énoncées dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. Il s'agit de déterminer s'il était raisonnablement probable que l'utilisation de certains mots et de certaines expressions ait induit le jury en erreur, dans ses délibérations, sur le sens de la norme de preuve pénale et sur son application.

Il s'agit de l'une d'une série d'affaires entendues par notre Cour dans lesquelles le juge du procès ne bénéficiait pas des motifs prononcés par notre Cour dans *Lifchus* et la Cour d'appel ne bénéficiait pas de la décision *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40 (voir *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). Dans l'arrêt *Starr*, précité, rendu récemment, notre Cour a conclu, à la majorité, que l'examen d'un exposé au jury antérieur à l'arrêt *Lifchus* devait avoir pour but de vérifier qu'il était conforme pour l'essentiel aux principes établis dans cet arrêt. L'arrêt *Lifchus* affirme, en résumé, qu'il ne devrait pas y avoir de formules rituelles et réaffirme en termes clairs que la décision finale dépend encore de savoir si l'exposé, pris globalement, a donné au jury des informations suffisantes sur la norme applicable.

II. Les faits

L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury, le 27 septembre 1996. L'incident qui a donné lieu à l'accusation s'est produit le 27 juillet 1995, date à laquelle Kimberley Cahoon a été tuée par une balle de fusil tirée à bout portant dans le cou. Le coup de feu a été tiré dans la cuisine de la maison que l'appellant partageait avec un autre homme. Au procès, la défense a avancé la théorie selon laquelle c'était ce dernier

1

2

3

This theory was grounded on the view that, given the appellant's state of intoxication combined with the consequences of a prior brain injury, the appellant could not have formed the intent to kill.

4 The appellant appealed the conviction on the grounds, *inter alia*, that his rights to counsel and silence had been violated, that the trial judge had improperly instructed the jury on the issues of capacity and intent, and that the trial judge had misled the jury on the correct standard of proof. The Alberta Court of Appeal unanimously rejected all but the last of these grounds. With a dissenting opinion on the issue of whether the trial judge misdirected the jury on the meaning of reasonable doubt, the appeal comes before this Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

III. The Courts Below

A. Alberta Court of Queen's Bench (Sulatycky J.)

5 The trial judge provided the jury with the following explanation of the meaning of the words "beyond a reasonable doubt":

There is a basic rule of law which applies in this case, as it does in every criminal case. It's the presumption of innocence and that's been spoken about already. The accused is presumed to be innocent until the Crown, his accuser, has proven his guilt beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence and the burden of proof in a criminal case are inseparable. The burden of proving the guilt of the accused person beyond a reasonable doubt rests with the Crown and that burden never shifts. The Crown must prove each and every element of the offence beyond a reasonable doubt, and I will shortly discuss the elements of the offence with you, and it's simple, but you have to remember that the reasonable doubt standard applies only to the elements of the offence and to the guilt of the accused. . . .

Now, when I speak of a reasonable doubt, I use the words in their ordinary sense and not as a legal term having some special meaning. By a reasonable doubt, we do not mean an imaginary or frivolous doubt which

qui avait tué M^{me} Cahoon. Cette théorie reposait sur l'opinion qu'étant donné l'état d'intoxication de l'appelant combiné aux conséquences d'une lésion cérébrale antérieure, il ne pouvait pas avoir formé l'intention de tuer.

L'appelant a interjeté appel contre la déclaration de culpabilité alléguant notamment qu'il y avait eu atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat et à son droit de garder le silence, que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury sur les questions de la capacité et de l'intention, et que le juge avait induit le jury en erreur relativement à la norme de preuve applicable. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté à l'unanimité tous ces moyens sauf le dernier. En raison d'une dissidence sur la question des directives du juge du procès au jury sur la signification du doute raisonnable, le pourvoi est soumis de plein droit à notre Cour conformément à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

III. Les jugements antérieurs

A. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Sulatycky)

Le juge du procès a expliqué au jury les mots «hors de tout doute raisonnable» de la façon suivante:

[TRADUCTION] Une règle de droit de base s'applique ici, comme dans toutes les affaires criminelles. C'est la présomption d'innocence, dont il a déjà été question. L'accusé est présumé innocent jusqu'à ce que le ministère public, son accusateur, prouve sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans une affaire criminelle, la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve sont indissociables. Le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable repose sur le ministère public, et ce fardeau ne se déplace jamais. Le ministère public doit prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable, et je vous parlerai bientôt des éléments de l'infraction, et c'est simple, mais vous devez vous rappeler que la norme du doute raisonnable s'applique seulement aux éléments de l'infraction et à la culpabilité de l'accusé. . . .

Maintenant, lorsque je parle d'un doute raisonnable, j'utilise ces mots dans leur sens ordinaire, et non pas comme expression juridique ayant un sens spécial. Par doute raisonnable, nous ne voulons pas dire un doute

may be conjured up in one's mind. Reasonable doubt is an honest and fair doubt, a doubt based upon reason and common sense, a real doubt which arises from evidence and not from any conjecture or speculation. It may also arise from a conflict in the evidence or from a lack of evidence. A reasonable doubt is the sort of doubt for which you can give a logical and rational explanation, if you were asked to do so by a fellow juror in your jury room. It that is [*sic*] degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience. It [*sic*] that degree of proof which permits you, as a conscientious juror, to say I am sure.

There is no burden on the accused to prove his innocence. There is no burden on the accused to prove anything. The burden is on the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

He [the accused] has offered an explanation for making those statements, and you are asked to accept his explanation as true, or you are asked to search your conscience and find that, because of his explanation, you cannot believe the statements beyond a reasonable doubt. And, therefore, if you can't believe them beyond a reasonable doubt, the accused is entitled to the benefit of that doubt on the truth of those statements.

After the jury had been charged and had retired to its deliberations, Sulatycky J. received submissions from defence counsel on the sufficiency of the charge. Specifically, defence counsel was concerned about the judge's description of the murder weapon, and the presentation of the evidence of the defence's expert witness on the memory capability of the accused. No concerns were raised about the judge's explanation of the reasonable doubt standard. As a result of these submissions, Sulatycky J. recalled and recharged the jury on the matter of the weapon and the evidence of the expert witness.

Sometime later during its deliberations, the jury submitted the following question to Sulatycky J.: "Does the prosecutor have to prove that the accused was sober enough to form an intent to kill?" Sulatycky J. recalled the jury and provided it with the following answer:

imaginaire ou frivole qui peut être évoqué dans l'esprit de quelqu'un. Le doute raisonnable est un doute honnête et équitable, un doute fondé sur la raison et le bon sens, un doute réel qui découle de la preuve, et non pas de suppositions ou d'hypothèses. Il peut aussi découler d'éléments de preuve contradictoires ou de l'absence de preuve. Un doute raisonnable est le genre de doute pour lequel vous pouvez donner une explication logique et rationnelle si un autre juré vous le demande dans la salle des jurés. C'est le degré de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience. C'est le degré de preuve qui vous permet, en tant que juré consciencieux, de dire: «Je suis sûr».

L'accusé n'a pas le fardeau de prouver son innocence. L'accusé n'a pas le fardeau de prouver quoi que ce soit. Il incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Il [l'accusé] a expliqué pourquoi il avait fait ces déclarations, et on vous demande d'accepter son explication comme étant véridique, ou on vous demande de faire appel à votre conscience et de conclure qu'en raison de son explication, vous ne pouvez pas croire les déclarations hors de tout doute raisonnable. Et, par conséquent, si vous ne pouvez pas les croire hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit au bénéfice de ce doute relativement à la véracité de ces déclarations.

Après l'exposé aux jurés et après qu'ils se soient retirés pour délibérer, l'avocat de la défense a présenté au juge Sulatycky des soumissions sur certaines insuffisances de l'exposé. Ses soumissions visaient en particulier la description par le juge de l'arme du meurtre et la présentation de la déposition du témoin expert de la défense sur la faculté de mémoire de l'accusé. Il n'a pas formulé d'objection au sujet de l'explication par le juge de la norme du doute raisonnable. En raison de ces observations, le juge Sulatycky a rappelé le jury et lui a fait un nouvel exposé sur la question de l'arme et sur la déposition du témoin expert.

Plus tard au cours de ses délibérations, le jury a soumis la question suivante au juge Sulatycky: [TRADUCTION] «La poursuite doit-elle prouver que l'accusé était assez sobre pour former l'intention de tuer?» Le juge Sulatycky a rappelé les jurés et leur a fourni la réponse suivante:

6

7

The answer is relatively simple, and it is “yes,” but I have to go a little further than that. I have to point out that “prove” in the sense that you’re using it here means prove beyond a reasonable doubt. So, if you have any doubt on that issue, you have to give the benefit of the doubt to the accused.

For the offence of murder, the intent may be one of two kinds. It may be the intent to kill, which is what you said here, or it may be the intent to cause bodily harm, knowing that it is likely to cause death, and being reckless, whether death ensues or not.

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had one of the two intents that are necessary to prove murder, and if you’re satisfied the accused, in fact, shot the victim, then you must return a verdict of not guilty of murder but guilty of manslaughter. Does that answer the question? All right.

B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 219 A.R. 19

(1) Hunt J.A. (Bracco J.A. concurring)

8

Hunt J.A., for the majority, accepted the decisions of *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, as authoritatively setting out the standard of review for jury instructions on the reasonable doubt standard of proof. At the outset, she emphasized that the *Lifchus* review did not demand that any specific wording be used in the charge. In addition, she noted that not every error would amount to a reversible error. Rather, the centre of the analysis focuses on assessing whether the jury fully understood the requisite criminal standard of proof and, thus, considering the charge as a whole, the question to be asked is whether there is a reasonable likelihood that the jury misapprehended this standard of proof (para. 9). With these principles in mind, Hunt J.A. reviewed each of the impugned aspects of the jury charge and ultimately held that she was not convinced that the jury had been left with a reasonable misapprehension about the correct standard of proof (para. 30).

[TRADUCTION] La réponse est relativement simple, et c’est «oui», mais je dois aller un peu plus loin que cela. Je dois souligner que «prouver» au sens où vous l’utilisez ici signifie prouver hors de tout doute raisonnable. Par conséquent, si vous avez un doute sur cette question, vous devez en faire bénéficier l’accusé.

Pour l’infraction de meurtre, l’intention peut être de deux genres. Elle peut être l’intention de tuer, qui est celle dont vous parlez, ou être l’intention de causer des lésions corporelles que la personne sait être de nature à causer la mort, et qu’il lui est indifférent que la mort s’ensuive ou non.

Si vous n’êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l’accusé avait l’une des deux intentions nécessaires pour prouver le meurtre, et si vous êtes convaincus que l’accusé a effectivement tiré sur la victime, vous devez le déclarer non coupable de meurtre mais coupable d’homicide involontaire coupable. Est-ce que cela répond à la question? Bien.

B. *La Cour d’appel de l’Alberta* (1998), 219 A.R. 19

(1) Le juge Hunt (avec l’appui du juge Bracco)

Au nom de la majorité, le juge Hunt considère les arrêts *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, comme étant les précédents qui établissent la norme de contrôle de directives au jury sur la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Dès le départ, elle souligne que le contrôle selon *Lifchus* n’exige pas de formulation spécifique dans l’exposé. En outre, elle fait remarquer que les erreurs ne donnent pas toutes lieu à révision. L’essentiel de l’analyse consiste plutôt à déterminer si le jury a totalement compris la norme de preuve requise en matière pénale, de sorte qu’il faut se demander, compte tenu de l’ensemble de l’exposé, s’il y a une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris cette norme de preuve (par. 9). Gardant ces principes à l’esprit, le juge Hunt examine chacune des contestations de l’exposé au jury, pour conclure en définitive qu’elle n’est pas convaincue qu’il en est résulté une mauvaise compréhension de la norme de preuve applicable (par. 30).

- (i) “I use the words [reasonable doubt] in their ordinary sense and not as a legal term having some special meaning.”

Both the *Lifchus* and *Bisson* decisions involved jury charges where the trial judge had explained that the words “proof beyond a reasonable doubt” were to be understood in an “ordinary” or “everyday life” sense. While in both cases, Cory J., for the Court, held that directing a jury to understand the criminal standard of proof in an everyday context was misleading and constituted a reversible error (*Lifchus*, at para. 23; *Bisson*, at paras. 7-8), Hunt J.A. interpreted *Lifchus* and *Bisson* to mean that a reversible error arose only when this “everyday” language was used in the absence of other instructions more properly explaining the criminal standard of proof (para. 11). Since “a great deal more was said to the jury about the concept of reasonable doubt” (emphasis in original) in Sulatycky J.’s jury charge, and, since these additional instructions were consistent with the *Lifchus* guidelines, they acted to cure the inappropriate direction (paras. 12-16).

- (ii) The use of the words “honest”, “fair”, and “real” to describe the concept of “reasonable doubt”.

Hunt J.A. noted that Cory J. had cautioned against the use of any words other than “reasonable” when qualifying the concept of “doubt” because describing the requisite level of doubt with the words “serious”, “haunting”, and “substantial” might lead to the application of a varying standard of proof either higher or lower than the requisite criminal standard (*Lifchus*, at para. 26). Viewing the charge as a whole, Hunt J.A. held that the qualifying words used by Sulatycky J. were far less problematic than those identified by Cory J. and were not, therefore, fatal errors (para. 20).

- (i) «J'utilise ces mots [doute raisonnable] dans leur sens ordinaire, et non pas comme expression juridique ayant un sens spécial.»

Les arrêts *Lifchus* et *Bisson* portaient sur des exposés au jury dans lesquels le juge du procès avait expliqué que les mots «preuve hors de tout doute raisonnable» devaient être pris dans leur sens «ordinaire» ou leur sens dans la «vie de tous les jours». Bien que, dans les deux cas, le juge Cory, au nom de notre Cour, ait conclu qu'il était trompeur de dire au jury qu'il faut comprendre la norme de preuve pénale comme dans le contexte de la vie quotidienne, et que cela constituait une erreur donnant lieu à révision (*Lifchus*, au par. 23; *Bisson*, aux par. 7 et 8), le juge Hunt a interprété les arrêts *Lifchus* et *Bisson*, comme signifiant qu'il y a erreur donnant lieu à révision dans le seul cas où ces remarques sur la langue «de tous les jours» ne sont pas accompagnées d'autres directives expliquant plus correctement la norme de preuve pénale (par. 11). Puisque l'exposé du juge Sulatycky [TRADUCTION] «en a dit beaucoup plus au jury au sujet de la notion de doute raisonnable» (souligné dans l'original) et que ces directives supplémentaires étaient compatibles avec les lignes directrices de *Lifchus*, elles ont eu pour effet de remédier à la directive inappropriée (par. 12 à 16).

- (ii) L'utilisation des mots «honnête», «équitable» et «réel» pour décrire la notion de «doute raisonnable».

Le juge Hunt souligne que le juge Cory a fait une mise en garde contre l'utilisation de tout autre mot que «raisonnable» pour qualifier la notion de «doute» parce que décrire le niveau de doute requis en employant les mots «sérieux», «obsédant» et «substantiel» pourrait mener à l'application d'une norme de preuve variable plus ou moins exigeante que la norme requise en matière pénale (*Lifchus*, au par. 26). Considérant l'ensemble de l'exposé, le juge Hunt conclut que les qualificatifs utilisés par le juge Sulatycky étaient beaucoup moins problématiques que les mots mentionnés par le juge Cory et ne constituaient donc pas des erreurs fatales (par. 20).

(iii) “A reasonable doubt is the sort of doubt for which you can give a logical and rational explanation, if you were asked to do so by a fellow juror in your jury room.”

11

On this point, Hunt J.A. was mindful of Cory J.’s statement that it is not essential to tell jurors that a reasonable doubt is one for which a reason can be supplied, since certain doubts are perhaps incapable of articulation (*Lifchus*, at paras. 29-30). Cory J. held that “[i]t will suffice to instruct the jury that a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence” (*Lifchus*, at para. 30). In Hunt J.A.’s view, Sulatycky J.’s provision of additional instructions relating to the need for an explanation to a fellow juror did not do “any harm”, and did not undermine the essence of what was required by *Lifchus* (at paras. 21-22).

(iv) “It is that degree of proof which permits you, as a conscientious juror, to say ‘I am sure’.”

12

Hunt J.A. acknowledged that, without more, it was inappropriate to tell juries that they can convict if they are “sure” or “certain”, since it is important that a juror understand, in terms specific to the reasonable doubt standard, how to come to the requisite certainty. Hence, it was important that words of “certainty” be used only after the reasonable doubt standard has been properly outlined to the jury (citing *Lifchus*, at paras. 33-34). Hunt J.A. dismissed this ground, noting that in this case proper instructions had been provided to this jury before the use of the word “sure” (para. 23).

(v) “It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience.”

13

Hunt J.A. turned to *Lifchus*’s caution that the use of morally expressive language might misdirect a jury away from an objective standard of proof. Cory J. had stated that “if the standard of proof is explained as equivalent to “moral certainty”, without more, jurors may think that they

(iii) «Un doute raisonnable est le genre de doute pour lequel vous pouvez donner une explication logique et rationnelle si un autre juré vous le demande dans la salle des jurés.»

Sur cette question, le juge Hunt tient compte de l’affirmation du juge Cory selon laquelle il n’est pas essentiel de dire au jury qu’un doute raisonnable est un doute qu’il est possible de motiver parce qu’il arrive que certains doutes ne puissent pas être exprimés (*Lifchus*, aux par. 29 et 30). Le juge Cory conclut qu’«[i]l suffira de lui dire qu’un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l’absence de preuve» (*Lifchus*, au par. 30). Le juge Hunt estime que les directives supplémentaires données par le juge Sulatycky relativement à la nécessité de pouvoir fournir une explication à un autre juré n’ont causé [TRADUCTION] «aucun préjudice» et n’ont pas miné l’essentiel des exigences de l’arrêt *Lifchus* (aux par. 21 et 22).

(iv) «C’est le degré de preuve qui vous permet, en tant que juré consciencieux, de dire: “Je suis sûr”.»

Le juge Hunt reconnaît qu’il est inapproprié de dire aux jurés, sans plus, qu’ils peuvent rendre un verdict de culpabilité s’ils sont «sûrs» ou «certains», car il est important qu’un juré comprenne, en des termes propres à la norme du doute raisonnable, comment en arriver à la certitude requise. Il était donc important de n’utiliser des mots exprimant la «certitude» qu’après avoir correctement exposé au jury la norme du doute raisonnable (citant *Lifchus*, aux par. 33 et 34). Le juge Hunt rejette ce moyen, estimant qu’en l’espèce, des directives appropriées ont été données au jury avant l’utilisation du mot «sûr» (par. 23).

(v) «C’est le degré de preuve qui convainc l’esprit et satisfait la conscience.»

Le juge Hunt aborde ensuite la mise en garde dans *Lifchus* selon laquelle l’emploi de termes ayant une connotation morale pourrait écarter le jury d’une norme de preuve objective. Le juge Cory dit dans *Lifchus*, que «si la norme de preuve est expliquée comme étant l’équivalent de la

are entitled to convict if they feel “certain”, even though the Crown has failed to prove its case beyond a reasonable doubt” (*Lifchus*, at para. 25 (emphasis added)). Hunt J.A. applied this principle and concluded that, reading the charge as a whole, “much more” had been said and, as a result, the jury could not have misapprehended the standard as constituting a moral rather than a criminal standard of proof (para. 24).

- (vi) The absence of an explanation of the difference between the proof required in a civil case (balance of probability) and that required in a criminal case.

Cory J. specifically stated that it was important that jurors be told that they are not to apply a probabilities standard in the context of a criminal trial (*Lifchus*, *supra*, at para. 32). Hunt J.A. found that this requirement arose from Cory J.’s concern that some jurors may have had experiences in civil cases and might inappropriately apply that standard in the criminal context. Hunt J.A. considered it just as likely that a number of the jurors had no such experience and any discussion of the civil standard might well give rise to confusion. In any case, Hunt J.A. held that the omission of these instructions was not serious in the context of the overall charge (para. 26).

(2) Berger J.A. (dissent on reasonable doubt in the jury charge)

In reviewing the standard of review for jury instructions as to reasonable doubt, Berger J.A. acknowledged that Major J., in *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123, at para. 15, had stressed that the reasonable doubt charge did not entail a “standard of perfection”. Berger J.A. also noted it would be inappropriate to apply the guidelines outlined in *Lifchus* on a “score card” basis. In this regard, he stressed that “[s]ome errors will more profoundly impact upon a jury than will others”, especially if these errors are compounded by other problematic instructions (para. 51). Consequently, when reviewing the charge as a whole, it is vital to

«certitude morale», sans plus, les jurés peuvent penser qu’ils sont habilités à conclure à la culpabilité s’ils se sentent «certains», même si le ministère public n’a pas réussi à prouver les accusations hors de tout doute raisonnable» (*Lifchus*, au par. 25 (je souligne)). Le juge Hunt applique ce principe et conclut que l’exposé pris dans son ensemble en dit [TRADUCTION] «beaucoup plus», de sorte que le jury ne peut pas avoir interprété erronément la norme comme étant une norme de preuve morale plutôt qu’une norme de preuve pénale (par. 24).

- (vi) Le défaut d’expliquer la différence entre la preuve requise en matière civile (la prépondérance des probabilités) et celle requise en matière pénale.

Le juge Cory indique expressément dans *Lifchus*, précité, au par. 32, qu’il est important de dire aux jurés qu’ils ne doivent pas appliquer la norme des probabilités dans le contexte d’un procès pénal. Le juge Hunt conclut que cette exigence découle du fait que le juge Cory craint que certains jurés puissent avoir eu l’expérience d’affaires civiles et donc appliquer à tort cette norme dans le contexte pénal. Le juge Hunt estime qu’il est tout aussi probable que bon nombre de jurés n’aient pas eu cette expérience et que parler de la norme en matière civile pourrait bien créer de la confusion. De toute manière, le juge Hunt conclut que l’omission de ces directives n’est pas grave dans le contexte de l’ensemble de l’exposé (par. 26).

(2) Le juge Berger (dissent quant à l’exposé au jury sur le doute raisonnable)

Examinant la norme de contrôle relative aux directives au jury sur le doute raisonnable, le juge Berger reconnaît que, dans l’arrêt *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123, au par. 15, le juge Major souligne qu’un exposé sur le doute raisonnable n’exige pas la «norme de la perfection». Le juge Berger fait également remarquer qu’il serait inapproprié d’appliquer les lignes directrices de l’arrêt *Lifchus* comme une [TRADUCTION] «carte de pointage». Il souligne à cet égard que [TRADUCTION] «[c]ertaines erreurs auront un effet plus profond que d’autres sur le jury», surtout si ces erreurs sont aggravées par d’autres directives problématiques

consider whether other language or instructions actually work to negate any of the “taints so as to resurrect the charge to the requisite threshold” (para. 52).

16 Berger J.A. agreed with the majority that use of the words “real”, “honest” and “fair” neither enhanced or diminished the validity of the jury charge. However, having considered (i) the cumulative effect of the errors in this charge, and (ii) whether this cumulative level of potential misdirection was cured by other language in the charge, Berger J.A. held that it was reasonably likely that a jury misapprehended the requisite standard of proof. Specifically, he stated, at para. 56:

The majority would seem to agree that “without more”, the charge to the jury would be fatally flawed. The additional instructions, however, are insufficient to lessen the impact of the clear direction to the jury to use the words “reasonable doubt” in their ordinary sense. For example, although jurors would be expected to comply with the judge’s additional instructions to decide the case on the evidence and to exclude imaginary or frivolous doubt from their consideration, they would still understand that reasonable doubt had ordinary and no special meaning. It seems to me that the additional instructions, taken as a whole, do not repair the flaw in the “ordinary sense” lens. The distortion remains. [Emphasis in original deleted.]

IV. Issue

17 The question to be answered is whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the instructions given by the trial judge to the jury were in substantial compliance with the principles enunciated in *Lifchus* to alleviate concerns that the jury may have misunderstood its task. This assessment of the sufficiency of the charge is a function primarily exercised by courts of appeal and requires a detailed review of the charge as a whole in the full context of the trial: the complexity of the factual issues to be resolved, their degree of contentiousness, the nature and quality of the evidence tendered by the parties, their respective

(par. 51). Lorsqu’on examine l’ensemble de l’exposé, il est donc essentiel de déterminer si une autre formulation ou d’autres directives ont pour effet réel de remédier à certains [TRADUCTION] «défauts de l’exposé de manière à le ramener au seuil requis» (par. 52).

Le juge Berger convient avec la majorité que l’utilisation des mots «réel», «honnête» et «équitable» ne rehaussait pas ni ne diminuait la validité de l’exposé au jury. Toutefois, après avoir examiné (i) l’effet cumulatif des erreurs dans cet exposé et (ii) si d’autres parties de l’exposé remédiaient au niveau cumulatif d’erreurs potentielles dans les directives, le juge Berger conclut qu’il est raisonnablement probable que le jury ait mal compris la norme de preuve requise. En particulier, il dit (au par. 56):

[TRADUCTION] Les juges majoritaires semblent convenir que, «sans plus», l’exposé au jury souffrirait d’un défaut fatal. Les directives supplémentaires ne suffiraient toutefois pas pour réduire l’effet de la directive claire, faite au jury, de prendre les mots «doute raisonnable» dans leur sens ordinaire. Par exemple, même si les jurés devraient normalement se conformer aux directives supplémentaires du juge, soit de se prononcer sur l’affaire en fonction de la preuve et ne pas tenir compte des doutes imaginaires ou frivoles, ils comprendraient toujours que le doute raisonnable a une signification ordinaire plutôt que particulière. Il me semble que, prises dans leur ensemble, les directives supplémentaires ne remédient pas au défaut au-dessous de la lentille du «sens ordinaire». La déformation demeure. [Soulignement omis.]

IV. La question en litige

La question à laquelle il faut répondre est de savoir si la majorité de la Cour d’appel fait erreur lorsqu’elle conclut que les directives du juge au jury sont conformes pour l’essentiel aux principes énoncés dans *Lifchus* en réponse à la crainte que les jurés aient mal compris leur tâche. L’évaluation du caractère satisfaisant d’un exposé est une fonction exercée principalement par les cours d’appel et exige un examen détaillé de l’ensemble de l’exposé dans le contexte du procès tout entier: la complexité des questions de fait à résoudre, leur degré de contestation, la nature et la qualité de la preuve des parties, leurs positions respectives au procès

positions at trial, as well as any concerns that may have been expressed by the jury in its questions after the charge.

V. Analysis

In *Starr, supra*, this Court's decisions in *Lifchus, supra*, and *Bisson, supra*, were reviewed; in those cases, the Court addressed the appropriate manner of instructing a jury on the nature of the reasonable doubt standard. In affirming these decisions, the majority in *Starr* held that "[a] court reviewing a pre-*Lifchus* jury charge must examine it to make sure that it was in substantial compliance with the principles set out in that case" (para. 237). The adoption of the substantial compliance test reflects the fact that *Lifchus* did not introduce a formalistic approach to the review of the definition of reasonable doubt in charges to the jury. The Court's objective in *Lifchus* was to simplify jury charges by giving direction on the importance and definition of reasonable doubt and the standard of evidence required to find guilt.

While it is not necessary for me to re-summarize that review in these reasons, I must emphasize the following principle, which is of great importance in deciding this appeal. In *Lifchus*, Cory J. stressed that proper instructions on the standard of proof were a fundamental component of a fair trial, and consequently, there are important elements that should be included in any effective jury charge on reasonable doubt (para. 14). In support of this principle, Cory J. provided a number of guidelines for what should be included and, similarly, what should be avoided in the charge (see *Lifchus*, at paras. 36-37).

As was noted in *Starr*, at paras. 241-42:

The criminal standard of proof has a special significance unique to the legal process. It is an exacting standard of proof rarely encountered in everyday life, and there is no universally intelligible illustration of the concept, such as the scales of justice with respect to the balance of probabilities standard. Unlike absolute certainty or the balance of probabilities, reasonable doubt is not an

ainsi que toute préoccupation exprimée par les jurés dans leurs questions qui suivent l'exposé.

V. Analyse

Notre arrêt *Starr*, précité, examine les décisions *Lifchus* et *Bisson*, précitées, dans lesquelles notre Cour traite de la façon appropriée de donner des directives au jury sur la nature de la norme du doute raisonnable. En confirmant ces arrêts, les juges majoritaires dans *Starr* concluent que «[l]a cour qui examine un exposé au juge antérieur à l'arrêt *Lifchus* doit le faire dans le but de s'assurer qu'il était conforme, pour l'essentiel, aux principes établis dans cet arrêt» (par. 237). L'adoption d'un critère de «conformité pour l'essentiel» traduit bien le fait que *Lifchus* n'a pas introduit une méthode formaliste de contrôle de la définition du doute raisonnable dans des exposés au jury. L'objectif visé par notre Cour, dans *Lifchus*, était de simplifier les exposés au jury en donnant des directives sur l'importance et la définition du doute raisonnable et sur la norme de preuve requise pour un verdict de culpabilité.

Même s'il n'est pas nécessaire de résumer de nouveau cet examen, je dois souligner le principe suivant, qui est d'une grande importance dans le présent pourvoi. Dans *Lifchus*, précité, le juge Cory souligne que les directives appropriées sur la norme de preuve sont une composante fondamentale d'un procès équitable et qu'en conséquence, il y a des éléments importants qui devraient être inclus dans tout exposé efficace du juge au jury sur le doute raisonnable (par. 14). À l'appui de ce principe, le juge Cory fournit plusieurs lignes directrices sur ce que l'exposé doit inclure et ce qu'il doit éviter (voir *Lifchus*, aux par. 36 et 37).

Comme le souligne l'arrêt *Starr* (aux par. 241 et 242):

La norme de preuve en matière criminelle a un sens particulier qui est propre au processus judiciaire. C'est une norme de preuve stricte qui se voit rarement dans la vie de tous les jours, et il n'y a aucun exemple de cette notion qui soit intelligible à tous, comme la balance de la justice relativement à la norme de la prépondérance des probabilités. Contrairement à la certitude absolue ou

18

19

20

easily quantifiable standard. It cannot be measured or described by analogy. It must be explained. However, precisely because it is not quantifiable, it is difficult to explain.

In my view, an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required, and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible. It will be of great assistance for a jury if the trial judge situates the reasonable doubt standard appropriately between these two standards. The additional instructions to the jury set out in *Lifchus* as to the meaning and appropriate manner of determining the existence of a reasonable doubt serve to define the space between absolute certainty and proof beyond a reasonable doubt.

21 In the present case, as in others in the past, the trial judge's instructions to the jury did not communicate the requisite standard of proof to the letter of *Lifchus*. Specifically, the jury was not told that the standard was not one of absolute certainty, and was not told that more was required than the probability of guilt. Yet, while the omission of an explanation that clarifies the requisite standard of proof in a criminal trial constitutes a defect, on its own, it will not necessarily cause a jury charge to fail. As was stated in *Avetysan*, *supra*, at para. 11, the absence of one of the required ingredients of *Lifchus*, or the inclusion of one of the inappropriate elements, "will not usually be determinative of the validity of the charge as a whole". Rather, the instructions given by the trial judge must be considered as a whole, and in the overall context of the case, to determine whether there was substantial compliance with *Lifchus*.

22 It is also important to emphasize what Major J. states in *Avetysan*, at para. 12:

It is worth stressing that the principles in *Lifchus* are to be applied in a manner that will encourage improvements in the wording of jury charges, but do not vitiate past charges where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test.

à la prépondérance des probabilités, le doute raisonnable n'est pas une norme facile à quantifier. Il ne peut être ni mesuré ni décrit par analogie. Il doit être expliqué. Toutefois, il est difficile à expliquer justement parce qu'il n'est pas quantifiable.

J'estime qu'une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement. Il sera très utile au jury que le juge du procès situe la norme du doute raisonnable de la bonne façon entre ces deux normes. Les directives supplémentaires au jury qui ont été énoncées dans *Lifchus*, quant au sens du doute raisonnable et à la façon d'en déterminer l'existence, servent à définir ce qui sépare la certitude absolue de la preuve hors de tout doute raisonnable.

Dans la présente affaire, comme dans d'autres affaires antérieures, les directives du juge au jury n'ont pas communiqué à la lettre la norme de preuve requise selon *Lifchus*. En particulier, le juge n'a pas dit au jury que la norme n'exigeait pas la certitude absolue, et qu'il fallait davantage que la probabilité de culpabilité. Pourtant, même si l'absence d'explication clarifiant la norme de preuve requise dans un procès pénal est une déficience en soi, elle n'entraîne pas nécessairement l'invalidation de l'exposé au jury. Comme le dit l'arrêt *Avetysan*, précité, au par. 11, l'absence d'un des éléments requis de *Lifchus* ou l'inclusion d'un des éléments inappropriés «n'est pas généralement déterminant quant à la validité de l'ensemble de l'exposé». Il faut considérer l'ensemble des directives données par le juge du procès, dans le contexte global de l'affaire, afin de déterminer si elles sont conformes pour l'essentiel à l'arrêt *Lifchus*.

Il importe également de souligner les observations suivantes du juge Major dans *Avetysan* au par. 12:

Il est utile de souligner que les principes développés dans l'arrêt *Lifchus* doivent être appliqués d'une façon visant à améliorer la formulation des exposés au jury, mais ne rendent pas invalides des exposés antérieurs qui, même s'ils utilisent des expressions qui ne

A jury charge given before or after the *Lifchus* decision should not be faulted merely for imprecise language. Rather, as was stated in *Starr, supra*, it should be reviewed to determine whether it substantially complies with the *Lifchus* principles. As applied in *Russell, supra*, and *Beauchamp, supra*, the basic question remains: Does the charge, read as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof? If not, the charge is adequate.

The appellate assessment of substantial compliance with the *Lifchus* principles in cases where the trial judge did not have the benefit of that decision, and may have used, in parts of the charge, language that will likely be discontinued in the future or omitted parts recommended in *Lifchus*, is not a mechanical task. Rather, it is a judgment call on whether the deficiencies in the charge fall below the *Lifchus* standard such as to cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial.

The appellate review of substantial compliance with *Lifchus* is inevitably in a transitional phase. Instructions along the lines articulated in *Lifchus*, and applied in *Starr*, will assist future juries in better understanding their tasks, and will ensure that the fact-finding process at trial truly respects the fundamental requirements of proof beyond a reasonable doubt. In this respect, the failure of jury charges prior to *Lifchus* to reflect its principles cannot be taken to raise by that alone the spectre of an unfair trial or miscarriage of justice. Having said that, courts in our country have been and will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied.

In *Starr*, as in *Avetysan*, the cumulative effect of errors that were made on issues that went to the jury led us to the conclusion that a new trial was warranted. In *Starr*, the major issue before the Court was that, in the view of the majority, the trial judge had improperly allowed inadmissible

devraient plus avoir cours, satisfont pour l'essentiel au critère applicable. Un exposé au jury antérieur ou postérieur à l'arrêt *Lifchus* ne devrait pas être jugé défectueux pour la seule raison que sa formulation est imprécise. Il s'agit plutôt, comme le dit l'arrêt *Starr* de déterminer s'il est essentiellement conforme aux principes de *Lifchus*. Comme dans les affaires *Russell* et *Beauchamp*, précitées, la question de base demeure celle de savoir si l'exposé, pris dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si la réponse est négative, l'exposé est adéquat.

L'évaluation en appel de la conformité pour l'essentiel avec les principes énoncés dans *Lifchus*, dans des cas où le juge n'a pas pu bénéficier de cet arrêt et où il a peut-être utilisé, dans des parties de son exposé, des formulations qui seront probablement abandonnées à l'avenir, ou a omis certains éléments recommandés dans *Lifchus*, n'est pas une tâche machinale. Il s'agit plutôt de juger si les défauts de l'exposé font qu'il ne respecte pas la norme établie par *Lifchus*, ce qui soulèverait des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et pourrait mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable.

L'examen en appel de la conformité pour l'essentiel avec *Lifchus* est inévitablement en phase de transition. Des directives qui suivent les lignes directrices énoncées dans *Lifchus*, et appliquées dans *Starr*, aideront les jurés, à l'avenir, à mieux comprendre leur rôle et garantiront que le processus d'appréciation des faits au procès respecte véritablement les exigences fondamentales de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, le défaut de certains exposés au jury antérieurs à *Lifchus* de refléter les principes établis dans cet arrêt ne peut pas donner naissance à lui seul au spectre du procès inéquitable ou de l'erreur judiciaire. Cela étant, les tribunaux de notre pays ont veillé et continueront de veiller à remédier aux procès inéquitables et aux erreurs judiciaires.

Dans *Starr*, comme dans *Avetysan*, l'effet cumulatif d'erreurs commises sur des questions soumises aux jurés nous a amenés à conclure qu'un nouveau procès s'imposait. Dans *Starr*, la principale question pour notre Cour était que, selon la majorité, le juge du procès avait accepté à tort

23

24

25

evidence. In *Avetysan*, the trial judge failed to warn the jury that even if it disbelieved the accused, it could still entertain a reasonable doubt. Here, without minimizing the concerns expressed by Berger J.A., I am not persuaded that there is any reason to interfere with the majority's disposition of the appeal, particularly when it thoroughly addressed the elements of the *Lifchus* principles. The fact that the Court of Appeal unanimously dismissed all other grounds of appeal, and none of these other issues is before us, distinguishes this case from *Starr* and *Avetysan*. Consequently, I cannot say that the accused's trial was unfair in the sense that the integrity of the verdict was compromised.

VI. Disposition

26

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Batting, Der, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Calgary.

des éléments de preuve irrecevables. Dans *Avetysan*, le juge du procès a omis d'avertir les jurés de ce que, même s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils pouvaient encore avoir un doute raisonnable. En l'espèce, sans vouloir minimiser les réserves exprimées par le juge Berger, je ne suis pas convaincu qu'il y a une raison quelconque d'intervenir dans le jugement de la majorité de la Cour d'appel, surtout que ce jugement traite de manière approfondie les divers éléments des principes établis par *Lifchus*. Le fait que la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité tous les autres moyens d'appel, dont aucun n'a été soumis à notre Cour, distingue la présente affaire des affaires *Starr* et *Avetysan*. Par conséquent, je ne peux pas dire que le procès de l'accusé était inéquitable au sens que l'intégrité du verdict a été compromise.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Batting, Der, Calgary.

Procureur de l'intimée: Alberta Justice, Calgary.

Arthur Avetysan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AVETYSAN

Neutral citation: 2000 SCC 56.

File No.: 27279.

2000: January 28; 2000: November 10.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of assault and extortion — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Different versions of events — Whether trial judge adequately charged jury on how to deal with conflicting evidence.

The appellant and another man were jointly tried for assault and extortion. At trial, the testimony given by the complainant and by both accused as to the events giving rise to the charges was contradictory. In his charge, the trial judge, who did not have the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, described reasonable doubt as being "real", "serious", "doubt that is reasonable" and "not an imaginary doubt or a fictitious doubt". When dealing with the competing evidence, the trial judge described the evidence in global terms, asking the jury to "assess the evidence, all of the evidence" and he presented the jury with two options: it could acquit if a reasonable doubt remained, or convict if all of the evidence satisfied the jury beyond a reasonable doubt. He also explained that he had compared the two versions of events given in testimony. The appellant was convicted and the majority of the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. While acknowledging that the charge on reasonable doubt did not mimic *Lifchus*, the majority held that the standard was one of adequacy and that this charge would not have misled the jury on the standard of proof required. The majority also held that the jury was adequately charged on how to deal with competing evidence. The issue raised by this appeal as

Arthur Avetysan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. AVETYSAN

Référence neutre: 2000 CSC 56.

N° du greffe: 27279.

2000: 28 janvier; 2000: 10 novembre.

Présents: Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de voies de fait et d'extorsion — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Versions différentes des événements — Les directives du juge au jury sur la façon de traiter des témoignages contradictoires étaient-elles adéquates?

L'appelant et un autre homme ont subi un procès conjoint pour voies de fait et extorsion. Au procès, les témoignages du plaignant et des deux accusés sur les événements qui avaient donné lieu aux accusations étaient contradictoires. Dans son exposé, le juge du procès, qui ne bénéficiait pas de l'arrêt rendu par notre Cour dans *Lifchus*, a décrit le doute raisonnable comme étant «réel», «sérieux», «un doute qui est raisonnable» et «pas un doute imaginaire ou fictif». Traitant des témoignages contradictoires, le juge du procès a décrit la preuve globalement, demandant au jury d'«évaluer la preuve, toute la preuve», et il a offert deux options aux jurés: acquitter les accusés s'il subsistait un doute raisonnable, ou les déclarer coupables s'ils étaient convaincus, sur le fondement de la preuve, de leur culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il a également expliqué qu'il avait comparé les deux versions des événements dans les témoignages. L'appelant a été déclaré coupable et la majorité en Cour d'appel a rejeté son appel de la déclaration de culpabilité. Tout en reconnaissant que l'exposé sur le doute raisonnable ne reprenait pas mot pour mot l'arrêt *Lifchus*, la majorité a conclu que la norme applicable était le caractère adéquat de l'exposé et que l'exposé en cause n'aurait pas induit le jury en

of right was whether the jury was properly instructed on these two points.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In considering a pre-*Lifchus* charge, the test is whether there was substantial compliance with the principles set out in *Lifchus*. A charge should not be faulted merely for imprecise language. The principles in *Lifchus* and *Starr* are to be applied in a manner that will encourage improvements in the wording of jury charges, but do not vitiate past charges where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test. The basic question remains: does the charge, read as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof? Here the charge was defective. The jury was not told clearly that the standard of proof was more than a balance of probabilities but less than absolute certainty. Likewise, the jury was not told that it was required to acquit if it concluded only that the accused men were “probably guilty”. As well, the jury was not told that “proof beyond a reasonable doubt” is a special concept with a specific meaning in criminal law. Further, there is also a risk that the words used by the trial judge to describe “reasonable doubt” did not convey to the jurors that they are to remain objective in determining whether the evidence amounts to proof beyond a reasonable doubt. On an ancillary point, the charge did not warn the jury that the burden of proof never shifts from the Crown. Further, while counsel’s errors can be corrected by the trial judge in his charge, submissions by counsel cannot remedy a defective charge.

The charge, when discussing how to deal with conflicting evidence, suggested that the jury had to resolve the factual question of what happened and may have left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events. The trial judge should have focussed the jury’s attention on a third alternative given in *W. (D.)* — that the accused men could be acquitted even if their evidence was not believed but a reasonable doubt remained as to their

erreur sur la norme de preuve applicable. La majorité a également conclu que le jury avait reçu des directives adéquates sur la façon de traiter des témoignages contradictoires. La question dans ce pourvoi de plein droit était de savoir si le jury avait reçu des directives appropriées sur ces deux points.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident): Le pourvoi est accueilli et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

Les juges Major, Binnie, Arbour et LeBel: Le critère de contrôle applicable à un exposé au jury antérieur à l’arrêt *Lifchus* est sa conformité pour l’essentiel avec les principes énoncés dans cet arrêt. Un exposé au jury ne devrait pas être jugé défectueux pour la seule raison que sa formulation est imprécise. Les principes développés dans *Lifchus* doivent être appliqués d’une façon qui permettra d’améliorer la formulation des exposés au jury, mais ne rendent pas invalides des exposés antérieurs qui, même s’ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l’essentiel au critère applicable. La question de base demeure celle de savoir si l’exposé, pris dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. En l’espèce, l’exposé était défectueux. On n’a pas dit clairement au jury que la norme de preuve exigeait plus que la prépondérance des probabilités mais moins que la certitude absolue. On n’a pas dit non plus au jury qu’il devait acquitter les accusés s’il concluait seulement qu’ils étaient «probablement coupables». De même, on n’a pas dit au jury que la «preuve hors de tout doute raisonnable» est un concept spécial qui a un sens précis en droit pénal. En outre, il y a un risque que les mots utilisés par le juge du procès pour décrire le «doute raisonnable» n’aient pas indiqué clairement aux jurés qu’ils doivent rester objectifs lorsqu’ils déterminent si la preuve constitue une preuve hors de tout doute raisonnable. Incidemment, l’exposé n’a pas souligné que le fardeau de la preuve incombait toujours au ministère public. De plus, si le juge peut corriger les erreurs des avocats dans son exposé, les observations des avocats ne peuvent pas remédier aux défauts de l’exposé.

L’exposé sur la façon d’aborder des témoignages contradictoires laissait entendre que le jury devait résoudre la question factuelle de ce qui s’était produit et peut lui avoir donné l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements. Le juge du procès aurait dû attirer l’attention des jurés sur une troisième possibilité que décrit l’arrêt *W. (D.)*, c’est-à-dire, qu’ils pouvaient acquitter les accusés, même s’ils n’ajoutaient pas foi à leur déposition, mais qu’un doute raisonnable sub-

guilt. The jury as well should have been warned not to convict automatically if it found the testimony of the complainant was more credible than that of the accused men. There was some risk that the jury misapprehended the requirement of proof beyond a reasonable doubt in relation to the two irreconcilable versions of events. The admonition to consider "all of the evidence" does not correct this failing.

Per Bastarache J. (dissenting): The appeal should be dismissed for substantially the same reasons as given by the majority of the Court of Appeal. A failure by the trial judge to follow *W. (D.)* does not amount to a reversible error, as long as the trial judge does not expressly instruct the jury that it must choose between the accused's evidence and the other version. The determinative question is whether the jury understood that, even if it disbelieved the accused, it could still acquit if it found the Crown had not proved its case beyond a reasonable doubt. While it is preferable to give an explicit direction that the accused could be acquitted even if his evidence was not believed, there is no obligation to do so, as long as the trial judge does not suggest that one version of events must be accepted by the jury. Here, a review of the charge demonstrates that the jury understood that disbelief of the accused men was not sufficient grounds for conviction. The jury was never told that it had to pick between two versions of events and the charge made it clear to the jury that if the defence evidence leaves the jury in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then the jury is to acquit. Finally, there is no reason to overturn the majority of the Court of Appeal on the application of *Lifchus*.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; **referred to:** *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *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. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Lifchus, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521.

sistait quant à leur culpabilité. On aurait également dû les mettre en garde de ne pas automatiquement condamner les accusés s'ils concluaient que le plaignant était plus crédible qu'eux. Il y avait un certain risque que les jurés comprennent mal les exigences de la preuve hors de tout doute raisonnable dans le cas où la preuve offrait deux versions inconciliables des événements. La directive leur enjoignant de tenir compte de «toute la preuve» ne pouvait remédier à ce défaut.

Le juge Bastarache (dissident): Le pourvoi devrait être rejeté essentiellement pour les mêmes raisons que celles de la majorité en Cour d'appel. L'omission du juge du procès de suivre le modèle de *W. (D.)* n'est pas une erreur justifiant l'annulation, tant que le juge du procès ne dit pas expressément au jury qu'il doit choisir entre la version de l'accusé et l'autre version. La question déterminante est de savoir si le jury a compris que, même s'il ne croyait pas l'accusé, il pouvait encore l'acquitter s'il concluait que le ministère public n'avait pas prouvé l'accusation hors de tout doute raisonnable. Bien qu'il soit préférable de donner la directive explicite qu'un accusé peut être acquitté même si l'on n'ajoute pas foi à sa déposition, le juge du procès n'est pas obligé de le faire, pourvu qu'il ne laisse pas entendre que le jury doit accepter une seule version des événements. En l'espèce, il ressort de l'examen de l'exposé que le jury comprenait que le seul fait de ne pas croire les accusés ne suffisait pas pour les déclarer coupables. On n'a jamais dit au jury qu'il devait choisir l'une ou l'autre de deux versions des événements et l'exposé indiquait clairement au jury que si la preuve à décharge le laissait dans un état de doute après l'avoir examinée dans le contexte de toute la preuve, il devait acquitter. Enfin, il n'y a aucune raison d'infirmer le jugement majoritaire de la Cour d'appel sur la question de l'application de *Lifchus*.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts appliqués: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; **arrêts mentionnés:** *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 174 Nfld. & P.E.I.R. 34, 533 A.P.R. 34, [1999] N.J. No. 104 (QL), dismissing the accused's appeal from his convictions on charges of assault and extortion. Appeal allowed and new trial ordered, Bastarache J. dissenting.

Derek Hogan, for the appellant.

Wayne Gorman, for the respondent.

The judgment of Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 174 Nfld. & P.E.I.R. 34, 533 A.P.R. 34, [1999] N.J. No. 104 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait et d'extorsion. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge Bastarache est dissident.

Derek Hogan, pour l'appelant.

Wayne Gorman, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

1 MAJOR J. — This appeal once again raises the adequacy of the trial judge's charge to the jury and the standard applied by the court of appeal in reviewing it. Trial judges' charges to juries vary. No particular magical incantation is required. Judges properly have a wide discretion in what they tell the jury but there are, depending on the offence alleged, certain things that the jury must be told. The language used to obtain the result is left to the trial judge. If the charge adequately informs the jury what it must consider, appeal courts will not interfere simply because they feel the charge could have been better.

2 In Canada, the courts of appeal dispose of the vast majority of criminal and civil appeals. In assessing the conclusions of courts of appeal, this Court will not interfere if they have determined, following paras. 23 and 24 of *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55, that regardless of the language used the instructions were in substantial compliance with the existing law. Only if the court of appeal has departed from established principles will further review by this Court be triggered.

3 In this appeal there were two challenges to the jury charge. They fall into the subject matter covered in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, and *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. *Lifchus* is authority on what the jury must be told on the standard of proof beyond a reasonable doubt. *W. (D.)* dictates what instructions are necessary when the jury is faced with competing evidence on "what hap-

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève encore une fois la question du caractère satisfaisant de l'exposé d'un juge à un jury et de la norme de contrôle appliquée par la cour d'appel. Les exposés des juges aux jurés varient. Il n'y a pas de formule magique obligatoire. Les juges ont à bon droit une grande latitude dans le choix de ce qu'ils disent au jury mais, selon l'infraction reprochée, ils doivent dire un certain nombre de choses. La façon de les exprimer est laissée au juge. Si l'exposé explique adéquatement aux jurés ce qu'ils doivent considérer, les cours d'appel n'interviendront pas pour la simple raison qu'elles estiment que l'exposé aurait pu être meilleur.

Au Canada, les cours d'appel tranchent la vaste majorité des appels civils et criminels. Lorsqu'elle examine les conclusions des cours d'appel, notre Cour n'intervient pas lorsqu'elles concluent, selon les par. 23 et 24 de *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55, qu'indépendamment de leur formulation, les directives au jury étaient pour l'essentiel conformes au droit existant. C'est seulement lorsque la cour d'appel s'est écartée des principes établis que notre Cour exerce son contrôle.

L'exposé au jury en l'espèce fait l'objet de deux contestations qui relèvent de sujets traités dans les arrêts *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, et *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. L'arrêt *Lifchus* énonce ce que le juge doit dire au jury sur la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. L'arrêt *W. (D.)* prescrit les directives à donner lorsque le jury est confronté à des témoignages contradic-

pened". It is significant that here we are dealing with a case similar to *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, in that the charge is challenged on a number of fronts, as contrasted with *Russell*, *supra*, and *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54, where all that was at issue was the definition of reasonable doubt given by the trial judge. In this appeal, both errors relate to the directions given to the jury and must have had an impact on the jury's assessment of whether a reasonable doubt existed; therefore, at issue is the charge in its entirety. If the jury was properly instructed, the specific words in the charge need not mimic *Lifchus* and *W. (D.)*.

In my respectful opinion, the charge in this case is flawed and a new trial is necessary.

I. Facts

The appellant, Arthur Avetysan, was convicted of extortion and assault. Avetysan was tried jointly with Oleg Velitchko, who was convicted of the same offences and who discontinued his appeal to this Court before the release of this decision. Slivko Pavel Valerievich ("the complainant") was a Russian citizen seeking refugee status in St. John's, Newfoundland. He testified that the appellant and Velitchko entered his apartment on October 17, 1996, and assaulted him over the course of two or three hours. According to the complainant, the appellant and Velitchko demanded that he pay \$1,000 within three days; they threatened to kill him and harm his wife and child in Russia if he did not comply.

The appellant and Velitchko, however, described a completely different version of events. In their account, they were invited into the apartment where they had a friendly conversation about immigration, sports and unemployment. The

toires sur «ce qui s'est produit». Il est important de souligner que nous sommes en présence ici d'une affaire similaire à *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, en ce que l'exposé au jury est attaqué sur plusieurs fronts, ce qui n'est pas le cas dans *Russell*, précité, et *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54, où le litige portait uniquement sur la définition du doute raisonnable par le juge. Dans le présent pourvoi, les deux erreurs alléguées se rapportent aux directives données au jury et ont pu avoir une incidence sur la conclusion du jury quant à l'existence d'un doute raisonnable; par conséquent, c'est la totalité de l'exposé qui est en cause. Si les directives au jury étaient satisfaisantes, il n'était pas nécessaire que l'exposé reprenne mot pour mot les formulations proposées dans *Lifchus* et *W. (D.)*.

Avec égards, je suis d'avis que l'exposé en l'espèce est défectueux et qu'un nouveau procès s'impose.

I. Les faits

L'appelant, Arthur Avetysan, a été déclaré coupable d'extorsion et de voies de fait à la suite d'un procès conjoint avec celui de Oleg Velitchko. Ce dernier a été déclaré coupable des mêmes infractions mais s'est désisté de son pourvoi devant notre Cour avant le prononcé du présent jugement. Slivko Pavel Valerievich, le plaignant, est un citoyen russe qui cherchait à obtenir le statut de réfugié à St. John's (Terre-Neuve). Il a témoigné que l'appelant et Velitchko étaient entrés dans son appartement le 17 octobre 1996 et qu'ils l'avaient agressé pendant deux ou trois heures. Selon le plaignant, l'appelant et Velitchko lui ont demandé de leur verser 1 000 \$ dans un délai de trois jours et l'ont menacé de le tuer et de faire du mal à son épouse et à son enfant en Russie s'il ne versait pas la somme.

L'appelant et Velitchko donnent cependant une version complètement différente des événements. Selon eux, le plaignant les a invités dans son appartement où ils ont eu une conversation amicale sur l'immigration, les sports et le chômage. L'ap-

4

5

6

appellant and Velitchko said no assault took place and no threats were made. The jury convicted the appellant and Velitchko.

7

The trial judge's charge to the jury was given prior to the 1997 *Lifchus* decision. He told the jury:

The presumption of innocence — In a criminal case in this country, the accused is presumed to be innocent until the Crown has proven guilt beyond a reasonable doubt. It is not the responsibility of the accused to establish or demonstrate or prove their innocence. If the Crown fails to prove guilt beyond a reasonable doubt, you must acquit the accused. What is reasonable doubt? A reasonable doubt is just that, a doubt that is reasonable. I usually describe it as a real doubt, if you got a real doubt, a serious doubt. It is not an imaginary doubt or a fictitious doubt which is used by a person to avoid their responsibility.

Later in his charge, the trial judge said:

So the evidence, members of the jury, is fairly — It's not a complex matter. It's fairly simple and straightforward. What it boils down to, are you satisfied beyond a reasonable doubt that this man was threatened and assaulted in his apartment that evening? You assess the evidence, all of the evidence. It's not a case of picking little pieces here and there. It's a case of, I suggest to you — You take all of the evidence. You take the whole evidence and you look at it and you determine on the whole of the evidence whether or not you are satisfied beyond a reasonable doubt as to the guilt of these two accused persons. If you have a reasonable doubt, then you must resolve it in favour of the two accused. If, however, you are satisfied beyond a reasonable doubt as to their guilt that they assaulted and attempted to extort monies from Mr. Slivko, it is your duty to convict the accused.

8

On appeal, the Supreme Court of Newfoundland (Court of Appeal) concluded that the trial judge's charge to the jury was sufficient: (1999), 174 Nfld. & P.E.I.R. 34. The majority acknowledged that the charge did not mimic *Lifchus* in its description of the concept of "proof beyond a reasonable doubt". However, they said the standard is one of adequacy, and this charge would not have misled the

pelant et Velitchko ont nié avoir agressé et menacé le plaignant. Le jury les a reconnus coupables.

L'exposé du juge du procès au jury est antérieur à l'arrêt *Lifchus* qui a été rendu en 1997. Voici ce qu'il dit:

[TRADUCTION] La présomption d'innocence — Dans notre pays, on présume dans les affaires criminelles que l'accusé est innocent jusqu'à ce que le ministère public établisse sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'accusé n'a pas la responsabilité d'établir, de démontrer ou de prouver son innocence. Si le ministère public ne parvient pas à établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable, vous devez l'acquitter. En quoi consiste un doute raisonnable? Un «doute raisonnable» c'est simplement cela, un doute qui est raisonnable. Je le décris habituellement comme un doute réel, si vous avez un doute réel, un doute sérieux. Il ne s'agit pas d'un doute imaginaire ou fictif dont se sert une personne pour échapper à sa responsabilité.

Plus loin, le juge du procès dit:

[TRADUCTION] La preuve, membres du jury, n'est donc pas une question complexe. Il s'agit d'une question assez claire et simple. En fin de compte, vous devez déterminer si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que cet homme a fait l'objet de menaces et de voies de fait dans son appartement ce soir-là. Vous devez évaluer la preuve, toute la preuve. Il ne s'agit pas de prendre des éléments, ici et là. Il s'agit pour vous de prendre l'ensemble de la preuve. Vous considérez la preuve dans son ensemble, vous l'examinez, et vous déterminez si, compte tenu de tous les éléments de preuve, vous êtes convaincus ou non hors de tout doute raisonnable que ces deux accusés sont coupables. Si vous avez un doute raisonnable, vous devez trancher en faveur des accusés. Si, cependant, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'ils sont coupables, qu'ils ont agressé M. Slivko et qu'ils ont tenté de lui extorquer une somme d'argent, vous avez le devoir de les déclarer coupables.

En appel, la Cour suprême de Terre-Neuve (Cour d'appel) conclut que l'exposé du juge du procès au jury était suffisant: (1999), 174 Nfld. & P.E.I.R. 34. Les juges majoritaires reconnaissent que l'exposé ne reprend pas mot pour mot la description du concept de «preuve hors de tout doute raisonnable» dans l'arrêt *Lifchus*. Ils disent que cependant la norme applicable est le caractère adé-

jury on the standard of proof required. On the second issue, the majority likewise concluded that the jury was adequately charged as to how to consider two different versions of events. Green J.A. dissented; this is an appeal as of right.

II. Analysis

The approach to explaining reasonable doubt in a jury charge is, as a result of *Lifchus, supra*, settled. The trial judge has flexibility in instructing the jury on reasonable doubt, and no particular language is necessary. The same can be said of the *W. (D.)* instruction on conflicting evidence. Appeal courts will not interfere when a jury has been adequately instructed. But adequate instructions require that certain standards be met.

A. *The Jury Charge on Reasonable Doubt*

This Court has applied the principles of *Lifchus* in a number of appeals: *Starr, supra*; *Russell, supra*; and *Beauchamp, supra*. Cory J. summarized the necessary ingredients of a jury charge in *Lifchus*, at paras. 36-38. It should be explained to the jury, in substance, that:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;
- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and

quat, et que l'exposé en cause n'aurait pas induit le jury en erreur sur la norme de preuve applicable. Sur la deuxième question, la majorité conclut de la même façon que le jury a reçu des directives adéquates sur la façon de traiter deux versions différentes des événements. Le juge Green étant dissident, le pourvoi nous est soumis de plein droit.

II. Analyse

La façon d'expliquer le doute raisonnable dans un exposé au jury est établie dans *Lifchus*, précité. Le juge du procès a une certaine latitude dans la façon de donner des directives au jury sur le doute raisonnable et il n'est pas tenu d'utiliser une formulation précise. On peut dire la même chose des directives qu'énonce *W. (D.)* sur les témoignages contradictoires. Les cours d'appel n'interviennent pas lorsque le jury a reçu des directives adéquates. Cependant, pour être adéquates, les directives doivent respecter certaines normes.

A. *L'exposé au jury sur le doute raisonnable*

Notre Cour a appliqué les principes de l'arrêt *Lifchus* dans plusieurs pourvois: *Starr, Russell* et *Beauchamp*, précités. Le juge Cory résume les éléments indispensables d'un exposé au jury dans *Lifchus* (aux par. 36 à 38). Il faut essentiellement donner les explications suivantes:

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;
- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;
- la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;

- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit.

On the other hand, certain references to the required standard of proof should be avoided. For example:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;
- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
- equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
- qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
- instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”.

A charge which is consistent with the principles set out in these reasons will suffice regardless of the particular words used by the trial judge. [Emphasis in original.]

11 The review of the charge for compliance with these principles is not a mechanical exercise but one of substance. The fact that one of the items mentioned in the first group was absent from the charge, or that an item from the second group was included in it, will not usually be determinative of the validity of the charge as a whole.

12 *Starr, supra*, stated that in considering a jury charge given prior to the release of *Lifchus*, the test is whether there was substantial compliance with the principles set out in that case. It is worth stressing that the principles in *Lifchus* are to be applied in a manner that will encourage improvements in the wording of jury charges, but do not vitiate past charges where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test. A jury charge given before or after the *Lifchus* decision should not be faulted

- il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé.

Par contre, certaines mentions concernant la norme de preuve requise doivent être évitées. Par exemple:

- le fait de décrire l'expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n'a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d'inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d'assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
- le fait de qualifier le mot «doute» par d'autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable».

Un exposé conforme aux principes énoncés dans les présents motifs suffira, quels que soient les mots utilisés par le juge du procès. [Souligné dans l'original.]

Le contrôle de la conformité de l'exposé avec ces principes n'est pas un exercice machinal mais un examen au fond. Le fait que l'exposé ne contient pas un des éléments mentionnés dans le premier groupe, ou qu'il inclut un des éléments du second groupe, n'est pas généralement déterminant quant à la validité de l'ensemble de l'exposé.

Selon l'arrêt *Starr*, précité, le critère de contrôle applicable à un exposé au jury antérieur à l'arrêt *Lifchus* est sa conformité pour l'essentiel avec les principes énoncés dans cet arrêt. Il est utile de souligner que les principes développés dans l'arrêt *Lifchus* doivent être appliqués d'une façon visant à améliorer la formulation des exposés au jury, mais ne rendent pas invalides des exposés antérieurs qui, même s'ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l'essentiel au critère applicable. Un exposé au jury anté-

merely for imprecise language. Rather, as was stated in *Starr, supra*, it should be reviewed to determine whether it substantially complies with the *Lifchus* principles. As applied in *Russell, supra*, and *Beauchamp, supra*, the basic question remains: Does the charge, read as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof? If not, the charge is adequate.

It is settled that the standard of proof beyond a reasonable doubt is a special standard. It requires more than proof on a balance of probabilities, or probable guilt, but less than absolute certainty on the part of jurors. In *Lifchus*, at para. 14, Cory J. held that jurors “must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions . . . yet less than proof to an absolute certainty”. In that same passage, he highlighted the importance of this principle, stating: “No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect the trial must be lacking in fairness”. See also *Starr*, at paras. 241-42. (In situating the criminal standard of proof, “it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities”: *Starr*, at para. 242, *per Iacobucci J.*)

The charge in this case was defective. The jury was not clearly told that the standard of proof was more than a balance of probabilities but less than absolute certainty. Likewise, the jury was not told that it was required to acquit if it concluded only that the accused men were “probably guilty”, a standard that Cory J. in *Lifchus* found could affect the fairness of trial.

As well, *Lifchus* is emphatic that the standard of proof required to convict a person of a criminal offence is a special one and it must be described as such. It is not an ordinary standard and should not be explained in a manner that directs jurors to

rieur ou postérieur à l’arrêt *Lifchus* ne devrait pas être jugé défectueux pour la seule raison que sa formulation est imprécise. Il s’agit plutôt, comme le dit l’arrêt *Starr* de déterminer s’il est essentiellement conforme aux principes de *Lifchus*. Comme dans les affaires *Russell* et *Beauchamp*, précitées, la question de base demeure celle de savoir si l’exposé, pris dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si la réponse est négative, l’exposé est adéquat.

Il est établi que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est une norme spéciale. Elle exige davantage qu’une preuve selon la prépondérance des probabilités, ou la probabilité de culpabilité, mais moins que la certitude absolue de la part des jurés. Dans *Lifchus*, le juge Cory conclut que les jurés «doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils [. . .] elle n’exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue» (par. 14). Au même paragraphe, il souligne l’importance de ce principe en disant: «Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point, le procès ne peut que manquer d’équité». Voir également *Starr*, aux par. 241 et 242. (Pour situer la norme de preuve criminelle, «elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités»: *Starr*, au par. 242, le juge Iacobucci.)

L’exposé en l’espèce était défectueux. On n’a pas dit clairement au jury que la norme de preuve exigeait plus que la prépondérance des probabilités mais moins que la certitude absolue. De la même façon, on n’a pas dit au jury qu’il devait acquitter les accusés s’il concluait seulement que les accusés étaient «probablement coupables», une norme qui, selon le juge Cory dans l’arrêt *Lifchus*, pouvait compromettre l’équité du procès.

De même, l’arrêt *Lifchus* insiste sur le fait que la norme de preuve nécessaire pour déclarer l’accusé coupable d’une infraction criminelle est une norme spéciale et qu’elle doit être décrite comme telle. Il ne s’agit pas d’une norme ordinaire, et l’explica-

13

14

15

apply the standard they employ for everyday — or even important — decisions: see *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306. The charge here failed to convey the special character of the criminal standard of proof. The jury was not told that “proof beyond a reasonable doubt” is a special concept with a specific meaning. The jury was told that “A reasonable doubt is just that, a doubt that is reasonable”. This phrase implied that the words were used in an everyday, ordinary sense, rather than as a special phrase with a specific meaning in criminal law. That being so, I conclude that the jury charge was defective in that it did not clearly convey that the terms reasonable doubt have special meaning in criminal law.

tion qui en est donnée ne doit pas inviter les jurés à appliquer la norme qu’ils appliquent à des décisions de tous les jours, même à des décisions importantes: voir *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306. L’exposé en l’espèce n’a pas exprimé la nature particulière de la norme de preuve pénale. Le jury n’a pas été avisé que la «preuve hors de tout doute raisonnable» est un concept spécial qui a un sens précis. On a dit au jury qu’«Un «doute raisonnable» c’est simplement cela, un doute qui est raisonnable». Cette phrase laissait entendre que ces mots étaient utilisés dans un sens ordinaire, de tous les jours, plutôt que comme une expression spéciale ayant un sens précis en droit pénal. Cela étant, je conclus que l’exposé au jury était défectueux parce qu’il n’indiquait pas clairement que l’expression «doute raisonnable» a un sens spécial en droit pénal.

16

Lifchus also states that the charge should tell the jurors that they are to remain objective in determining whether the evidence amounts to proof beyond a reasonable doubt. That is, jurors should not be invited to supply an individual meaning for the concept of proof beyond a reasonable doubt. This is related to the point that the standard is a special one. It is also related to the idea that jurors must not determine guilt based on an individual sense of morality rather than on a dispassionate review of the evidence: *Lifchus*, at para. 25. In this case, the suggestion that the words “reasonable doubt” were used in their ordinary sense risked the possibility that jurors would then supply an individual meaning to the content of this standard of proof. In addition, the trial judge used adjectives to modify “doubt”, such as “serious” and “real”. Such modifiers were disapproved of in *Lifchus* because they could produce variance among jurors as to what the standard requires.

L’arrêt *Lifchus* dit aussi que l’exposé devrait dire aux jurés qu’ils doivent rester objectifs lorsqu’ils déterminent si la preuve constitue une preuve hors de tout doute raisonnable. En d’autres termes, on ne doit pas inviter les jurés à définir individuellement ce que signifie le concept de preuve hors de tout doute raisonnable. Ceci est lié au fait qu’il s’agit d’une norme spéciale. Ceci est également lié à l’idée que, pour décider la question de la culpabilité, les jurés ne doivent pas se fonder sur leur sens individuel de la moralité mais doivent se fonder sur un examen objectif de la preuve: *Lifchus*, au par. 25. En l’espèce, le fait de laisser entendre que les mots «doute raisonnable» étaient employés dans leur sens ordinaire suscitait le risque que les jurés définissent individuellement le contenu de cette norme de preuve. En outre, le juge du procès a utilisé des adjectifs comme «sérieux» et «réel», pour qualifier le mot «doute». L’arrêt *Lifchus* désapprouve ce type de qualificatifs parce qu’ils peuvent entraîner, parmi les jurés, des différences de point de vue sur les exigences de la norme.

17

On an ancillary point, the trial judge’s charge to the jury linked the standard of proof beyond a reasonable doubt to the presumption of innocence, but

Je fais incidemment remarquer que l’exposé du juge du procès au jury liait la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à la présomption

it did not warn that the burden of proof never shifts from the Crown.

B. The Charge on Credibility and Resolving the Factual Mystery of "What Happened"

The appellant takes issue with the jury charge for a second reason: he says it failed to explain properly to the jury how it should assess credibility, in a situation where there were two irreconcilable versions of events described in testimony.

Cory J. addressed this situation in two separate but similarly named cases: *W. (D.)*, *supra*, and *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521. In *W. (D.)*, at pp. 757-58, he said:

In a case where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that they need not firmly believe or disbelieve any witness or set of witnesses. Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. . . .

A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [Emphasis in original.]

In the other case, *S. (W.D.)*, at p. 533, Cory J. pointed out that such instructions need not be

d'innocence, mais qu'il n'a pas souligné que le fardeau de la preuve incombaît toujours au ministère public.

B. Les directives sur la crédibilité et le mystère relatif à «ce qui s'est produit»

L'appelant conteste l'exposé du juge au jury pour un deuxième motif: il soutient qu'il n'a pas convenablement expliqué au jury comment apprécier la crédibilité, en présence de deux versions inconciliables des événements dans les témoignages.

Le juge Cory a traité de cette situation dans deux arrêts distincts qui portent des noms similaires: *W. (D.)*, précité, et *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521. Dans *W. (D.)*, il dit (aux pp. 757 et 758):

Dans une affaire où la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge doit dire aux jurés qu'il n'est pas nécessaire qu'ils ajoutent fermement foi à la déposition de l'un ou l'autre témoin ou qu'ils rejettent entièrement cette déposition. Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. . . .

Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Dans l'autre arrêt, *S. (W.D.)*, le juge Cory dit qu'il n'est pas nécessaire de donner ces directives «mot

18

19

given “word for word as some magic incantation”. The question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events.

[pour] mot comme une incantation» (p. 533). Ce qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements.

20

This appeal parallels *W. (D.)*, in the sense that the jury was left with two contradictory versions of events. The complainant testified that he was assaulted and threatened over a two- or three-hour duration by the appellant and Velitchko. The appellant and Velitchko both testified that they merely had a friendly conversation in the complainant’s apartment. These versions were diametrically opposed but the *W. (D.)* instruction was not given to the jury. The trial judge described the evidence in global terms, asking the jury to “assess the evidence, all of the evidence”. Elsewhere in his charge, the trial judge remarked that the jury had heard “two versions” of events. He reviewed the two versions and plainly expressed his preference for the evidence of the complainant, whom he referred to as “a straightforward witness”. He presented the jury with two options: it could acquit if a reasonable doubt remained, or convict if the evidence satisfied the jury beyond a reasonable doubt. He also explained his own reasoning by saying that he had “compare[d] the evidence of the accused and the evidence of [the complainant]”. This last explanation suggested that the jury, too, should “compare” the two versions of events and choose one.

Le présent pourvoi ressemble à l’affaire *W. (D.)* en ce sens que le jury faisait face à deux versions contradictoires des événements. Le plaignant a témoigné qu’il a été agressé et menacé par l’appelant et Velitchko sur une durée de deux ou trois heures. L’appelant et Velitchko ont tous les deux témoigné qu’ils avaient simplement eu une conversation amicale dans l’appartement du plaignant. Ces deux versions étaient diamétralement opposées, mais le juge n’a pas donné au jury les directives de l’arrêt *W. (D.)*. Le juge du procès a décrit la preuve globalement, demandant au jury d’«évaluer la preuve, toute la preuve». Ailleurs dans son exposé, le juge du procès a fait remarquer que le jury avait entendu «deux versions» des événements. Il a passé en revue les deux versions et a clairement indiqué qu’il préférerait le témoignage du plaignant, qu’il considérerait comme [TRADUCTION] «un témoin franc». Il a offert deux options aux jurés: acquitter les accusés s’il subsistait un doute raisonnable, ou les déclarer coupables si la preuve les avait convaincus de leur culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il a également expliqué son propre raisonnement en disant qu’il avait [TRADUCTION] «comparé le témoignage des accusés et celui [du plaignant]». Cette dernière explication laissait entendre aux jurés qu’ils devaient eux aussi «comparer» les deux versions des événements et choisir l’une d’elles.

21

I agree with Green J.A. that the charge on this point fell into the trap of suggesting that the jury had to resolve the factual question of what happened. The jury was faced with two irreconcilable versions of events. It may have seemed to the jury that it bore the responsibility for figuring out “which version” to believe. It may logically have seemed an “either/or” proposition. It was important that the trial judge focus the jury’s attention on the third alternative given in *W. (D.)* — that the accused men could be acquitted even if their evidence was not believed but a doubt remained. The

Je suis d’accord avec le juge Green de la Cour d’appel que l’exposé sur ce point avait le tort d’inviter le jury à résoudre la question factuelle de ce qui s’était produit. Le jury était confronté à deux versions inconciliables des événements. Il se peut que les jurés aient eu l’impression qu’ils avaient la responsabilité de déterminer «quelle version» croire. Cela pouvait logiquement les amener à penser qu’ils n’avaient le choix qu’entre ces deux propositions. Il était important que le juge du procès attire l’attention des jurés sur la troisième possibilité que décrit l’arrêt *W. (D.)*, c’est-à-dire, qu’ils

jury may have been left with the impression that it had to choose which competing version of events it would accept. The jurors should have had the third option of *W. (D.)* left to them.

The jury should have been told that it could acquit even if it did not believe the testimony of the two accused men provided it was left with reasonable doubt about the guilt of the accused on the evidence that it accepted. The jury should have been warned not to convict automatically if it found the testimony of the complainant was more credible than that of the appellant and Velitchko. There was some risk that the jury misapprehended the requirement of proof beyond a reasonable doubt in relation to the two irreconcilable versions of events. The admonition to consider “all of the evidence” does not correct this failing: *S. (W.D.)*, at p. 535.

III. Conclusion

The jury charge in this case, when read as a whole, left open the likelihood that the jury misapprehended the meaning of “proof beyond a reasonable doubt” and its application to the two versions of events. Ultimately, there remains a risk of conviction on a standard of proof other than “beyond a reasonable doubt”.

The respondent Crown argued that submissions by Crown counsel during the trial, with respect to the reasonable doubt standard, might have remedied the defective charge. That argument fails. The fact that Crown counsel might have described the reasonable doubt standard properly will not correct the trial judge’s failure to do so. The long-established rule is that the trial judge instructs the jury on questions of law. The trial judge bears that responsibility, and while counsel’s errors can be corrected by the trial judge in his charge, the opposite is not true.

The case law is clear that a new trial will be necessary when the jury may have been under a mis-

pouvaient acquitter les accusés, même s’ils n’ajoutaient pas foi à leur déposition mais qu’un doute subsistait. Il se peut que le jury ait gardé l’impression qu’il lui fallait choisir une des deux versions contradictoires des événements. Il fallait lui offrir le troisième choix que décrit l’arrêt *W. (D.)*.

On aurait dû dire aux jurés qu’ils pouvaient acquitter les accusés même s’ils n’ajoutaient pas foi à leur déposition pourvu que, sur le fondement de la preuve acceptée, subsiste un doute raisonnable quant à leur culpabilité. On aurait dû les mettre en garde de ne pas automatiquement condamner l’appelant et Velitchko s’ils concluaient que le plaignant était plus crédible qu’eux. Il y avait un certain risque que les jurés comprennent mal les exigences de la preuve hors de tout doute raisonnable à l’égard des deux versions inconciliables des événements. La directive leur enjoignant de tenir compte de «toute la preuve» ne pouvait remédier à ce défaut: *S. (W.D.)*, à la p. 535.

III. Conclusion

L’exposé, pris dans son ensemble, faisait naître la probabilité que le jury se méprenne sur le sens de «preuve hors de tout doute raisonnable» et son application à deux versions contradictoires des événements. En fin de compte, il subsiste un risque que le verdict de culpabilité repose sur une norme de preuve autre que celle de la «preuve hors de tout doute raisonnable».

Le ministère public intimé a soutenu que les observations faites au procès par le substitut au sujet de la norme du doute raisonnable pouvaient avoir remédié aux défauts de l’exposé. Cet argument est mal fondé. Même s’il se peut que le substitut ait convenablement décrit la norme du doute raisonnable, cela ne remédie pas au défaut du juge du procès de le faire. La règle est établie depuis longtemps que c’est le juge du procès qui donne des directives au jury sur les questions de droit. Cette responsabilité incombe au juge du procès, et si le juge peut corriger les erreurs des avocats dans son exposé, l’inverse n’est pas vrai.

Il ressort clairement de la jurisprudence que la tenue d’un nouveau procès est nécessaire lorsque

22

23

24

25

apprehension as to the correct standard of proof and the correct approach to conflicting evidence. The rationale has its source in the principle of trial fairness. See *Lifchus*, per Cory J. at para. 13:

The Marshall, Morin and Milgaard cases serve as a constant reminder that our system, with all its protections for the accused, can still make tragic errors. A fair trial must be the goal of criminal justice. There cannot be a fair trial if jurors do not clearly understand the basic and fundamentally important concept of the standard of proof that the Crown must meet in order to obtain a conviction.

IV. Disposition

26 The appeal is allowed and a new trial is ordered.

The following are the reasons delivered by

27 BASTARACHE J. (dissenting) — In this appeal, the appellant asks this Court to overturn his convictions for assault and extortion based on the retrospective application of *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, and an extension of the holding in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. I would dismiss the appeal, for substantially the same reasons as the majority of the Court of Appeal.

28 In *W. (D.)*, Cory J. describes, at pp. 757-58, how a jury should handle two diametrically opposed versions of events given in testimony:

In a case where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that they need not firmly believe or disbelieve any witness or set of witnesses. Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt

le jury a pu se méprendre sur la norme de preuve applicable et sur la façon d'aborder des témoignages contradictoires. La justification de cet énoncé a sa source dans le principe de l'équité du procès. Voici ce que dit le juge Cory dans *Lifchus* (au par. 13):

Les affaires Marshall, Morin et Milgaard sont un constant rappel que notre système, malgré toutes les mesures de protection qu'il comporte en faveur de l'accusé, peut néanmoins donner lieu à des erreurs tragiques. L'objectif de la justice pénale doit être la tenue d'un procès équitable. Il ne peut y avoir de procès équitable si les jurés ne comprennent pas clairement le concept de base et fondamentalement important de la norme de preuve que le ministère doit respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité.

IV. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Dans le présent pourvoi, l'appelant demande à notre Cour d'invalider sa condamnation pour voies de fait et extorsion par l'application rétrospective de l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, et par l'extension de la portée de l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi essentiellement pour les mêmes raisons que les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Dans l'arrêt *W. (D.)*, le juge Cory décrit comment le jury doit traiter deux versions diamétralement opposées des événements dans les témoignages (aux pp. 157 et 158):

Dans une affaire où la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge doit dire aux jurés qu'il n'est pas nécessaire qu'ils ajoutent fermement foi à la déposition de l'un ou l'autre témoin ou qu'ils rejettent entièrement cette déposition. Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition

after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. . . .

A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

. . .

Nonetheless, the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply: *R. v. Thatcher*, [[1987] 1 S.C.R. 652]. [Emphasis in original.]

In asserting that the trial judge must follow this procedure where the evidence pits the accused's version of a story against a competing version, the appellant seems to overlook the final paragraph reproduced above. It quite clearly indicates that a failure by the trial judge to follow *W. (D.)* does not amount to a reversible error, as long as the trial judge does not expressly instruct the jury that it must choose between the accused's evidence and the other version. In *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 533, Cory J. affirmed that the *W. (D.)* procedure was not meant to be followed "word for word as some magic incantation". In my view, the determinative question is whether the jury understood that, even if it disbelieved the accused, it could still acquit if it found the Crown had not proved its case beyond a reasonable doubt.

A review of the charge demonstrates that the jury understood that disbelief of the accused was not sufficient grounds for conviction. At the outset of his charge, the trial judge:

de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. . . .

Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

. . .

Néanmoins, l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent; *R. c. Thatcher*, [[1987] 1 R.C.S. 652]. [Souligné dans l'original.]

Quand il fait valoir que le juge du procès doit suivre cette procédure lorsque la preuve met en opposition la version de l'accusé et une autre version des événements, l'appelant semble ne pas tenir compte du dernier paragraphe de cet extrait, qui indique très clairement que l'omission du juge du procès de suivre le modèle de *W. (D.)* n'est pas une erreur justifiant l'annulation, tant que le juge du procès ne dit pas expressément au jury qu'il doit choisir entre la version de l'accusé et l'autre version. Dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, le juge Cory dit qu'il n'était pas nécessaire de suivre la formule *W. (D.)* «mot [pour] mot comme une incantation» (p. 533). À mon avis, la question déterminante est de savoir si le jury a compris que, même s'il ne croyait pas l'accusé, il pouvait quand même l'acquitter s'il concluait que le ministère public n'avait pas prouvé l'accusation hors de tout doute raisonnable.

Il ressort de l'examen de l'exposé que le jury comprenait que le seul fait de ne pas croire l'accusé ne suffisait pas pour le déclarer coupable. Au début de son exposé, le juge du procès:

- (1) established that the accused was presumed innocent;
- (2) stated the accused had no responsibility to establish, demonstrate, or prove his innocence;
- (3) stated that if the Crown failed to prove guilt beyond a reasonable doubt, the accused must be acquitted;
- (4) stated that it was open to the jury to accept only a part of a witness's testimony and to reject other parts.

He then stated that "two versions" of the meeting were in evidence and proceeded to summarize each of these. He concluded by saying:

So the evidence, members of the jury . . . — It's not a complex matter. It's fairly simple and straightforward. What it boils down to, are you satisfied beyond a reasonable doubt that this man was threatened and assaulted in his apartment that evening? You assess the evidence, all of the evidence. It's not a case of picking little pieces here and there. It's a case of, I suggest to you — You take all of the evidence. You take the whole evidence and you look at it and you determine on the whole of the evidence whether or not you are satisfied beyond a reasonable doubt as to the guilt of these two accused persons. If you have a reasonable doubt, then you must resolve it in favour of the two accused. If, however, you are satisfied beyond a reasonable doubt as to their guilt that they assaulted and attempted to extort monies from Mr. Slivko, it is your duty to convict the accused.

The appellant argues that the jury should have been told that it could acquit even if it did not believe the testimony of the two accused men. While this specific instruction was not given in express terms by the trial judge, I am confident that it was quite clear to the jury from the context of the charge as a whole. Hence, there was no danger that the jury would automatically convict if it concluded that the complainant was more credible than the appellant or Velitchko. The trial judge presented the question clearly: it could acquit if a reasonable doubt remained, or convict if the evi-

- (1) a établi que l'appelant était présumé innocent;
- (2) a dit qu'il n'incombait aucunement à l'appelant d'établir, de démontrer ou de prouver son innocence;
- (3) a dit que si le ministère public ne parvenait pas à prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'appelant devait être acquitté;
- (4) a dit que le jury pouvait accepter une partie de la déposition d'un témoin et en rejeter d'autres parties.

Après cela, il a dit que la preuve comprenait «deux versions» de la rencontre, qu'il a ensuite résumées. Il a conclu de la façon suivante:

[TRADUCTION] La preuve, membres du jury, n'est donc pas une question complexe. Il s'agit d'une question assez claire et simple. En fin de compte, vous devez déterminer si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que cet homme a fait l'objet de menaces et de voies de fait dans son appartement ce soir-là. Vous devez évaluer la preuve, toute la preuve. Il ne s'agit pas de prendre des éléments, ici et là. Il s'agit pour vous de prendre l'ensemble de la preuve. Vous considérez la preuve dans son ensemble, vous l'examinez, et vous déterminez si, compte tenu de tous les éléments de preuve, vous êtes convaincus ou non hors de tout doute raisonnable que ces deux accusés sont coupables. Si vous avez un doute raisonnable, vous devez trancher en faveur des accusés. Si, cependant, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'ils sont coupables, qu'ils ont agressé M. Slivko et qu'ils ont tenté de lui extorquer une somme d'argent, vous avez le devoir de les déclarer coupables.

L'appelant soutient qu'on aurait dû dire aux jurés qu'ils pouvaient acquitter même s'ils n'ajoutaient pas foi aux dépositions des deux accusés. Bien que le juge du procès n'ait pas donné cette directive expressément, je suis persuadé que cela ressortait très clairement de l'ensemble de l'exposé au jury. Ainsi, il n'y avait pas de danger que le jury condamne automatiquement l'appelant et Velitchko s'il concluait que le plaignant était plus crédible qu'eux. Le juge du procès a présenté clairement la question: le jury pouvait acquitter s'il subsistait un doute raisonnable, ou il pouvait rendre un verdict

dence satisfied the jury beyond a reasonable doubt. There is nothing amiss with this direction.

The charge here did not suggest that the jury had to resolve a factual mystery as to what happened. The jury was never told that it had to pick between two versions of events and consequently, when the charge is viewed as a whole, there is little risk that the jury would have believed it bore the responsibility for figuring out “which version” it should believe. While I accept that it is preferable to give an explicit direction that the accused could be acquitted even if his or her evidence were not believed, there is no obligation to do so, as long as the trial judge does not suggest that one version of events must be accepted by the jury.

In my view, the difference in facts between the present case and *S. (W.D.)* easily distinguishes this case. First, in that case, the error in the charge occurred in direct response to a question from the jury, magnifying the prejudice to the accused; see *W. (D.)*, *supra*. Second, the direction in *S. (W.D.)* to choose between the two versions was quite explicit while here there was no specific suggestion that a choice had to be made. Third, the direction to consider the existence of a reasonable doubt in the context of “all of the evidence” was meaningful here since, unlike in *S. (W.D.)*, there was corroborating evidence. Thus, the instruction to consider whether, on “all of the evidence”, the Crown had proven guilt beyond a reasonable doubt mitigated the trial judge’s general reference to “two versions” of events (see *S. (W.D.)*, *supra*, at p. 535).

In the circumstances of this case, the trial judge’s failure to follow the exact phraseology of *W. (D.)* is not a reversible error since the charge as a whole established the proper burden and standard of proof. The crucial error that motivated a response in *W. (D.)* (the instruction that the jury must choose between the accused’s and complainant’s evidence) was not present here. On the

de culpabilité s’il était convaincu par la preuve hors de tout doute raisonnable. Il n’y a rien à reprocher à cette directive.

L’exposé en l’espèce ne laissait pas entendre que le jury devait résoudre le mystère de ce qui s’était réellement produit. On n’a jamais dit au jury qu’il devait choisir l’une ou l’autre de deux versions des événements; par conséquent, compte tenu de l’ensemble de l’exposé, il y a peu de risque que le jury ait cru qu’il avait la responsabilité de déterminer «quelle version» il devait croire. Bien que j’accepte qu’il est préférable de donner la directive explicite qu’un accusé peut être acquitté même si l’on n’ajoute pas foi à sa déposition, le juge du procès n’est pas obligé de le faire, pourvu qu’il ne laisse pas entendre que le jury doit accepter une seule version des événements.

À mon avis, la différence dans les faits permet facilement de distinguer la présente affaire de l’affaire *S. (W.D.)*. Premièrement, dans *S. (W.D.)*, l’erreur dans l’exposé avait été commise en réponse directe à une question du jury, ce qui amplifiait le préjudice subi par l’accusé; voir *W. (D.)*, précité. Deuxièmement, dans *S. (W.D.)*, la directive selon laquelle le jury devait choisir l’une des deux versions était très explicite alors qu’en l’espèce, il n’a pas été dit spécifiquement qu’il fallait faire un choix. Troisièmement, la directive selon laquelle le jury devait examiner s’il existait un doute raisonnable dans le contexte de «toute la preuve» avait un sens en l’espèce puisque, contrairement à *S. (W.D.)*, il y avait une preuve corroborante. La directive au jury de déterminer si, compte tenu de «toute la preuve», le ministère public avait établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable atténuait donc l’allusion générale que le juge du procès avait faite aux «deux versions» des événements (voir *S. (W.D.)*, précité, à la p. 535).

Vu les circonstances en l’espèce, le fait que le juge du procès n’ait pas suivi à la lettre la formule *W. (D.)* n’est pas une erreur justifiant l’annulation puisque l’exposé dans son ensemble établissait le fardeau et la norme de preuve applicables. L’erreur cruciale qui a motivé l’intervention dans l’affaire *W. (D.)* (la directive de choisir entre le témoignage de l’accusé et celui du plaignant) n’a pas été com-

30

31

32

charge as a whole the burden and standard were sufficiently clear, thus satisfying the passage in *W. (D.)* at issue. The warning set out by McLachlin J. (as she then was) in *S. (W.D.)*, *supra*, at pp. 544-45, bears repeating:

... when scholars of the criminal law themselves argue about how the second branch of the *W. (D.)* test should be phrased, it would be wrong to reverse a conviction merely because a particular formula was not repeated verbatim. We must remember that jurors are laypeople, not lawyers, and do not hear and interpret each and every word of the judge's charge with all the legal baggage that a career in the law may engender. An overly legalistic focus on the strict text of the judge's charge does not take this courtroom reality into account, nor accommodate the fact that the judge may have to formulate his or her remarks in various ways in order to make the jury understand that it must acquit regardless of what evidence it may accept or reject if it is left with a reasonable doubt when considering that evidence as a whole. What is required, to quote Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 362, is that the "charge alerts [the jury] to the fact that, if the defence evidence leaves them in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then they are to acquit".

Here the charge made it clear to the jury that if the defence evidence leaves it in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then it is to acquit.

Disposition

33

Because I find no reason to overturn the majority of the Court of Appeal on the application of *Lifchus* (as in the unanimous decision of our Court in *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55, released concurrently), and for the reasons expressed above with regard to the application of *W. (D.)*, I would dismiss the appeal and uphold the conviction.

Appeal allowed and new trial ordered,
BASTARACHE J. *dissenting.*

mise en l'espèce. Pour ce qui concerne l'exposé pris dans son ensemble, le fardeau et la norme étaient suffisamment clairs, et l'exposé en l'espèce était donc conforme à l'extrait de *W. (D.)* en cause. La mise en garde que le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) faisait dans *S. (W.D.)*, précité, aux pp. 544 et 545, mérite d'être répétée:

... quand les auteurs de doctrine en droit pénal se disputent au sujet de la façon dont le deuxième élément du critère de l'arrêt *W. (D.)* devrait être formulé, il serait incorrect d'annuler une déclaration de culpabilité uniquement parce que l'on n'a pas répété textuellement une formule particulière. Il ne faut pas oublier que les jurés sont des profanes, non pas des avocats, et qu'ils n'entendent ni n'interprètent chaque mot de l'exposé du juge avec toutes les connaissances juridiques que peut apporter une carrière en droit. Si on met un accent trop légaliste sur le texte pur et simple de l'exposé du juge, on ne tient pas compte de cette réalité d'une salle d'audience ni du fait que le juge puisse devoir formuler ses remarques de façons différentes pour faire comprendre au jury qu'il doit prononcer l'acquittement indépendamment du témoignage qu'il accepte ou écarte, s'il garde un doute raisonnable après avoir examiné l'ensemble de la preuve. Ce qu'il faut, selon les termes mêmes du juge Sopinka dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 362, c'est que la «directive [...] signale [au jury] que, si la preuve à décharge le laisse dans un état de doute une fois qu'il l'a examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, il doit alors prononcer un acquittement».

En l'espèce, l'exposé indiquait clairement au jury que si la preuve à décharge le laissait dans un état de doute après l'avoir examinée dans le contexte de toute la preuve, il devait acquitter.

Dispositif

Je ne vois aucune raison d'infirmer le jugement majoritaire de la Cour d'appel sur la question de l'application de *Lifchus* (comme dans l'arrêt unanime de notre Cour dans *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55, qui est déposé en même temps que celui-ci) et, compte tenu des motifs exprimés ci-dessus sur l'application de *W. (D.)*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de culpabilité.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné,
juge BASTARACHE *est dissident.*

*Solicitor for the appellant: Derek Hogan,
St. John's.*

*Procureur de l'appellant: Derek Hogan,
St. John's.*

*Solicitor for the respondent: The Department of
Justice, St. John's.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la
Justice, St. John's.*

The Attorney General of Canada *Applicant*

v.

Stephen Joseph Harper *Respondent*

INDEXED AS: HARPER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2000 SCC 57.

File No.: 28210.

2000: November 10.

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

MOTION FOR A STAY

Practice — Stay — Federal elections — Spending limits — Plaintiff granted interlocutory injunction against enforcement of third-party spending limits pending decision on his constitutional challenge to legislation — Whether injunction should be stayed.

The respondent sought a declaration that the provisions in the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, imposing limits on third-party spending on advertising in the course of a federal election campaign are unconstitutional because they unjustifiably limit the right of free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue has gone to trial but judgment has not yet been rendered. An election writ has been issued with a polling date of November 27, 2000. The respondent immediately applied for an interlocutory injunction restraining the enforcement of the third-party spending limits, pending the decision in the action. The same judge who heard the trial granted the injunction, which was upheld by the Court of Appeal. The Attorney General of Canada applies to this Court for leave to appeal from the interlocutory injunction and, in the interim, for a stay of the injunction.

Held (Major J. dissenting): The stay should be granted.

Per McLachlin C.J., L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In considering whether an injunction should be granted, and by extension whether an injunction should be stayed

Le procureur général du Canada *Requérant*

c.

Stephen Joseph Harper *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HARPER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre: 2000 CSC 57.

N° du greffe: 28210.

2000: 10 novembre.

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

REQUÊTE EN SURSIS D'EXÉCUTION

Pratique — Sursis d'exécution — Élections fédérales — Plafonnement des dépenses — Obtention par le demandeur d'une injonction interlocutoire interdisant l'application du plafonnement des dépenses des tiers jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa contestation de la constitutionnalité de la loi — Faut-il surseoir à l'exécution de l'injonction?

L'intimé a demandé que les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, plafonnant les dépenses de publicité qu'un tiers peut engager au cours d'une campagne électorale fédérale soient déclarées inconstitutionnelles parce qu'elles limitent de manière injustifiable le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question a fait l'objet d'un procès, mais jugement n'a pas encore été rendu. Une élection a été déclenchée et la date du scrutin a été fixée au 27 novembre 2000. L'intimé a immédiatement demandé une injonction interlocutoire interdisant le plafonnement des dépenses des tiers jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue relativement à l'action. Cette injonction a été accordée par le juge même qui avait présidé le procès, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel. Le procureur général du Canada demande à notre Cour de l'autoriser à se pourvoir contre l'injonction interlocutoire et, dans l'inter valle, qu'il soit sursis à l'exécution de l'injonction.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le sursis d'exécution est accordé.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel: Pour décider s'il y a lieu d'accorder une injonction et, partant, s'il y a lieu de surseoir à l'exécution

pending appeal, the Court considers: (i) whether there is a serious issue to be tried; (ii) whether absent an injunction there will be irreparable harm to the individual seeking the injunction; and (iii) the balance of (in)convenience. This case turns on an analysis of the third ground — the balance of (in)convenience.

The public interest in maintaining in place the duly enacted legislation on spending limits pending complete constitutional review outweighs the detriment to freedom of expression caused by those limits. To leave the injunction in place is to grant substantial success to the respondent even though the trial has not been completed. It is taken as given at this stage that the legislation imposing spending limits on third parties will serve a valid public purpose. Weighing these factors against the partial limitation on freedom of expression imposed by the restrictions, the balance of convenience favours staying the injunction. Courts will not lightly order that laws that Parliament or a legislature has duly enacted for the public good are inoperable in advance of complete constitutional review, which is always a complex and difficult matter. It follows that only in clear cases will interlocutory injunctions against the enforcement of a law on grounds of alleged unconstitutionality succeed.

Per Major J. (dissenting): The interim injunction furthers the *Charter's* guarantee of freedom of expression, and the respondent has displaced the assumption that the government suffers a greater harm than he does. Thus, the balance of convenience tips sharply in favour of the respondent. The chambers judge made no error and was entitled to reach the conclusion that the balance of convenience favoured injunctive relief. We should be loathe to interfere with political speech, especially in the midst of a federal election.

The Attorney General admitted that there was a violation of s. 2(b) of the *Charter*, but did not offer any evidence to show that the injunction would cause some harm. The presumption that legislation generally identified as serving a public interest is *prima facie* valid should not be conclusive where it competes against the acknowledged impediment to an individual's free speech unless there is some evidence demonstrating an

tion d'une injonction en attendant l'issue d'un appel, la Cour doit (i) se demander s'il y a une question sérieuse à juger, (ii) se demander si l'auteur de la demande d'injonction subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée, et (iii) examiner la prépondérance des inconvénients. La présente affaire repose sur l'analyse du troisième élément — la prépondérance des inconvénients.

L'intérêt qu'a le public à ce que la mesure législative dûment adoptée en matière de plafonnement des dépenses soit maintenue jusqu'à ce qu'elle ait fait l'objet d'un examen constitutionnel complet l'emporte sur le préjudice que ce plafonnement cause à la liberté d'expression. Maintenir l'injonction revient essentiellement à donner gain de cause à l'intimé avant la fin de l'instance. Il est tenu pour acquis, à ce stade, que la mesure législative qui prescrit le plafonnement des dépenses des tiers sert un objectif d'intérêt général valable. À la lumière de l'évaluation de ces facteurs en fonction de la limitation partielle de la liberté d'expression due aux restrictions imposées, la prépondérance des inconvénients milite en faveur du sursis d'exécution de l'injonction. Les tribunaux n'ordonneront pas à la légère que les lois que le Parlement ou une législature a dûment adoptées pour le bien du public soient inopérantes avant d'avoir fait l'objet d'un examen constitutionnel complet qui se révèle toujours complexe et difficile. Il s'ensuit que les injonctions interlocutoires interdisant l'application d'une mesure législative dont on conteste la constitutionnalité ne seront délivrées que dans les cas manifestes.

Le juge Major (dissident): L'injonction provisoire a pour effet de renforcer la liberté d'expression garantie par la *Charte*, et l'intimé a réfuté l'hypothèse que le gouvernement subit un préjudice plus grand que le sien. Par conséquent, la prépondérance des inconvénients penche nettement en faveur de l'intimé. Le juge de la requête n'a commis aucune erreur et était fondé à tirer la conclusion que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de la délivrance de l'injonction demandée. Nous devons être réticents à toucher à la liberté de discours politique, particulièrement en pleine élection fédérale.

Le procureur général a reconnu qu'il y avait atteinte à l'al. 2(b) de la *Charte*, et il n'a pas offert la moindre preuve que l'injonction causerait quelque préjudice que ce soit. La présomption qu'un texte de loi qui est de façon générale considéré comme servant un intérêt public est *prima facie* valide ne devrait avoir un effet déterminant, dans les cas où elle est opposée à l'atteinte admise à la liberté d'expression d'une personne, que si

impediment of a public interest. Furthermore, the assumption that the public interest will suffer irreparable harm when an injunction stops an authority from protecting the public good can be overcome when an applicant demonstrates that the injunction itself serves the public interest. Finally, this case falls within an exception to the principle that the effect of democratically enacted legislation should not be suspended before a finding of unconstitutionality or invalidity.

Cases Cited

By McLachlin C.J. et al.

Applied: *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 2 S.C.R. 124; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; **referred to:** *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1997, p. 882.

By Major J. (dissenting)

Switzman v. Elbling, [1957] S.C.R. 285; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133, aff'd [1984] 2 S.C.R. 124.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 350(1), (2), (3), (4).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Authors Cited

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*. Toronto: Irwin Law, 2000.
Cassels, Jamie. "An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy", in Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 2000, release 7).
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 1999, release 7).

la preuve établit qu'elle porte atteinte à un intérêt public. De plus, l'hypothèse qu'un préjudice irréparable est causé à l'intérêt public lorsqu'une injonction empêche une autorité de protéger le bien général peut être réfutée si le demandeur démontre que l'injonction elle-même sert l'intérêt public. Enfin, la présente affaire fait partie des exceptions au principe que l'effet de mesures législatives démocratiquement édictées ne devrait pas être suspendu tant que celles-ci n'ont pas été déclarées inconstitutionnelles ou invalides.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et autres

Arrêts appliqués: *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 2 R.C.S. 124; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; **arrêt mentionné:** *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1997, p. 882.

Citée par le juge Major (dissident)

Switzman c. Elbling, [1957] R.C.S. 285; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133, conf. par [1984] 2 R.C.S. 124.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 350(1), (2), (3), (4).

Doctrine citée

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*. Toronto: Irwin Law, 2000.
Cassels, Jamie. «An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy», in Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 2000, release 7).
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 1999, release 7).

MOTION to stay a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2000] A.J. No. 1240 (QL), affirming an order of the Court of Queen's Bench, [2000] A.J. No. 1226 (QL), enjoining the enforcement of s. 350(1), (2), (3) and (4) of the *Canada Elections Act*. Motion granted, Major J. dissenting.

Written submissions by *Graham Garton, Q.C.*, and *Thomas W. Wakeling*, for the applicant.

Written submissions by *Alan D. Hunter, Q.C.*, and *Eric Groody*, for the respondent.

The following is the order delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, IACOBUCCI, BASTARACHE, BINNIE, ARBOUR AND LEBEL JJ. — On May 31, 2000, Parliament passed the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (the "Act"), imposing limits on third-party spending on advertising in the course of a federal election campaign. The law came into force on September 1, 2000. Our reasons in this application relate solely to the issue of whether an injunction which suspended the enforcement of certain provisions pertaining to third-party spending limits should be stayed. They do not deal with the granting of leave to appeal the injunction order nor any ensuing appeal. They also do not deal with the question of whether the Act is unconstitutional.

The respondent Stephen Joseph Harper commenced an action on June 7, 2000 before the Alberta Court of Queen's Bench, seeking a declaration that the spending limits are unconstitutional because they unjustifiably limit the right of free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial commenced on October 2 and adjourned on October 13, after nine days of evidence.

On October 22, an election writ was issued, with a polling date of November 27, 2000. Mr. Harper applied to the same trial judge (Cairns J.), who heard the action seeking a declaration that the spending limits are unconstitutional, for an inter-

REQUÊTE en sursis d'exécution d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2000] A.J. No. 1240 (QL), qui a confirmé une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine, [2000] A.J. No. 1226 (QL), interdisant l'application des par. 350(1), (2), (3) et (4) de la *Loi électorale du Canada*. Requête accordée, le juge Major est dissident.

Argumentation écrite par *Graham Garton, c.r.*, et *Thomas W. Wakeling*, pour le requérant.

Argumentation écrite par *Alan D. Hunter, c.r.*, et *Eric Groody*, pour l'intimé.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, IACOBUCCI, BASTARACHE, BINNIE, ARBOUR ET LEBEL — Le 31 mai 2000, le Parlement adoptait la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (la «Loi»), plafonnant les dépenses de publicité qu'un tiers peut engager au cours d'une campagne électorale fédérale. La loi en cause est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2000. Nos motifs en l'espèce concernent uniquement la question du sursis d'exécution d'une injonction suspendant l'application de certaines dispositions relatives au plafonnement des dépenses d'un tiers. Ils ne traitent ni de l'autorisation de se pourvoir contre l'injonction ni d'aucun autre appel subséquent. Ils ne traitent pas non plus de la question de savoir si la Loi est inconstitutionnelle.

Le 7 juin 2000, l'intimé Stephen Joseph Harper a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vue d'obtenir un jugement déclarant que le plafonnement des dépenses est inconstitutionnel parce qu'il limite de manière injustifiable le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'audition a commencé le 2 octobre et a été ajournée le 13 octobre, après neuf jours de témoignages.

Une élection a été déclenchée le 22 octobre et la date du scrutin a été fixée au 27 novembre 2000. Monsieur Harper a présenté au même juge (le juge Cairns), qui était saisi de l'action visant à obtenir un jugement déclarant que le plafonnement des

1

2

3

locutory injunction restraining the Chief Electoral Officer of Canada and the Commissioner of Canada Elections from enforcing the third-party spending limits, pending the decision in the action. The trial judge granted the injunction ([2000] A.J. No. 1226 (QL)), and the Alberta Court of Appeal upheld it ([2000] A.J. No. 1240 (QL)). The Attorney General of Canada now applies to this Court, seeking leave to appeal from the interlocutory injunction and, in the interim, a stay of the injunction. The application for leave to appeal is granted, by separate order, released concurrently. This leaves the question of whether the injunction restraining the enforcement of the law imposing spending limits should be stayed.

dépenses est inconstitutionnel, une demande d'injonction interlocutoire qui interdirait au directeur général des élections du Canada et au commissaire aux élections fédérales de plafonner les dépenses des tiers jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement à l'action. Le juge de première instance a accordé l'injonction ([2000] A.J. No. 1226 (QL)), et la Cour d'appel de l'Alberta l'a maintenue ([2000] A.J. No. 1240 (QL)). Le procureur général du Canada demande maintenant à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre l'injonction interlocutoire et, dans l'intervalle, le sursis d'exécution de l'injonction. La demande d'autorisation de pourvoi est accueillie dans une ordonnance séparée délivrée simultanément. Reste la question de savoir s'il y a lieu de surseoir à l'exécution de l'injonction qui interdit d'appliquer les dispositions prescrivant le plafonnement des dépenses.

4

In considering whether an injunction should be granted, and by extension whether an injunction should be stayed pending appeal, the Court considers: (i) whether there is a serious issue to be tried; (ii) whether absent an injunction there will be irreparable harm to the individual seeking the injunction; and (iii) the balance of (in)convenience. Without prejudging the appeal, we are satisfied there is a serious issue to be tried. The issue is no less than the constitutionality of provisions of the electoral law passed by the Parliament of Canada which no court has held to be invalid. This is a serious issue not only because the constitutionality of the provisions is challenged, but because it is common ground that the determination of the constitutionality will turn on the application of s. 1 of the *Charter*, which is always a complex factual and legal analysis. We also assume that the provisions in issue may occasion "irreparable harm" to the capacity of third parties to participate as they wish in the election campaign to the extent of the spending limits on advertising imposed on them. This leaves the third ground, the balance of convenience.

Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une injonction et, de là, s'il y a lieu de surseoir à l'exécution d'une injonction en attendant l'issue d'un appel, la Cour doit (i) se demander s'il y a une question sérieuse à juger, (ii) se demander si l'auteur de la demande d'injonction subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée, et (iii) examiner la prépondérance des inconvénients. Sans préjuger l'issue de l'appel, nous sommes convaincus qu'il y a une question sérieuse à juger. Cette question n'est rien de moins que la constitutionnalité de dispositions de la loi électorale adoptée par le Parlement du Canada, qu'aucun tribunal n'a jugées invalides. Cette question est sérieuse non seulement parce que la constitutionnalité des dispositions est contestée, mais encore parce qu'il est reconnu que la détermination de la constitutionnalité dépend de l'application de l'article premier de la *Charte*, qui comporte toujours une analyse factuelle et juridique complexe. Nous tenons également pour acquis que les dispositions en question peuvent causer un «préjudice irréparable» à la capacité des tiers de participer, comme ils le veulent, à la campagne électorale en raison du plafonnement des dépenses de publicité qui leur est imposé. Reste le troisième élément, celui de la prépondérance des inconvénients.

Applications for interlocutory injunctions against enforcement of still-valid legislation under constitutional attack raise special considerations when it comes to determining the balance of convenience. On the one hand stands the benefit flowing from the law. On the other stand the rights that the law is alleged to infringe. An interlocutory injunction may have the effect of depriving the public of the benefit of a statute which has been duly enacted and which may in the end be held valid, and of granting effective victory to the applicant before the case has been judicially decided. Conversely, denying or staying the injunction may deprive plaintiffs of constitutional rights simply because the courts cannot move quickly enough: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf ed.), at para. 3.1220.

The trial judge found that the freedom of speech interest raised by the applicant Harper to be of great importance. On the other side of the balance, he found that the Attorney General of Canada had called no evidence on the harm that would result from suspending the operation of the law. In the absence of evidence, he characterized this harm as “notional unproven unfairness” (para. 35). Accordingly, he found that the balance of convenience favoured the grant of an injunction.

We cannot, with respect, agree. This application is governed by the principles set forth in previous cases. On appeal the applicant Harper may seek alteration of these principles, but for the moment they govern. Applying these principles, the balance of convenience in this case favours granting the stay of the injunction. One of these principles is the rule against granting the equivalent of final relief in interlocutory challenges to electoral statutes, even in the course of elections governed by those statutes: *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 2 S.C.R. 124; see also *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, *per* Beetz J., at p. 144; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. In this case,

Les demandes d'injonction interlocutoire interdisant l'application d'une mesure législative toujours valide dont la constitutionnalité est contestée font intervenir des considérations particulières lorsqu'il s'agit d'évaluer la prépondérance des inconvénients. D'une part, il y a le bénéfice qui découle de la loi. D'autre part, il y a les droits auxquels, allègue-t-on, la loi porte atteinte. Une injonction interlocutoire peut avoir pour effet d'empêcher le public de bénéficier d'une loi dûment adoptée qui peut être jugée valide en définitive, et de donner gain de cause dans les faits au requérant avant même que l'affaire soit tranchée par les tribunaux. Par ailleurs, refuser l'injonction ou surseoir à son exécution peut priver des demandeurs de certains droits constitutionnels simplement parce que les tribunaux ne sont pas en mesure d'agir assez rapidement: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (éd. feuilles mobiles), au par. 3.1220.

Le juge de première instance a conclu que le droit à la liberté de parole invoqué par le requérant Harper était très important. Par contre, il a jugé que le procureur général du Canada n'avait produit aucune preuve au sujet du préjudice qui découlerait de la suspension de l'application de la loi. En l'absence de preuve, il a qualifié ce préjudice [TRADUCTION] «[d']iniquité théorique non établie» (par. 35). Il a donc jugé que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de la délivrance d'une injonction.

En toute déférence, nous ne sommes pas de cet avis. La présente demande est régie par les principes énoncés dans la jurisprudence. En appel, le requérant Harper peut chercher à faire modifier ces principes qui, pour le moment, continuent cependant de s'appliquer. Si on applique ces principes, la prépondérance des inconvénients milite en l'espace en faveur du sursis d'exécution de l'injonction. Parmi ces principes, il y a la règle interdisant d'accorder l'équivalent de la réparation ultime visée par les contestations interlocutoires de lois électorales, même pendant des élections régies par ces lois: *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 2 R.C.S. 124; voir aussi *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1

5

6

7

allowing the injunction to stay in place will in effect give Mr. Harper the ultimate relief he seeks in his action, at least with respect to the current election. The trial judge, however, did not address this factor, nor the case law which addresses it.

8 It may also be noted that, in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, S.C.C., No. 25593, May 7, 1997 (published in the *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1997, at p. 882), this Court refused to grant a stay suspending the enforcement of the provisions mandating publication bans on opinion polls set forth in the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1. In so doing, the Court relied on its previous decision in *Gould, supra*. The Court refused the stay even though the ultimate decision found the poll prohibition to be unconstitutional.

9 Another principle set out in the cases is that in considering the grant of an interlocutory injunction suspending the operation of a validly enacted but challenged law, it is wrong to insist on proof that the law will produce a public good. Rather, at this stage of the proceeding, this is presumed. As Sopinka and Cory JJ. stated in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 348-49:

When the nature and declared purpose of legislation is to promote the public interest, a motions court should not be concerned whether the legislation actually has such an effect. It must be assumed to do so. In order to overcome the assumed benefit to the public interest arising from the continued application of the legislation, the applicant who relies on the public interest must demonstrate that the suspension of the legislation would itself provide a public benefit.

It follows that in assessing the balance of convenience, the motions judge must proceed on the assumption that the law — in this case the spending limits imposed by s. 350 of the Act — is directed to the public good and serves a valid

R.C.S. 110, le juge Beetz, à la p. 144; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Dans la présente affaire, permettre le maintien de l'injonction accordée dans les faits à M. Harper la réparation ultime qu'il sollicite dans l'instance, du moins en ce qui concerne l'élection en cours. Toutefois, le juge de première instance n'a pas abordé ce facteur ni la jurisprudence qui en traite.

On peut aussi noter que, dans le jugement *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, C.S.C., n° 25593, 7 mai 1997 (publié dans le *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1997, à la p. 882), notre Cour a refusé de suspendre l'application des dispositions interdisant la publication des résultats de sondage contenues dans la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1. Ce faisant, la Cour s'est fondée sur l'arrêt *Gould*, précité, qu'elle avait rendu antérieurement. Elle a refusé la suspension et, pourtant, en définitive, l'interdiction relative aux sondages a été jugée inconstitutionnelle.

Un autre principe énoncé dans la jurisprudence veut que, en décidant de l'opportunité d'accorder une injonction interlocutoire suspendant l'application d'une mesure législative adoptée valablement mais contestée, il n'y ait pas lieu d'exiger la preuve que cette mesure législative sera à l'avantage du public. À ce stade des procédures, elle est présumée l'être. Comme les juges Sopinka et Cory l'ont affirmé dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, aux pp. 348 et 349:

Si la nature et l'objet affirmé de la loi sont de promouvoir l'intérêt public, le tribunal des requêtes ne devrait pas se demander si la loi a réellement cet effet. Il faut supposer que tel est le cas. Pour arriver à contrer le supposé avantage de l'application continue de la loi que commande l'intérêt public, le requérant qui invoque l'intérêt public doit établir que la suspension de l'application de la loi serait elle-même à l'avantage du public.

Il s'ensuit qu'en évaluant la prépondérance des inconvénients le juge saisi de la requête doit tenir pour acquis que la mesure législative — en l'espèce, le plafond des dépenses imposé par l'art. 350 de la Loi — a été adoptée pour le bien du public et

public purpose. This applies to violations of the s. 2(b) right of freedom of expression; indeed, the violation at issue in *RJR — MacDonald* was of s. 2(b). The assumption of the public interest in enforcing the law weighs heavily in the balance. Courts will not lightly order that laws that Parliament or a legislature has duly enacted for the public good are inoperable in advance of complete constitutional review, which is always a complex and difficult matter. It follows that only in clear cases will interlocutory injunctions against the enforcement of a law on grounds of alleged unconstitutionality succeed.

Again, the trial judge appears not to have applied this principle in weighing the benefits of the law against its impact on free expression. Instead of assuming that the legislation has the effect of promoting the public interest as *RJR — MacDonald* directs, the trial judge based his conclusion on the fact that the Government “has not adduced any evidence to illustrate unfairness in any of these elections in Canada caused by third-party spending limits” (para. 33). He went on to repeat that the “Government simply asserts that third-party spending limits, if not controlled, may (and that is notional only) impact adversely on the fairness of elections” (para. 34), and moved directly from this to the conclusion that leaving the spending limits in place “would clearly cause more harm in the public interest than the notional unproven unfairness suggested by the Government” (para. 35). Moreover, the trial judge made no mention of the fact that the law may be seen not only as limiting free expression but as regulating it in order to permit all voices during an election to be heard fairly.

qu'elle sert un objectif d'intérêt général valable. Cela s'applique aux violations du droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b); d'ailleurs, il était question d'une violation de l'al. 2b) dans l'arrêt *RJR — MacDonald*. La présomption que l'intérêt public demande l'application de la loi joue un grand rôle. Les tribunaux n'ordonneront pas à la légère que les lois que le Parlement ou une législature a dûment adoptées pour le bien du public soient inopérantes avant d'avoir fait l'objet d'un examen constitutionnel complet qui se révèle toujours complexe et difficile. Il s'ensuit que les injonctions interlocutoires interdisant l'application d'une mesure législative dont on conteste la constitutionnalité ne seront délivrées que dans les cas manifestes.

Là encore, le juge de première instance ne paraît pas avoir appliqué ce principe en s'inspirant des avantages de la mesure législative en fonction de son incidence sur la liberté d'expression. Au lieu de tenir pour acquis que la mesure législative a pour effet de promouvoir l'intérêt public, comme l'arrêt *RJR — MacDonald* l'exige, le juge de première instance a fondé sa conclusion sur le fait que le gouvernement [TRADUCTION] «n'a produit aucun élément de preuve destiné à illustrer l'iniquité que le plafonnement des dépenses des tiers a engendrée dans l'une ou l'autre de ces élections au Canada» (par. 33). Il a ensuite répété que le [TRADUCTION] «gouvernement affirme simplement que, si les dépenses des tiers ne sont pas plafonnées, cela pourrait (mais en théorie seulement) avoir des conséquences préjudiciables sur l'équité des élections» (par. 34), pour ensuite conclure directement que maintenir le plafonnement des dépenses [TRADUCTION] «causerait clairement un préjudice plus grand à l'intérêt public que ne le ferait l'iniquité théorique non établie qu'invoque le gouvernement» (par. 35). De plus, le juge de première instance n'a pas mentionné le fait que la mesure législative peut être perçue non seulement comme limitant la liberté d'expression, mais encore comme la réglementant afin de permettre à toutes et à tous de se faire entendre équitablement pendant une élection.

11 Applying the principles enunciated in previous decisions of this Court, and without prejudging the outcome of any appeal from the injunction, we are satisfied that the public interest in maintaining in place the duly enacted legislation on spending limits pending complete constitutional review outweighs the detriment to freedom of expression caused by those limits. To leave the injunction in place is to grant substantial success to the applicant Harper even though the trial has not been completed. Moreover, applying *RJR — MacDonald*, we must take as given at this stage that the legislation imposing spending limits on third parties will serve a valid public purpose. Weighing these factors against the partial limitation on freedom of expression imposed by the restrictions, we conclude that the balance of convenience favours staying the injunction granted by the trial judge.

Conclusion

12 We therefore conclude that a stay of the order enjoining the enforcement of s. 350(1), (2), (3) and (4) of the *Canada Elections Act* should be granted.

The following are the reasons delivered by

13 MAJOR J. (dissenting) — The facts that accompany this application by the Attorney General of Canada for a stay of the injunction obtained in Alberta are not in dispute. The chambers judge, relying on the pleadings and the evidence at the trial, faced the concession that the plaintiff Mr. Harper's freedom of expression was restricted by the legislation. Weighed against this was the inability of the Attorney General to demonstrate that the injunction would cause any inconvenience (see [2000] A.J. No. 1226 (QL), at paras. 34-35, *per Cairns J.*):

The Government simply asserts that third-party spending limits, if not controlled, may (and this is notional only) impact adversely on the fairness of elections. Yet, it can point to no evidence to illustrate unfair-

Applicant les principes énoncés dans la jurisprudence de notre Cour et sans préjuger l'issue de tout appel interjeté contre l'injonction, nous sommes persuadés que l'intérêt qu'a le public à ce que la mesure législative dûment adoptée en matière de plafonnement des dépenses soit maintenue jusqu'à ce qu'elle ait fait l'objet d'un examen constitutionnel complet l'emporte sur le préjudice que ce plafonnement cause à la liberté d'expression. Maintenir l'injonction revient essentiellement à donner gain de cause au requérant Harper avant la fin de l'instance. En outre, en appliquant l'arrêt *RJR — MacDonald*, nous devons tenir pour acquis, à ce stade, que la mesure législative qui prescrit le plafonnement des dépenses des tiers sert un objectif d'intérêt général valable. Soutenant ces facteurs en fonction de la limitation partielle de la liberté d'expression due aux restrictions imposées, nous concluons que la prépondérance des inconvénients milite en faveur du sursis d'exécution de l'injonction accordée par le juge de première instance.

Conclusion

Nous sommes donc d'avis de surseoir à l'exécution de l'ordonnance interdisant l'application des par. 350(1), (2), (3) et (4) de la *Loi électorale du Canada*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Les faits de la présente requête du procureur général du Canada sollicitant le sursis à l'exécution de l'injonction obtenue en Alberta ne sont pas contestés. Le juge de la requête a, à la lumière des actes de procédure et de la preuve présentée au procès, constaté la concession que la liberté d'expression du demandeur M. Harper était restreinte par les dispositions législatives. Il a par ailleurs constaté que le procureur général n'était pas en mesure de démontrer que l'injonction causerait quelque inconvénient que ce soit (voir [2000] A.J. No. 1226 (QL), aux par. 34 et 35, le juge Cairns):

[TRADUCTION] Le gouvernement affirme simplement que, si les dépenses des tiers ne sont pas plafonnées, cela pourrait (mais en théorie seulement) avoir des conséquences préjudiciables sur l'équité des élections.

ness in the Canadian elections caused by third-party spending.

In my judgment, the spending limits having the deleterious effect of fettering the core freedom of expression and speech as enshrined in the Charter, as they do and as admitted by the Attorney General of Canada, would clearly cause more harm in the public interest than the notional unproven unfairness suggested by the Government.

As described in the reasons of the majority, an injunction should be granted where: (1) there is a serious question to be tried, (2) there is irreparable harm to the person seeking the injunction if no injunction is issued, and (3) the balance of convenience favours an injunction.

It is on the determination of the balance of convenience that I disagree with the majority. The chambers judge, who was also the trial judge in the recently concluded trial, was in a unique position to weigh the balance of convenience.

The trial judge did not, nor do I, intend the interim injunction to reflect on the validity of the new elections legislation. The question of whether the limits on election spending are constitutional will only be decided once there is a determination on the merits.

It is inescapable to me that the balance of convenience tips sharply in favour of the plaintiff. The proposition advanced to counter the obvious inconvenience to Mr. Harper is that legislation generally identified as serving a public interest carries a *prima facie* assumption of validity. But that presumption should not be conclusive where, as here, it competes against the acknowledged impediment to the plaintiff's free speech unless there is some evidence demonstrating an impediment of a public interest. Here there is none.

Pourtant, il est incapable de présenter des éléments de preuve indiquant que des dépenses engagées par des tiers auraient été la cause d'iniquité à l'occasion d'élections au Canada.

À mon avis, puisque le plafonnement des dépenses a l'effet préjudiciable de restreindre la liberté d'expression qui a été constitutionnalisée dans la Charte, comme il le fait et comme le reconnaît le procureur général du Canada, il causerait clairement un préjudice plus grand à l'intérêt public que ne le ferait l'iniquité théorique non établie qu'invoque le gouvernement.

Comme le précisent les motifs de la majorité, une injonction doit être accordée lorsque les conditions suivantes sont réunies: (1) il existe une question sérieuse à juger, (2) la personne demandant l'injonction subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée, et (3) la prépondérance des inconvénients milite en faveur de la délivrance de l'injonction.

C'est sur la question de la prépondérance des inconvénients que je suis en désaccord avec la majorité. Le juge de la requête, qui avait également présidé le procès qui venait tout juste de prendre fin, était exceptionnellement bien placé pour statuer sur la prépondérance des inconvénients.

Le juge du procès n'entendait pas — pas plus que moi — que l'injonction provisoire préjuge de la validité de la nouvelle loi électorale. La question de savoir si le plafonnement des dépenses est constitutionnel ne sera tranchée qu'au moment du jugement sur le fond.

Il est selon moi indéniable que la prépondérance des inconvénients penche nettement en faveur du demandeur. La thèse qui est avancée pour justifier les inconvénients manifestes que subirait M. Harper est qu'un texte de loi qui est de façon générale considéré comme servant un intérêt public jouit *prima facie* d'une présomption de validité. Toutefois, dans les cas où, comme en l'espèce, cette présomption est opposée à l'atteinte admise à la liberté d'expression du demandeur, elle ne devrait avoir un effet déterminant que si la preuve établit qu'elle porte atteinte à un intérêt public. En l'espèce, il n'y a aucune preuve en ce sens.

14

15

16

17

- 18 The chambers judge was careful to note that the interim injunction was just that. He stated that his ultimate disposition may be that the legislation is constitutional. But he could not ignore the evidence produced during the two-week trial to the extent it bore on granting an interim injunction.
- 19 The interim injunction would safeguard important constitutional rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and protect the freedom of political speech during a federal election. The law is clear that — in the absence of an error in principle — the trial judge has the discretion, and is entitled to appellate deference.
- 20 In this application, we are dealing with one of the most valuable forms of speech: political speech. Canadians cherish the unimpeded diffusion of political ideas and opinions, and this Court has long recognized that freedom of expression is “essential to the working of a parliamentary democracy such as ours” (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *per* Abbott J., at p. 326). Hence we must tread carefully in limiting political speech. It is speech that we recognize as invaluable, given its significance in our democratic process. We should be loathe to interfere with it, especially in the midst of a federal election.
- 21 I am of the view that the trial judge did not err in applying the three-part test for an injunction in a constitutional context, as set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, and *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, both cases that the trial judge referred to and relied upon. As stated, I agree with the majority that the first two requirements are met.
- Le juge de la requête a pris soin de souligner que l’injonction interlocutoire ne se voulait pas autre chose. Il a affirmé que, dans sa décision finale, il pourrait bien conclure à la constitutionnalité des dispositions législatives. Il ne pouvait cependant faire abstraction de la preuve produite au cours des deux semaines qu’a duré le procès, dans la mesure où cette preuve était pertinente pour décider de l’opportunité d’accorder l’injonction interlocutoire.
- Cette injonction préserverait d’importants droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et protégerait la liberté d’expression politique à l’occasion des élections fédérales. Le droit est clair: en l’absence d’erreur de principe, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de se prononcer et les juridictions d’appel doivent déférer à sa décision.
- La présente requête met en jeu une des formes d’expression les plus précieuses: le discours politique. Les Canadiens et les Canadiennes tiennent à la libre diffusion des idées et opinions politiques, et notre Cour a depuis longtemps reconnu que la liberté d’expression est [TRADUCTION] «essentielle au fonctionnement d’une démocratie parlementaire comme la nôtre» (*Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott, à la p. 326). Par conséquent, nous devons agir avec circonspection lorsque nous restreignons le discours politique. Il s’agit d’une forme de discours que nous considérons comme inestimable, en raison de son importance dans notre processus démocratique. Nous devons être réticents à toucher à cette liberté, particulièrement en pleine élection fédérale.
- Je suis d’avis que le juge du procès n’a pas commis d’erreur dans l’application du critère à trois volets qui permet de statuer sur les demandes d’injonction en matière constitutionnelle. Ce critère a été exposé dans les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, arrêts auxquels le juge du procès s’est référé dans sa décision et sur lesquels il s’est fondé. Je souscris à l’opinion de la majorité que les deux premières conditions sont respectées.

The third requirement is that the balance of convenience favours granting the injunction. This requirement subsumes the question of what irreparable harm the défendant faces. After nine days of trial, there was no evidence before the Alberta Court of Queen's Bench that the injunction would cause any "inconvenience" or "irreparable harm". Nor has the Attorney General in this application referred this Court to any evidence showing what harm would result from the injunction. Instead, the Attorney General states as a conclusion that suspending the spending limits would result in unfairness, and so the legislation must be applied "in the interests of fairness for all".

The Attorney General admitted that there was a violation of s. 2(b), and offered not a scintilla of evidence showing that the injunction would cause some harm. In this light, the trial judge concluded that the balance of convenience favoured injunctive relief. Given the restriction upon a cherished constitutional freedom and the absence of anything tilting the other way, Cairns J. was entitled to reach this conclusion.

I acknowledge that in the majority of cases, it may be acceptable to assume that there is irreparable harm to the public interest when an injunction stops an authority from protecting the public good: *RJR — MacDonald, supra*, at p. 346. But that is an assumption only (as Sopinka and Cory JJ. suggest at p. 349), and it can be overcome when an applicant demonstrates that the injunction itself serves the public interest. In this case, the injunction furthers the *Charter's* guarantee of freedom of expression, and Mr. Harper has displaced the assumption that the government suffers a greater harm than he does.

I find that the suggestion of "irreparable harm" to the government or the public interest is strained

Conformément à la troisième condition, la prépondérance des inconvénients doit militer en faveur de la délivrance de l'injonction. Cette condition subsume la question de l'identification du préjudice irréparable auquel serait exposé le défendeur. Au terme de neuf jours de procès, il n'avait été présenté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta aucune preuve que l'injonction causerait quelque «inconvenient» ou «préjudice irréparable». Le procureur général n'a pas non plus, dans le cadre de la présente requête, soumis à notre Cour quelque élément de preuve indiquant quel préjudice résulterait de la délivrance de l'injonction. Le procureur général affirme plutôt, dans ses conclusions, que le fait de suspendre l'application du plafonnement des dépenses serait source d'iniquité et que, par conséquent, les dispositions législatives en litige doivent être appliquées [TRADUCTION] «dans un souci d'équité générale».

Le procureur général a reconnu qu'il y avait atteinte à l'al. 2b), et il n'a pas offert la moindre preuve que l'injonction causerait quel préjudice que ce soit. En conséquence, le juge du procès a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de la délivrance de l'injonction demandée. Compte tenu de la restriction apportée à une précieuse liberté constitutionnelle et de l'absence de tout élément faisant pencher la balance dans l'autre sens, le juge Cairns était fondé à tirer cette conclusion.

Je reconnais que, dans la majorité des cas, il pourrait être acceptable de supposer qu'un préjudice irréparable est causé à l'intérêt public lorsqu'une injonction empêche une autorité de protéger le bien général: *RJR — MacDonald*, précité, à la p. 346. Toutefois, il ne s'agit que d'une hypothèse (comme le suggèrent les juges Sopinka et Cory à la p. 349), qui peut être réfutée si le demandeur démontre que l'injonction elle-même sert l'intérêt public. En l'espèce, l'injonction a pour effet de renforcer la liberté d'expression garantie par la *Charte*, et M. Harper a réfuté l'hypothèse que le gouvernement subit un préjudice plus grand que le sien.

J'estime que la thèse qu'un «préjudice irréparable» serait causé au gouvernement ou à l'intérêt

22

23

24

25

and unpersuasive. To date, Canadian federal elections have not been governed by limits on third-party spending. It is difficult to see how the consequences of undergoing one more election without these limits would somehow cause “irreparable harm” to our democratic institutions, particularly since no such harm occurred in past elections. In my view, the public interest favours granting, rather than refusing, the injunction. Dean Cassels is right to suggest that the “public interest” does not belong exclusively to the Attorney General, and I agree with his rejection of the “assumption that only one party speaks for the public interest” (J. Cassels, “An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy”, in J. Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 271, at pp. 303-5). The question is: will the injunction serve the public good by protecting constitutional rights? Given the need to protect free speech, particularly during an election, it seems reasonable to require the Attorney General to provide something more than a *pro forma* statement about unfairness. In the absence of anything beyond speculation, and in the face of a serious denial of *Charter*-protected freedoms, the balance of convenience clearly favours the injunction. I would add that while the Attorney General argues that the public interest is served by seeing the legislation enforced, that argument is countered by the compelling public interest in seeing fundamental *Charter*-protected freedoms upheld: J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2000), at p. 51.

public est exagérée et peu convaincante. Jusqu’à maintenant, les dépenses engagées par des tiers dans le cadre des élections fédérales au Canada n’étaient assujetties à aucun plafond. Il est difficile d’imaginer comment les conséquences de la tenue d’une autre élection sans plafonnement des dépenses pourraient causer un «préjudice irréparable» à nos institutions démocratiques, compte tenu particulièrement du fait qu’aucun préjudice de ce type n’a été causé à l’occasion des élections antérieures. À mon avis, l’intérêt public milite en faveur non pas du refus de l’injonction mais plutôt de sa délivrance. Le doyen Cassels a raison d’affirmer que l’«intérêt public» n’est pas l’apanage du procureur général, et tout comme lui je rejette [TRADUCTION] «[l’]idée qu’une seule des parties défend l’intérêt public» (J. Cassels, «An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy», dans J. Berryman, dir., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 271, aux pp. 303 à 305). La question est la suivante: Est-ce que l’injonction sert le bien général en protégeant des droits constitutionnels? Étant donné le besoin de protéger la liberté d’expression, particulièrement durant une élection, il semble raisonnable d’obliger le procureur général à ne pas se limiter à une simple déclaration *pro forma* sur la question de l’iniquité. Vu l’absence d’autre chose qu’une conjecture et vu l’existence d’une privation grave de certaines libertés protégées par la *Charte*, la prépondérance des inconvénients milite en faveur de la délivrance de l’injonction. J’ajouterais que l’argument du procureur général selon lequel l’application des dispositions législatives en cause sert l’intérêt public est contré par l’argument selon lequel le maintien des libertés fondamentales protégées par la Charte répond à un intérêt public impérieux: J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2000), à la p. 51.

26

“Because the granting of an interlocutory injunction is a discretionary matter appellate courts have limited the role of review”: Berryman, *The Law of Equitable Remedies*, *supra*, at p. 37. This Court endorsed the deferential approach in *Metropolitan Stores*, *supra*, at pp. 154-56. The standard is high; the reviewing court “must not interfere with [the trial judge’s exercise of discretion] merely on the ground that the members of the

Selon Berryman, [TRADUCTION] «[é]tant donné que la délivrance d’une injonction interlocutoire découle de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, les cours d’appel ont limité le rôle de la révision en la matière»: *The Law of Equitable Remedies*, *op. cit.*, à la p. 37. Notre Cour a souscrit à cette attitude de déférence dans l’arrêt *Metropolitan Stores*, précité, aux pp. 154 à 156. La norme à suivre est élevée; la cour de révision [TRADUCTION] «ne doit

appellate court would have exercised the discretion differently”: *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042 (H.L.), *per* Lord Diplock, at p. 1046. To interfere, there must be a clear mistake on the law or the evidence, or some other glaring error. There is no such mistake here.

Cairns J. is entitled to appellate deference. He was, in fact, unusually well-placed to grant the injunction. The typical judge faced with this sort of injunction would not have the benefit of having presided over the trial on the merits of the constitutional challenge.

It is true, as the majority suggests, that in all but exceptional cases, the effect of democratically enacted legislation should not be suspended before a finding of unconstitutionality or invalidity: *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.), *aff’d* [1984] 2 S.C.R. 124. But this case falls in the narrow category of exceptions. I reach that conclusion for three reasons.

First, there is the timing of the challenge. The new *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, was given royal assent on May 31, 2000. The plaintiff’s statement of claim was issued within seven days. The legislation would ordinarily have come into force after the November 27 general election, but it was activated, so to speak, by publication of notice in the *Canada Gazette* on September 1, 2000. The Attorney General of Canada introduced this legislation in a manner that virtually sealed it from meaningful constitutional scrutiny before the election. These circumstances demand scrutiny. The prospect arises that governments could pass unconstitutional laws immediately prior to an election and leave affected citizens with no remedy. The state could effectively place its election legislation beyond constitutional scrutiny by virtue of when that legislation is enacted. I note that the situation here is unlike that in *Gould*, *supra*, where the

pas modifier [la décision prise par le juge du procès dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire] simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment»: *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All. E.R. 1042 (H.L.), lord Diplock, à la p. 1046. Pour que la cour soit fondée à intervenir, il doit exister soit une erreur évidente touchant le droit ou la preuve, soit quelque autre erreur flagrante. Il n’y a aucune erreur de la sorte en l’espèce.

Il convient de déférer à la décision du juge Cairns en l’espèce. En fait, ce dernier était exceptionnellement bien placé pour accorder l’injonction. Ordinairement, le juge saisi d’une telle demande d’injonction n’a pas eu l’avantage de présider le procès et d’entendre au fond le litige constitutionnel.

Comme l’affirme la majorité, il est vrai que, sauf cas exceptionnels, l’effet de mesures législatives démocratiquement édictées ne devrait pas être suspendu tant que celles-ci n’ont pas été déclarées inconstitutionnelles ou invalides: *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), *conf. par* [1984] 2 R.C.S. 124. Toutefois, la présente affaire fait partie de ces rares exceptions. J’arrive à cette conclusion pour trois raisons.

La première est le moment où survient le litige. La nouvelle *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, a reçu la sanction royale le 31 mai 2000. La déclaration du demandeur a été produite dans les sept jours qui ont suivi. Normalement, cette loi serait entrée en vigueur après l’élection générale du 27 novembre, mais elle a, si l’on peut dire, été activée par la publication d’un avis à cet effet dans la *Gazette du Canada* le 1^{er} septembre 2000. Le procureur général du Canada a introduit cette loi d’une manière qui l’a virtuellement soustraite à tout examen utile de sa constitutionnalité avant l’élection. Ces circonstances doivent être examinées attentivement. La présente situation fait ressortir la possibilité qu’un gouvernement promulgue des lois inconstitutionnelles tout juste avant une élection, laissant ainsi les citoyens touchés sans recours. L’État pourrait effectivement soustraire sa législation électorale au contrôle de sa

27

28

29

impugned provision had been in force for years but was challenged only on the eve of an election.

30 Another compelling factor is that the judge who handled the application for an interlocutory injunction knew the case; he had recently presided over a two-week trial in which the constitutionality of the legislation was debated in great detail. That fact distinguishes this case from *Gould, supra*, where the judge who granted the injunction had not heard arguments on the constitutionality of the provisions governing prisoners' voting rights. The fact that the same judge heard both the trial and the application for an injunction here argues in favour of considerable deference to his decision.

31 Finally, there is the nature of the constitutional challenge at issue. The speech that is limited here is political expression. It is the epitome of speech that furthers the aspirations of a democratic society. That expression would be limited at its most important moment, during an election, while the Attorney General offers no evidence that the injunction would cause harm.

32 The majority, at para. 7, accepts the Attorney General's submission that an injunction "effectively grants [Mr. Harper] the final relief that he seeks in the trial still under way". I do not, because the "final" question is the constitutionality of the legislation, and that question cannot be answered in these interlocutory proceedings. In any event, it could equally be said that staying the injunction gives the government the final relief it is most concerned about. That argument cuts both ways and does not get us far.

33 This Court, as Professor Roach points out in *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf

constitutionnalité par l'effet du moment de son édiction. Je souligne qu'en l'espèce la situation n'est pas la même que dans l'affaire *Gould*, précitée, où la disposition litigieuse était en vigueur depuis plusieurs années et n'avait été contestée qu'à la veille de l'élection.

Un autre facteur déterminant est le fait que le juge qui a entendu la demande d'injonction interlocutoire connaissait le dossier; en effet, il venait de présider pendant deux semaines un procès au cours duquel la constitutionnalité de la loi en cause avait été abondamment débattue. Ce fait différencie le présent cas de l'affaire *Gould*, précitée, où le juge qui a accordé l'injonction n'avait pas entendu d'argumentation sur la constitutionnalité des dispositions régissant le droit de vote des prisonniers. Le fait que, en l'espèce, le même juge ait présidé le procès et entendu la demande d'injonction invite à une grande déférence à l'égard de sa décision.

Enfin, il y a la nature du litige constitutionnel en cause. La forme de discours qui est restreinte en l'espèce est l'expression politique. Il s'agit du type même de discours qui fait progresser les aspirations d'une société démocratique. Cette forme d'expression serait restreinte au moment le plus important, durant une élection, malgré le fait que le procureur général n'a présenté aucune preuve que l'injonction causerait un préjudice.

Au paragraphe 7, la majorité accepte l'argument du procureur général selon lequel la délivrance d'une injonction [TRADUCTION] «accorde dans les faits [à M. Harper] la réparation ultime qu'il sollicite dans l'instance». Je ne saurais retenir cet argument, car la question «ultime» est celle de la constitutionnalité des dispositions législatives, question qui ne peut être tranchée dans le cadre des présentes procédures interlocutoires. Quoi qu'il en soit, il est également possible d'affirmer que la suspension de l'effet de l'injonction accorde au gouvernement la réparation ultime qui le préoccupe. Cet argument peut donc être invoqué dans un sens comme dans l'autre et ne nous avance pas beaucoup.

Comme le souligne le professeur Roach dans *Constitutional Remedies in Canada* (éd. feuilles

ed.), at p. 7-7, has “clearly rejected reliance on a presumption that legislation is constitutional in deciding interlocutory applications”. In *Metropolitan Stores*, *supra*, at p. 124, Beetz J. held that “the presumption of constitutional validity . . . is not compatible with the innovative and evolutive character of [the *Charter*]”. It could be said that the majority improperly veers toward an automatic presumption of constitutionality.

In *RJR — MacDonald*, at pp. 333-34, Sopinka and Cory JJ. considered the factors that must govern the balancing process:

On one hand, courts must be sensitive to and cautious of making rulings which deprive legislation enacted by elected officials of its effect.

On the other hand, the *Charter* charges the courts with the responsibility of safeguarding fundamental rights. For the courts to insist rigidly that all legislation be enforced to the letter until the moment that it is struck down as unconstitutional might in some instances be to condone the most blatant violation of *Charter* rights. Such a practice would undermine the spirit and purpose of the *Charter* and might encourage a government to prolong unduly final resolution of the dispute.

I find those words apt. I would deny the application for a stay.

Motion granted, MAJOR J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

mobiles), à la p. 7-7, notre Cour a [TRADUCTION] «clairement rejeté le recours à une présomption de constitutionnalité du texte de loi contesté pour statuer sur les demandes interlocutoires». Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, précité, à la p. 124, le juge Beetz a estimé que «la présomption de constitutionnalité [. . .] est incompatible avec le caractère innovateur et évolutif de [la *Charte*]». On pourrait affirmer que la majorité s'oriente à tort vers l'application automatique d'une présomption de constitutionnalité.

Dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, aux pp. 333 et 334, les juges Sopinka et Cory ont examiné les facteurs qui doivent régir le processus de pondération:

D'une part, les tribunaux doivent être prudents et attentifs quand on leur demande de prendre des décisions qui privent de son effet une loi adoptée par des représentants élus.

D'autre part, la *Charte* impose aux tribunaux la responsabilité de sauvegarder les droits fondamentaux. Si les tribunaux exigeaient strictement que toutes les lois soient observées à la lettre jusqu'à ce qu'elles soient déclarées inopérantes pour motif d'inconstitutionnalité, ils se trouveraient dans certains cas à fermer les yeux sur les violations les plus flagrantes des droits garantis par la *Charte*. Une telle pratique contredirait l'esprit et l'objet de la *Charte* et pourrait encourager un gouvernement à prolonger indéfiniment le règlement final des différends.

J'estime que ces propos sont pertinents. Je rejetterais la demande de sursis.

Requête accordée, le juge MAJOR est dissident.

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

Procureurs de l'intimé: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

Warren Laverne Knoblauch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Alberta Mental Health Board *Intervener*

INDEXED AS: R. v. KNOBLAUCH

Neutral citation: 2000 SCC 58.

File No.: 27238.

2000: April 17; 2000: November 16.

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

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to unlawful possession of an explosive substance and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and receiving conditional sentence plus probation — Conditions of sentence and probation order requiring accused to reside in a psychiatric treatment unit — Whether conditional sentence could be imposed on facts of this case — Whether court can require that a conditional sentence be served in a secure mental health institution — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

The accused has a lengthy history of mental illness and of dangerous handling of explosives. He also has a long history of treatment, and received out-patient psychiatric treatment as a requirement of a probation order in force against him between 1993 and 1996 because of an incident where he had taken a firearm to work with the intent of shooting a co-worker, for which he received a conditional discharge, three years' probation, and a 10-year firearms prohibition. In 1998 the accused pleaded guilty to unlawful possession of an explosive substance and to possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to ss. 100(12) and 87 of the *Criminal Code*. The police had found in

Warren Laverne Knoblauch *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Alberta Mental Health Board *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: R. c. KNOBLAUCH

Référence neutre: 2000 CSC 58.

N° du greffe: 27238.

2000: 17 avril; 2000: 16 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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines d'emprisonnement avec sursis — Plaidoyer de culpabilité de l'accusé à des infractions de possession d'une substance explosive et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — Condamnation de l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis suivie d'une période de probation — Conditions de la peine et de l'ordonnance de probation intimant à l'accusé de demeurer dans un service de soins psychiatriques — L'emprisonnement avec sursis pouvait-il être infligé eu égard aux faits de l'espèce? — Le tribunal qui prononce une peine d'emprisonnement avec sursis peut-il exiger qu'elle soit purgée dans un établissement psychiatrique sécuritaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

L'accusé a une longue histoire de maladie mentale et de manipulation dangereuse d'explosifs. L'accusé possède également une longue histoire en matière de traitements et il a reçu des traitements psychiatriques en clinique externe conformément à l'ordonnance de probation à laquelle il était assujéti de 1993 à 1996 pour avoir apporté une arme à feu au travail dans l'intention de faire feu sur un collègue, infraction pour laquelle il avait reçu une absolution conditionnelle assortie d'une ordonnance de probation de trois ans et de l'interdiction d'avoir en sa possession une arme à feu pendant une période de 10 ans. En 1998, l'accusé a plaidé coupable à l'infraction d'avoir eu en sa possession une substance

the accused's vehicle and in his apartment an arsenal capable of causing mass destruction to property, death and serious injury to persons in the area. At the sentencing hearing the defence called two forensic psychiatrists in support of its request that a conditional sentence be imposed, under the terms of which the accused would reside in a secure mental health institution, under the care and supervision of psychiatrists. After hearing the submissions of the parties, the trial judge imposed a conditional sentence of two years less a day followed by three years of probation. Both the sentence and the probation order required the accused to reside in a locked psychiatric treatment unit at the hospital where he was receiving treatment, until a consensus of psychiatric professionals made a decision to transfer him from that locked unit. It was further stipulated that if he were transferred from the locked unit, the accused was to reside at such treatment facility as directed by his attending physician or her successor or designate. The Court of Appeal set aside the conditional sentence and substituted a period of incarceration of two years less a day, to be followed by a three-year period of probation on substantially the same terms as those imposed by the trial judge.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The sentence imposed by the trial judge should be restored. The trial judge was entitled to conclude that "serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing", in accordance with s. 742.1(b) of the *Criminal Code*. That provision does not exclude "dangerous offenders" from access to conditional sentences. Rather the focus of the analysis at this point should be on the risk posed by the individual offender while serving his sentence in the community. The danger to the community is evaluated by reference to: (1) the risk of re-offence; and (2) the gravity of the damage in the event of re-offence. In the present case the gravity of the damage in the event of re-offence could be extreme. Although the accused did not set off any explo-

explosive et à celle d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrevenant ainsi au par. 100(12) et à l'art. 87 du *Code criminel*. Les policiers ont trouvé dans le véhicule et l'appartement de l'accusé un arsenal capable d'entraîner des dommages matériels considérables et de tuer ou blesser gravement les personnes qui se trouveraient dans le secteur. Au cours de l'audience de détermination de la peine, la défense a fait témoigner deux psychiatres légistes au soutien de sa demande d'octroi du sursis à l'emprisonnement, sursis qui serait assorti de la condition que l'accusé réside dans un établissement psychiatrique sécuritaire sous les soins et la surveillance de psychiatres. Après avoir entendu les observations des parties, le juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour suivie de trois ans de probation. Conformément aux conditions assortissant tant la peine que l'ordonnance de probation, l'accusé était tenu de demeurer dans l'unité de soins psychiatriques de l'hôpital où il était déjà traité, jusqu'à ce que des psychiatres décident, par consensus, de le transférer hors de cette unité sécuritaire. La condition précisait en outre qu'en cas de transfèrement hors de l'unité sécuritaire, l'accusé devait résider au centre de soins prescrit soit par son médecin traitant, soit par la personne qu'elle aurait désignée ou qui lui aurait succédé. La Cour d'appel a annulé la peine d'emprisonnement avec sursis et lui a substitué une période d'incarcération de deux ans moins un jour, suivie d'une période de probation de trois ans assortie essentiellement des mêmes conditions que celles imposées par le juge du procès.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Arbour et LeBel: La peine infligée par le juge du procès doit être rétablie. Le juge du procès était autorisé à conclure que «le fait [pour l'accusé] de purger la peine au sein de la collectivité ne met[tait] pas en danger la sécurité de celle-ci et [était] conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2», conformément au deuxième critère de l'art. 742.1 du *Code criminel*. Cette disposition n'exclut pas les «délinquants dangereux» du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Au contraire, à ce stade de l'analyse, il faut clairement s'attacher à l'examen du risque que poserait le délinquant en cause s'il purgeait sa peine au sein de la collectivité. Le danger pour la collectivité est ensuite apprécié par référence: (1) au risque de récidive et (2) à la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. En l'espèce, la gravité du préju-

sive substance, he was in possession, in extremely dangerous circumstances, of substances that could easily ignite and even accidentally explode, thereby causing extremely serious personal injury and death. If the conditions imposed by the trial judge are taken into account, however, the risk that the accused would re-offend while serving his conditional sentence is reduced to a point that it is no greater than the risk that he would re-offend while incarcerated in a penal institution. The sentence fashioned by the trial judge provided that the accused would be in a locked, secure psychiatric facility, in the care and custody of forensic psychiatrists who were well aware of his history, and who by no means minimized his dangerousness. They would have been vested with the authority to determine the pace and method of his gradual release and reintegration into society, ultimately through the probation order. In contrast, the accused's incarceration in a penal institution, subject as it is to the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act*, could require his earlier release, or, in any event, would most likely leave him considerably less well prepared for facing his renewed liberty. Assuming that the conditions imposed by the trial judge were available to him as a matter of law, it was open to him to conclude that the condition precedent expressed in s. 742.1(b) was met.

The order that the accused serve his conditional sentence in a secure residential setting, not only with his consent but at his request, is not precluded under ss. 742.1 and 742.3 of the *Code*. Conditional sentences were designed by Parliament as a desirable alternative to incarceration. A distinction must be made between incarceration or imprisonment in either prisons or penitentiaries and other custodial or residential arrangements which may form an acceptable alternative to incarceration. The conditions that may be attached to a conditional sentence under the *Code* are not exhaustively enumerated and call for a large measure of discretion. Assuming that the conditions precedent to the imposition of a conditional sentence are met, nothing in s. 742.3 precludes resorting to community-based facilities, even residential ones, simply because they have a custodial aspect, as long as they can be seen as a genuine alternative to incarceration. The alternative to incarceration that Parliament contemplates is the alternative not to a particular place or building, but to a regime of

dice susceptible de découler d'une récidive pourrait être extrême. Même si l'accusé n'a pas fait détoner de substances explosives, il avait en sa possession, dans des circonstances extrêmement dangereuses, des substances qui auraient facilement pu s'enflammer et exploser accidentellement, entraînant des blessures très graves et la mort. Cependant, si l'on tient compte des conditions envisagées par le juge du procès dans l'évaluation du risque que l'accusé récidive pendant qu'il purge sa peine d'emprisonnement avec sursis, ce risque est réduit au point où il n'est pas supérieur au risque que l'accusé récidive s'il était incarcéré dans un établissement pénitentiaire. Conformément à la peine déterminée par le juge du procès, l'accusé devait être interné dans un établissement psychiatrique sécuritaire, sous les soins et la garde de psychiatres légistes qui étaient bien au fait de son passé et qui ne minimisaient nullement sa dangerosité. Ces personnes auraient été investies du pouvoir de déterminer à quel rythme et par quelle méthode l'accusé serait progressivement remis en liberté et réinséré dans la société, en bout de ligne en vertu de l'ordonnance de probation. Par contraste, si l'accusé était incarcéré dans un établissement pénitentiaire, comme une telle mesure est assujettie aux dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, elle pourrait entraîner sa libération anticipée ou, à tout événement, elle le préparerait vraisemblablement beaucoup moins bien à retrouver sa liberté. À supposer que les conditions fixées par le juge du procès soient autorisées en droit, j'estime qu'il lui était permis de conclure que la condition préalable relative à la sécurité du public prévue par l'art. 742.1 était respectée.

Les articles 742.1 et 742.3 du *Code* ne font pas obstacle au prononcé de l'ordonnance intimant à l'accusé de purger sa peine d'emprisonnement avec sursis en résidence dans un établissement sécuritaire, mesure à laquelle il a non seulement consenti mais qu'il a lui-même demandée. L'emprisonnement avec sursis a été conçu par le législateur comme une mesure de rechange souhaitable à l'incarcération. Il faut différencier l'incarcération ou l'emprisonnement dans une prison ou un pénitencier, et les autres mesures d'envoi en détention ou en résidence qui peuvent constituer une solution de rechange acceptable à l'incarcération. Les conditions dont peuvent être assorties les ordonnances de sursis à l'emprisonnement en vertu du *Code* ne sont pas énumérées de manière exhaustive et commandent l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire. À supposer que les conditions préalables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement soient réunies, l'art. 742.3 n'a pas pour effet d'empêcher le recours aux placements dans des établissements communautaires, même en résidence, du seul fait

detention, program and release governed by legislation such as the *Corrections and Conditional Release Act*. In the case of a conditional sentence, a regime uniquely suited to the offender is put in place by the terms of the order under which the conditional sentence is imposed. It is tailored to take into account the needs of the offender and those of the community into which he will need to be reintegrated. This includes taking full advantage of all community-based services, including residential programs, and including residential programs that may have a compulsory residential element, as long as the programs serve the ends expressed in s. 718 of the *Code*. The sentence imposed by the trial judge in this case was legal and fit and was the one that best served the objectives of sentencing expressed in s. 718 of the *Code*. Moreover, it was the sentence that best ensured that the dangerousness of the accused would be curtailed for the longest period of time, with both short-term and long-term benefits to the community at large.

Per Iacobucci J. (dissenting): There is agreement with the majority's view that, generally speaking, a conditional sentencing order can be made under the *Criminal Code* requiring an offender to undergo treatment in a closed psychiatric facility, provided that such an order is reasonable in the circumstances, and consistent with the purpose and principles of sentencing. In such a situation, the discretion afforded to sentencing judges under s. 742.3(2)(f) of the *Code* is wide enough to include sentences that require psychiatric care in a hospital setting. As found by the minority, however, a conditional sentence was not an appropriate order in this case since the accused did not satisfy the test for dangerousness set out in *Proulx*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): The Court of Appeal was correct in overturning the conditional sentence in this case. The sentence was inappropriate both because the precondition that the accused not endanger the safety of the community was not satisfied and because the conditional sen-

qu'une telle mesure a un aspect de détention, tant que ces placements peuvent être considérés comme de véritables solutions de rechange à l'incarcération. La solution de rechange à l'incarcération qu'envisage le législateur est censée remplacer non pas un lieu ou un bâtiment en particulier, mais plutôt un régime de détention, de programmes et de mise en liberté régi par des mesures législatives telle la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Dans le cas d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis, un régime spécialement adapté au délinquant est établi par les modalités de l'ordonnance octroyant le sursis. Il est conçu de façon à prendre en compte les besoins du délinquant et ceux de la collectivité au sein de laquelle ce dernier devra être réinséré. Cela veut dire entre autres tirer pleinement parti des services offerts dans la collectivité, y compris des programmes de résidence, notamment ceux comportant un aspect obligatoire, dans la mesure où ces programmes servent les fins énoncées à l'art. 718 du *Code*. La peine infligée par le juge du procès était juste et conforme au droit et était celle qui servait le mieux les objectifs de détermination de la peine énoncés à l'art. 718 du *Code*. De plus, il s'agissait de la peine qui offrait la meilleure garantie que la dangerosité de l'accusé serait limitée pendant la plus longue période, situation qui, tant à court terme qu'à long terme, présente des avantages pour l'ensemble de la collectivité.

Le juge Iacobucci (dissident): Il y a accord avec l'opinion de la majorité que, en règle générale, il est possible de rendre, en vertu du *Code criminel*, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement intimant au délinquant de suivre des traitements dans un établissement psychiatrique sécuritaire, pourvu que cette ordonnance soit raisonnable dans les circonstances et conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Dans un tel cas, le juge chargé de déterminer la peine dispose, aux termes de l'al. 742.3(2)f) du *Code*, d'un pouvoir discrétionnaire suffisamment large pour pouvoir assortir la peine de l'obligation de recevoir des soins psychiatriques en milieu hospitalier. Cependant, comme l'ont conclu les juges minoritaires, l'emprisonnement avec sursis n'était pas une peine appropriée en l'espèce car l'accusé n'a pas satisfait au critère de la dangerosité énoncé dans l'arrêt *Proulx*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents): La Cour d'appel a eu raison d'écarter l'emprisonnement avec sursis prononcé en l'espèce. Cette peine était inappropriée, d'une part parce que la condition préalable que l'accusé ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité n'était pas respectée et, d'autre

tencing regime does not contemplate serving a sentence in a locked psychiatric unit of a hospital.

In assessing whether the accused is a danger to the community, the court must consider the following two factors: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. In assessing the risk of re-offence in this case, the accused's history of weapons offences must be considered. The record demonstrates that the accused was already subject to a prohibition from possessing firearms, ammunition and explosives at the time that he committed the offences in question. Nevertheless, by the time the accused was apprehended, he had amassed a large arsenal of highly volatile explosives capable of injuring many people and leading to substantial property damage. The medical evidence also establishes that the accused has been engaged in dangerous activity in the past even while undergoing treatment. Unfortunately, whether the accused is sentenced to a prison term or treated at a psychiatric hospital, he will likely remain a danger even when his sentence is complete. While the accused would be subject to supervision during the term of his conditional sentence, the evidence points to a risk of re-offending despite such supervision and the availability of programs. Moreover, the sentence order did not ensure that the accused remained under maximum security at the hospital throughout the entire period of his sentence. The accused was to reside in a locked psychiatric treatment unit of the hospital until a consensus was reached among psychiatrists that he could be transferred into other treatment facilities. Since no evidence was tendered regarding the level of security at those other facilities, there is no way of ensuring that there would not be a risk of re-offence once the accused was released. Further, even if it were accepted that the risk of re-offence is only minimal, the gravity of the potential harm that would ensue if the accused were to re-offend precludes a conditional sentence in and of itself.

While persons in psychiatric hospitals continue to be members of the community, "community" in s. 742.1 of the *Code* must be interpreted as also including the general public. The community with which a sentencing judge must be concerned consists of all persons who could be at risk of being harmed by the offender. If there

part, parce que le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement n'envisage pas l'exécution de la peine dans un service psychiatrique sécuritaire au sein d'un hôpital.

Pour déterminer si le délinquant met en danger la sécurité de la collectivité, le tribunal doit tenir compte des deux facteurs suivants: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Dans l'appréciation du risque de récidive en l'espèce, il faut examiner les antécédents de l'accusé en matière d'infractions relatives aux armes. Le dossier révèle que l'accusé était déjà sous le coup d'une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions et des explosifs lorsqu'il a perpétré les infractions en question. Néanmoins, lors de son arrestation, l'accusé avait amassé un arsenal considérable de substances explosives hautement volatiles, assez puissantes pour blesser un grand nombre de personnes et causer d'importants dommages matériels. La preuve médicale montre également que l'accusé s'est adonné à des activités dangereuses dans le passé, même pendant qu'il suivait des traitements. Malheureusement, que l'accusé soit condamné à l'emprisonnement ou traité dans un hôpital psychiatrique, il continuera vraisemblablement de constituer un danger, même lorsqu'il aura fini de purger sa peine. Bien que l'accusé soit sous surveillance pendant la durée de sa peine d'emprisonnement avec sursis, la preuve tend à indiquer l'existence d'un risque de récidive malgré cette surveillance et la disponibilité de programmes. De plus, l'ordonnance constatant la sentence ne garantissait pas que l'accusé serait gardé sous des conditions de sécurité maximale à l'hôpital pendant toute la durée de sa peine. L'accusé devait demeurer dans le service de traitement psychiatrique sécuritaire de l'hôpital jusqu'à ce que des psychiatres décident, par consensus, qu'il pouvait être transféré de ce service sécuritaire à d'autres centres de soins. Comme aucun élément de preuve n'a été présenté quant au niveau de sécurité des autres centres de soins, il n'y a donc aucun moyen de s'assurer qu'il n'y aura pas de risque de récidive lorsque l'accusé sera libéré. En outre, même si le risque de récidive est minime, la gravité du préjudice susceptible de résulter d'une récidive pourrait à elle seule écarter l'octroi du sursis à l'emprisonnement.

Bien que les personnes qui se trouvent dans des hôpitaux psychiatriques continuent d'être des membres de la collectivité, le mot «collectivité» à l'art. 742.1 du *Code* doit être considéré comme visant aussi le public en général. La collectivité dont doit se soucier le juge chargé de déterminer la peine est formée de toutes les

is a danger to any person by the offender serving the sentence in the community, whether that person be a resident of the psychiatric hospital or in the public at large, then a conditional sentence should not be imposed.

Even if it were to be concluded that the accused does not represent a danger to the community, the conditional sentencing regime does not contemplate serving a sentence in a locked psychiatric unit as a condition of the sentence. A conditional sentence which confines an offender to a psychiatric institution is distinct from a treatment order envisioned in s. 742.3(2)(e). Nor can s. 742.3(2)(f), under which the court may impose “such other reasonable conditions as the court considers desirable”, be used to confine an individual to a psychiatric hospital. While the conditional sentence may incorporate some restrictive conditions such as house arrest and curfews with non-custodial measures, offenders serving a conditional sentence are not confined to an institution but are meant to continue working, attending school, and participating in treatment programs. This Court’s decision in *Proulx* makes it evident that conditional sentences are meant as an alternative to incarceration and not as a sentence to any type of locked institution subsequent to which the offender would have to be reintegrated into the community. This view of the philosophy behind the conditional sentencing regime is buttressed by the recent appellate decisions which hold that “blended” sentences, where the first part of the sentence is served in custody and the latter part is a conditional sentence under supervision in the community, are illegal and contrary to the underlying purpose of the conditional sentencing regime. A review of the legislative history of the conditional sentencing provisions also suggests that Parliament intended that conditional sentences be non-institutional in nature and that supervision in the community was not meant to be equivalent to confinement in an institution. The usual methods of confining a person to a hospital in the criminal context are as a condition of parole, or through a ruling that the person is not criminally responsible on account of mental disorder. Unlike a person held not criminally responsible on account of mental disorder, a person with a mental disability who is being sentenced is criminally responsible for his or her actions. The principle of “proportionality”, codified in s. 718.1 of the *Code*, dictates that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Here the

personnes qui courent le risque de subir un préjudice aux mains du délinquant. Si le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité met quiconque en danger — qu’il s’agisse d’un résident de l’hôpital psychiatrique ou d’un membre du public en général —, le sursis à l’emprisonnement ne devrait pas être octroyé.

Même si l’on jugeait que l’accusé ne représente pas un danger pour la collectivité, il n’est pas possible, dans le cadre du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement, d’envisager, à titre de condition assortissant l’ordonnance de sursis, d’obliger le délinquant à purger sa peine dans une aile psychiatrique sécuritaire. Une ordonnance de sursis confinant un délinquant dans un établissement psychiatrique diffère de l’ordonnance de traitement envisagée à l’al. 742.3(2)e). On ne peut non plus invoquer l’al. 742.3(2)f) — qui autorise le tribunal à intimer au délinquant «d’observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables» — pour confiner un individu dans un hôpital psychiatrique. Quoique la condamnation à l’emprisonnement avec sursis puisse comporter certaines restrictions à la liberté de déplacement, comme la détention à domicile ou les couvre-feux, et certaines mesures substitutives à l’incarcération, les délinquants qui purgent une peine d’emprisonnement avec sursis ne sont pas confinés dans un établissement, mais sont censés continuer à travailler, à aller à l’école et à participer à des programmes de traitement. L’arrêt *Proulx* de notre Cour indique clairement que l’emprisonnement avec sursis ne veut une mesure de rechange à l’incarcération et non une peine d’internement dans un quelconque type d’établissement sécuritaire, peine au terme de laquelle le délinquant devrait être réinséré au sein de la collectivité. Cette interprétation de la philosophie sur laquelle repose le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement est étayée par de récentes décisions de tribunaux d’appel dans lesquelles on a jugé que les peines «hybrides» — dont la première partie est une peine d’incarcération et la seconde une peine d’emprisonnement avec sursis purgée sous surveillance au sein de la collectivité — sont illégales et contraires à l’objet fondamental du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement. L’examen de l’historique législatif des dispositions relatives au sursis à l’emprisonnement tend également à indiquer, d’une part, que le législateur voulait que les peines d’emprisonnement avec sursis ne soient pas purgées en établissement, et, d’autre part, que la surveillance dans la collectivité n’est pas censée équivaloir au confinement à un établissement. Les méthodes usuelles par lesquelles une personne peut, en contexte criminel, être confinée dans un hôpital sont soit l’application d’une condition

accused possessed a culpable state of mind, and his sentence should reflect this.

Cases Cited

By Arbour J.

Considered: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Degan* (1985), 20 C.C.C. (3d) 293.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Maheu* (1997), 116 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397; *R. v. Hirtle* (1999), 136 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Wey* (1999), 142 C.C.C. (3d) 556; *R. v. Monkman* (1998), 132 C.C.C. (3d) 89; *R. v. Maynard*, [1999] M.J. No. 8 (QL); *R. v. Kopf* (1997), 6 C.R. (5th) 305; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Correctional Institution Regulations, Alta. Reg. 138/77, ss. 14-19.
Corrections Act, R.S.A. 1980, c. C-26, s. 9.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) "penitentiary", 17, 30.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 87, 100(12), Part XX.1, 672.54 [ad. 1991, c. 43, s. 4], Part XXIII [repl. 1995, c. 22,

assortissant sa libération conditionnelle, soit l'exécution d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Contrairement aux personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux, la personne atteinte de troubles mentaux qui est condamnée à une peine est criminellement responsable de ses actes. Le principe de la «proportionnalité», codifié à l'art. 718.1 du *Code*, dicte que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. En l'espèce, l'accusé avait un état d'esprit coupable et cela devrait se refléter dans la peine qui lui est infligée.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêt examiné: *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Degan* (1985), 20 C.C.C. (3d) 293.

Citée par le juge Iacobucci (dissent)

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5.

Citée par le juge Bastarache (dissent)

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410; *R. c. Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397; *R. c. Hirtle* (1999), 136 C.C.C. (3d) 419; *R. c. Wey* (1999), 142 C.C.C. (3d) 556; *R. c. Monkman* (1998), 132 C.C.C. (3d) 89; *R. c. Maynard*, [1999] M.J. No. 8 (QL); *R. c. Kopf* (1997), 6 C.R. (5th) 305; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 87, 100(12), partie XX.1, 672.54 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], partie XXIII [reempl. 1995, ch. 22, art. 6], 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 732.1(3)(h), 742.1 [mod. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3(1), (2), 742.6(9), 747 à 747.8 [non en vigueur], 753.
Correctional Institution Regulations, Alta. Reg. 138/77, art. 14 à 19.
Corrections Act, R.S.A. 1980, ch. C-26, art. 9.

s. 6], 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 732.1(3)(h), 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3(1), (2), 742.6(9), 747 to 747.8 [not in force], 753.

Mental Health Act, S.A. 1988, c. M-13.1.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873.

Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, «collectivité».

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1999), 232 A.R. 289, 195 W.A.C. 289, [1999] A.J. No. 377 (QL), allowing the Crown's appeal from the conditional sentence imposed by Chrumka Prov. Ct. J. Appeal allowed and sentence restored, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Bastarache JJ. dissenting.

Mona T. Duckett, Q.C., for the appellant.

Arnold Schlayer, for the respondent.

Mary A. Marshall, for the intervener.

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

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal lies at the often ambiguous crossroads between the criminal justice and the mental health care systems.

On November 3, 1998, the appellant pleaded guilty to having in his possession an explosive substance while prohibited from doing so, contrary to then s. 100(12) of the *Criminal Code*, R.S.C.,

Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) «pénitencier», 17, 30.

Mental Health Act, S.A. 1988, ch. M-13.1.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, pp. 5871, 5873.

Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, «collectivité».

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1999), 232 A.R. 289, 195 W.A.C. 289, [1999] A.J. No. 377 (QL), qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre la peine d'emprisonnement avec sursis prononcée par le juge Chrumka de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli et peine rétablie, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Bastarache sont dissidents.

Mona T. Duckett, c.r., pour l'appellant.

Arnold Schlayer, pour l'intimée.

Mary A. Marshall, pour l'intervenante.

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

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi se situe au point d'intersection souvent flou du système de justice pénale et du système de soins psychiatriques.

Le 3 novembre 1998, l'appellant a plaidé coupable à l'infraction d'avoir eu en sa possession une substance explosive pendant que cela lui était interdit, contrevenant ainsi au par. 100(12) du

1985, c. C-46. The matter was remanded to December 15, when the accused pleaded guilty to the further offence of having in his possession a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to then s. 87 of the *Criminal Code*. A detailed agreed statement of facts was read into the record, and the matter proceeded to a sentencing hearing in which the defence called two forensic psychiatrists in support of its request that a conditional sentence be imposed, under the terms of which the appellant would reside in a secure mental health institution, under the care and supervision of psychiatrists. After hearing the submissions of the parties, the trial judge imposed a conditional sentence followed by three years of probation. The conditions of both the two-year sentence and the probation order required the appellant to reside in a psychiatric treatment unit at the Alberta Hospital Edmonton.

3

On March 2, 1999, upon appeal by the Crown, the Court of Appeal ((1999), 232 A.R. 289) set aside the conditional sentence and substituted a period of incarceration of two years less a day, to be followed by a three-year period of probation on substantially the same terms as those imposed by the trial judge. On October 21, 1999, the appellant was granted full parole also with similar conditions. He was moved to the Alberta Hospital Edmonton where he is required, as a resident of the Hospital, to attend its rehabilitation program. The appellant currently resides at the Hospital.

4

The issue before us is to determine whether the seven months' hiatus, during which the continued residential psychiatric treatment of the appellant at the Alberta Hospital Edmonton was interrupted, is required by law. The legality of the conditional sentence originally imposed by the trial judge must therefore be examined. That, in turn, rests on two issues. First, whether a conditional sentence could

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, la disposition applicable à l'époque. L'affaire a été ajournée au 15 décembre, date à laquelle l'accusé a plaidé coupable à une autre infraction, soit celle d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à la version de l'art. 87 du *Code criminel* en vigueur à ce moment-là. Un exposé conjoint des faits détaillé a alors été présenté et versé au dossier, puis a suivi une audience de détermination de la peine au cours de laquelle la défense a fait témoigner deux psychiatres légistes au soutien de sa demande d'octroi du sursis à l'emprisonnement, assorti de la condition que l'appelant réside dans un établissement psychiatrique sécuritaire sous les soins et la surveillance de psychiatres. Après avoir entendu les observations des parties, le juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis suivie de trois ans de probation. Conformément aux conditions assortissant tant la peine de deux ans que l'ordonnance de probation, l'appelant était tenu de demeurer dans une unité de soins psychiatriques à l'Alberta Hospital d'Edmonton.

Le 2 mars 1999, à la suite de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel ((1999), 232 A.R. 289) a annulé la peine d'emprisonnement avec sursis et lui a substitué une période d'incarcération de deux ans moins un jour, suivie d'une période de probation de trois ans assortie essentiellement des mêmes conditions que celles imposées par le juge du procès. Le 21 octobre 1999, l'appelant s'est vu octroyer une libération conditionnelle totale, à des conditions similaires. Il a été transféré à l'Alberta Hospital d'Edmonton où il est tenu, en tant que patient hospitalisé, de participer au programme de réinsertion sociale qui y est offert. L'appelant réside présentement à cet hôpital.

La question dont nous sommes saisis est de savoir si le hiatus de sept mois — au cours duquel le traitement psychiatrique continu en établissement que suivait l'appelant à l'Alberta Hospital d'Edmonton a été interrompu — était requis par la loi. La légalité de la peine d'emprisonnement avec sursis infligée initialement par le juge du procès doit par conséquent être examinée. Deux questions

be imposed on the facts of this case, and second, whether the court can require that a conditional sentence be served in a secure mental health institution.

In my view, both questions must be answered in the affirmative. As a result, I would allow the appeal and restore the sentence imposed by the trial judge.

II. Chronology of Events

The accused has a long history of mental illness, as well as a lengthy history of dangerous handling of explosives. The combination of both makes him potentially extremely dangerous to himself and to others. As a matter of fact, the psychiatrists were unanimous that the appellant's criminal conduct was causally linked to his mental disorder. The appellant's illness goes back to his early childhood. He received some psychiatric attention as a child and continued to experience mental distress throughout his adolescence and adult life. Dr. Tweddle, a forensic psychiatrist at the Alberta Hospital Edmonton, testified that the appellant presents an unusual case of longstanding deeply ingrained personality difficulties with features of obsessive compulsiveness and depression. He has fantasies about violent matters. He has had an interest in weapons, and his preoccupation with explosives is related to his wanting to overcome his feelings of being overwhelmed, rejected and belittled. Moreover, he obviously does not just keep these ideas to fantasies, but has operationalized them and as a result was diagnosed by Dr. Tweddle as potentially extremely dangerous. Dr. Tweddle concluded that he would be best treated in a hospital setting, where he can be both medicated and involved in long term psychotherapy, as well as in occupational and social skills training, with a view to enhancing his self-awareness and self-control and laying the groundwork for his eventual reintegration into the community.

se posent: premièrement, celle de savoir si l'emprisonnement avec sursis pouvait être infligé eu égard aux faits de l'espèce et, deuxièmement, si le tribunal qui prononce la peine peut exiger que l'emprisonnement avec sursis soit purgé dans un établissement psychiatrique sécuritaire.

À mon avis, les deux questions doivent recevoir une réponse affirmative. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la peine infligée par le juge du procès.

II. Chronologie des événements

L'accusé a une longue histoire de maladie mentale et de manipulation dangereuse d'explosifs. La combinaison de ces deux éléments fait de lui un individu potentiellement extrêmement dangereux pour lui-même et pour autrui. En fait, les psychiatres étaient unanimement d'avis qu'un lien de causalité existait entre la conduite criminelle de l'appelant et ses troubles mentaux. La maladie dont souffre l'appelant remonte à sa plus tendre enfance. Il a été vu par des psychiatres lorsqu'il était enfant et il a continué à souffrir de détresse psychologique tout au long de son adolescence et de sa vie adulte. Le Dr Tweddle, psychiatre légiste à l'Alberta Hospital d'Edmonton, a témoigné que l'appelant représente un cas inhabituel de troubles de la personnalité profondément enracinés, et présente certaines caractéristiques dépressives et obsessionnelles-compulsives. Il a des fantasmes de violence. Il s'intéresse aux armes et sa préoccupation pour les explosifs est liée à son désir de surmonter son sentiment d'être écrasé, rejeté et diminué. De plus, l'appelant ne garde manifestement pas ces idées au stade du fantasme, mais il les opérationnalise et a en conséquence été diagnostiqué par le Dr Tweddle comme étant un individu potentiellement extrêmement dangereux. Le Dr Tweddle a estimé que la meilleure façon de traiter l'appelant était de l'hospitaliser, car il pourrait alors être traité avec des médicaments et participer à une psychothérapie à long terme ainsi qu'à des activités de formation en matière d'habiletés sociales et professionnelles dans le but d'accroître sa connaissance et sa maîtrise de soi et de le préparer à son éventuelle réinsertion dans la collectivité.

5

6

7

The appellant also has a long history of treatment. In recent years, he received out-patient psychiatric treatment as a requirement of a probation order in force against him between 1993 and 1996 as a result of his conditional discharge for the offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to then s. 87 of the *Criminal Code*. His treating psychiatrist, Dr. Otakar Cadsky, testified that his attendance, in compliance with that order, was not perfect, but was “for mentally ill patients about as good as you can expect”. He missed five appointments and attended 45 sessions. Dr. Cadsky testified that his attendance for treatment is considerably more satisfactory when it is the result of a compulsory court order. Dr. Cadsky was treating the appellant, on an out-patient basis, at Forensic Assessment and Community Services, the out-patient department of the Alberta Hospital Edmonton’s Forensic Service. In the course of that therapy, the appellant was certified by Dr. Cadsky and admitted to the hospital for a six-week period in 1994. Once again, in June of 1996, the appellant was certified and hospitalized, with a diagnosis of major depression. After the expiration of the probation order, Dr. Cadsky continued to see the appellant on an out-patient basis until June of 1997, at which time the appellant ceased his treatment. In February 1998, following an accident with a detonator device, in which the appellant injured his finger, the appellant sought treatment again from Dr. Cadsky, whom he saw twice as an out-patient before again ceasing treatment.

8

The appellant was arrested on the current charges on July 22, 1998. He was immediately admitted to the Alberta Hospital Edmonton pursuant to an assessment order directing an evaluation of his fitness to stand trial. With his consent, his “remand status” was extended at the request of the

L’appellant possède également une longue histoire en matière de traitements. Au cours des dernières années, il a reçu des traitements psychiatriques en clinique externe conformément à l’ordonnance de probation à laquelle il était assujéti de 1993 à 1996 à la suite de l’absolution conditionnelle prononcée à son égard relativement à l’infraction de possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au texte de l’art. 87 du *Code criminel* en vigueur à l’époque. Son psychiatre traitant, le Dr Otakar Cadsky, a témoigné que la participation de l’appellant aux traitements requis par l’ordonnance n’était pas systématique, mais qu’elle était [TRADUCTION] «aussi bonne qu’on peut l’espérer de la part d’un patient souffrant de maladie mentale». L’appellant a manqué cinq rendez-vous et a assisté à 45 séances. Le Dr Cadsky a déposé que l’assiduité de l’appellant aux séances de traitement est beaucoup plus satisfaisante lorsqu’il est contraint d’y assister par une ordonnance judiciaire. Le Dr Cadsky traitait l’appellant comme patient externe aux Services communautaires et d’évaluation médico-légale, la clinique externe du Service médico-légal de l’Alberta Hospital d’Edmonton. Durant cette thérapie, le Dr Cadsky a signé un certificat d’admission à l’égard de l’appellant, qui a été hospitalisé pendant six semaines en 1994. En juin 1996, l’appellant a une fois de plus fait l’objet d’un tel certificat et été hospitalisé, cette fois-là avec un diagnostic de dépression majeure. Après l’expiration de l’ordonnance de probation, le Dr Cadsky a continué de voir l’appellant comme patient en clinique externe jusqu’en juin 1997, date à laquelle l’appellant a cessé de suivre le traitement. En février 1998, à la suite d’un accident au cours duquel il s’est blessé un doigt en manipulant un détonateur, l’appellant s’est fait traiter à nouveau par le Dr Cadsky, qu’il a rencontré à deux reprises comme patient en clinique externe avant de mettre fin une fois de plus au traitement.

Le 22 juillet 1998, l’appellant a été arrêté sur la base des chefs d’accusation en cause dans le présent pourvoi. Il a été immédiatement admis à l’Alberta Hospital d’Edmonton conformément à une ordonnance intimant qu’on évalue sa santé mentale afin de déterminer s’il était apte à subir un

attending psychiatrist, Dr. Vijay Singh. A further extension was requested on September 16 and finally, on October 22, 1998, the appellant was certified under the Alberta *Mental Health Act*, S.A. 1988, c. M-13.1.

The appellant overtly supported the proposed course of treatment. Overall, he remained at the Alberta Hospital Edmonton under residential psychiatric care for the five months prior to his appearance before Chrumka Prov. Ct. J. for sentencing.

At the sentencing hearing, the two forensic psychiatrists called to testify advocated a continued psychiatric residential treatment program under court order. The trial judge sentenced the appellant to a conditional sentence of two years less a day followed by a three-year probation period. The salient condition of his conditional sentence was that the appellant was to reside at the Alberta Hospital Edmonton in a locked secure psychiatric treatment unit where he was currently receiving treatment, until a consensus of psychiatric professionals made a decision to transfer him from that locked unit. The condition further stipulated that if he were transferred from that locked unit, the appellant was to reside at such treatment facility as directed by Dr. Tweddle or her successor or designate.

The terms of his probation for three years also required that the appellant reside at such treatment facility as directed by Dr. Tweddle, and that he enter into and diligently pursue any treatment, counselling or therapy as directed by his probation officer, including attendance at Forensic Assessment.

The appellant remained under residential psychiatric care at the Alberta Hospital Edmonton until the Court of Appeal reversed the conditional

procès. Avec le consentement de l'appelant, sa «qualité de personne renvoyée sous garde» a été prolongée à la demande du psychiatre traitant, le Dr Vijay Singh. Un délai additionnel a été demandé le 16 septembre et, finalement, le 22 octobre 1998, un certificat d'admission a été délivré à l'égard de l'appelant en vertu de la *Mental Health Act*, S.A. 1988, ch. M-13.1, de l'Alberta.

L'appelant a explicitement donné son aval au traitement proposé. En tout, il est demeuré cinq mois à l'Alberta Hospital d'Edmonton, où il a reçu des soins psychiatriques en établissement, avant de comparaître devant le juge Chrumka de la Cour provinciale de l'Alberta pour le prononcé de sa peine.

Au cours de l'audience de détermination de la peine, les deux psychiatres légistes qui ont témoigné ont préconisé que l'appelant soit assujéti, par ordonnance judiciaire, à un programme de traitement psychiatrique continu en établissement. Le juge du procès a infligé à l'appelant une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour assortie d'une période de probation de trois ans. La principale condition assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement visant l'appelant était qu'il devait demeurer dans l'unité sécuritaire de soins psychiatriques de l'Alberta Hospital d'Edmonton, où il était déjà traité, jusqu'à ce que des psychiatres décident, par consensus, de le transférer hors de cette unité. La condition précisait en outre qu'en cas de transfèrement hors de l'unité sécuritaire, l'appelant devait résider au centre de soins prescrit soit par le Dr Tweddle, soit par la personne qu'elle aurait désignée ou qui lui aurait succédé.

L'appelant était également tenu par les conditions assortissant son ordonnance de probation de trois ans de résider au centre de soins désigné par le Dr Tweddle et de participer de façon diligente aux traitements, séances de counselling ou thérapies ordonnés par son agent de probation, y compris de se présenter à l'évaluation médico-légale.

L'appelant a continué de recevoir des soins psychiatriques en établissement à l'Alberta Hospital d'Edmonton jusqu'à ce que la Cour d'appel ait

9

10

11

12

sentence imposed by the trial judge and ordered his incarceration for two years less a day with the recommendation that it be served at Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute, where the court felt that the appellant would be able to access treatment opportunities and facilities similar to the ones that he had already experienced. That decision was made on March 2, 1999. Seven months later, the appellant was granted full parole by the National Parole Board. As a condition of his parole, he was moved to the Alberta Hospital Edmonton where he resumed his residential treatment. The National Parole Board's pre-release decision indicates that he is eligible for leave with the permission of the ward psychiatrist or delegate, in consultation with the community parole officer.

13 It is argued that the conditional sentence imposed by the trial judge is not permissible under the *Criminal Code* because of the appellant's dangerousness, and because it requires that the appellant be kept in the custody of an institution.

14 In order to examine these issues, I now turn to the factual elements that illustrate the conceded dangerousness of this offender.

III. Factual Background

15 In support of the guilty plea, a lengthy agreed statement of facts was introduced at trial and was summarized as follows by the Court of Appeal, at pp. 290-91:

The [appellant Knoblauch] was employed by the City of Edmonton, Department of Transportation. On July 21, 1998 the [appellant] approached a co-worker and apologized for a remark that he had made the previous day. He stated that he thought about getting a dog and blowing it up because it might calm him down. He pulled a gym bag from his car and opened it. Inside was a litre size jar with wires extending from it, that appeared, to the co-worker, to be a bomb. The jar contained a fluid and was three-quarters full. The following day, when the [appellant] did not appear for work, the police were notified. The police responded to his residence and

écarté le sursis à l'emprisonnement octroyé par le juge du procès et prononcé une peine d'incarcération de deux ans moins un jour, recommandant qu'elle soit purgée au Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute où, selon la Cour d'appel, l'appellant pourrait avoir accès à des traitements et installations similaires à ceux avec lesquels il était déjà familier. Cette décision a été prise le 2 mars 1999. Sept mois plus tard, la Commission nationale des libérations conditionnelles a accordé à l'appellant une libération conditionnelle totale. Conformément à une des conditions de sa libération, l'appellant a été transféré à l'Alberta Hospital d'Edmonton, où ses traitements en établissement ont repris. Dans sa décision prélibératoire, la Commission nationale des libérations conditionnelles indique que l'appellant peut s'absenter avec l'autorisation du psychiatre du service ou son représentant, après consultation avec l'agent de libération conditionnelle de la communauté.

On a plaidé que la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par le juge du procès n'est pas autorisée par le *Code criminel* en raison de la dangerosité de l'appellant et parce qu'elle exige que celui-ci soit détenu sous la garde d'un établissement.

Afin d'examiner ces questions, je vais maintenant présenter les éléments factuels illustrant la dangerosité admise du délinquant en cause.

III. Les faits

La Cour d'appel a résumé ainsi, aux pp. 290 et 291, le long exposé conjoint des faits qui a été présenté au procès au soutien du plaidoyer de culpabilité:

[TRADUCTION] [L'appellant Knoblauch] était à l'emploi du Service des transports de la ville d'Edmonton. Le 21 juillet 1998, [l'appellant] est allé voir un collègue de travail afin de s'excuser de la remarque qu'il avait faite le jour précédent. Il a dit qu'il songeait à se procurer un chien et à le faire exploser pour se calmer. Il a sorti un sac de sport de sa voiture et l'a ouvert. Le sac contenait un pot d'un litre auquel étaient rattachés des fils et qui, aux yeux de son collègue, semblait être une bombe. Le pot était rempli aux trois-quarts d'un liquide. Le lendemain, lorsque [l'appellant] ne s'est pas présenté au travail, la police a été avisée. Des policiers se sont

noted that the apartment was in state of disarray with PVC pipes, electrical components, wires and transistors on the livingroom floor and kitchen table. A search warrant was obtained. The apartment contained numerous electrical component systems, parts, and an electronic technician-type workbench complete with tools and diagnostic equipment. In addition, there was literature relating to the construction and preparation of explosive devices and literature on the Oklahoma City bombing and Waco, Texas armed standoff.

In the [appellant]'s vehicle was a suicide bomb. The only requirement for the device to deploy was the movement of the switch by the operator or victim. In the car were explosive substances, including two 500 ml bottles containing nitro-methane and picric acid, chemicals, which are extremely unstable in nature. Also located in the vehicle was a duffle bag with a container of 37% formaldehyde; 500 ml of sodium nitrate; 500 grams of sulphuric acid; 500 ml of lead nitrate; and 500 ml of picric acid; and 150 ml of glycerine and various other chemicals. The chemicals found in the vehicle have capability on their own, or in combination, to form highly explosive substances and could have been used to create an arsenal of devices.

Similar chemicals were located inside the residence, including two 80 lb bags of ammonia nitrate and two pipe bombs. Three detonators were seized including one that had been exploded.

The bomb inside the vehicle, if detonated, would have destroyed the vehicle and killed the person activating the device. The debris would have caused damage to cars, buildings and injured anyone within a 75 metre radius. The two 80 lb bags of ammonia nitrate, if mixed with fuel oil and detonated in the [appellant]'s suite, would have damaged the suites two to three floors above and two to three on either side, as well as cars parked along the street and houses across the street. Anyone in the area would be killed or seriously injured.

The [appellant] had in his vehicle and in his apartment an arsenal capable of causing mass destruction to property, death and serious injury to persons in the area indiscriminately. After viewing the contents of the vehicle and the apartment, the police requested the

rendus à son domicile et, parmi le désordre qui régnait dans l'appartement, ils ont trouvé des tuyaux de PCV, des éléments électriques, des fils et des transistors éparpillés sur le plancher de la salle de séjour et sur la table de cuisine. Après avoir obtenu un mandat de perquisition, les policiers ont découvert dans l'appartement de nombreux éléments électriques, circuits, pièces, de même qu'un établi de technicien en électronique muni d'outils et d'équipement de test. Il y avait en outre de la documentation sur la fabrication et la préparation d'engins explosifs, l'attentat à la bombe d'Oklahoma City et l'affrontement armé de Waco au Texas.

Le véhicule [de l'appellant] contenait une bombe suicide. Pour faire exploser la bombe suicide, il suffisait que l'opérateur ou la victime actionne l'interrupteur. On a également trouvé dans le véhicule des substances explosives, notamment deux bouteilles de 500 ml de nitrométhane et d'acide picrique, des produits chimiques extrêmement instables, un sac de sport dans lequel se trouvait un contenant de formaldéhyde 37 %, 500 ml de nitrate de sodium, 500 g d'acide sulfurique, 500 ml de nitrate de plomb, 500 ml d'acide picrique, 150 ml de glycérine et d'autres produits chimiques. Les produits chimiques découverts dans le véhicule pouvaient, soit seuls soit en composés, former des substances hautement explosives et auraient pu être utilisés pour créer un arsenal d'engins.

Des produits chimiques similaires ont été trouvés dans l'appartement, y compris deux sacs de 80 livres de nitrate d'ammoniac et deux bombes tuyaux. Trois detonateurs ont été saisis, dont un qui avait déjà explosé.

Si la bombe qui se trouvait à l'intérieur du véhicule avait explosé, elle aurait détruit le véhicule et tué la personne ayant déclenché l'explosion. Les débris auraient endommagé les véhicules et les immeubles dans un rayon de 75 mètres et blessé toute personne se trouvant dans ce secteur. Si les deux sacs de 80 livres de nitrate d'ammoniac avaient été mélangés avec du mazout et qu'on avait fait détoner le mélange dans l'appartement de [l'appellant], l'explosion aurait endommagé les appartements situés deux à trois étages au-dessus du sien et deux à trois appartements chaque côté, de même que les voitures stationnées dans la rue et les maisons d'en face. Toute personne qui se serait trouvée dans le secteur aurait été tuée ou gravement blessée.

[L'appellant] avait dans son véhicule et dans son appartement un arsenal capable d'entraîner des dommages matériels considérables et de tuer ou blesser gravement, de manière aveugle, les personnes qui se trouveraient dans le secteur. Après avoir constaté ce

assistance of the Edmonton Emergency Response Department Dangerous Goods team and a private chemical disposal firm. The firm declined to assist with some of the chemicals due to the unstable explosive nature and toxicity of the chemicals.

The [appellant], at the time of the offences, was prohibited from being in possession of weapons and explosives. [He] received a conditional discharge and three years' probation plus a firearms prohibition for ten years on November 29, 1993 for a charge under [then] s. 87 of the *Criminal Code*. This charge arose when [the appellant] brought a gun to work intending to shoot a co-worker.

16

Before turning to an examination of the applicable law, I wish to stress two important aspects of this case. The first one is that it is beyond dispute that the appellant is potentially extremely dangerous. The second is that it is equally beyond dispute that the appropriate sentence for this appellant, in all of the circumstances, is a sentence of two years less a day, whether it is served in a penal institution or in a mental health hospital. These are critical facts to keep in mind. There is no mechanism in criminal law to remove dangerous people from society merely in anticipation of the harm that they may cause. The limit of the reach of the criminal sanction is to address what offenders have done. At that stage, dangerousness is but one factor to be considered in the assessment of the appropriate sentence. Even extreme dangerousness cannot, in and of itself, justify imposing the maximum punishment in order to elevate the protection of society above all other considerations. That explains why in this case both the trial judge and the Court of Appeal were of the view, which has not been disputed before us, that considering all the circumstances, the appropriate punishment for this offender would have been a sentence of three years of incarceration which was properly reduced to

que contenaient le véhicule et l'appartement, les policiers ont fait appel à l'équipe affectée aux matières dangereuses du département d'intervention d'urgence d'Edmonton ainsi qu'à une entreprise spécialisée dans l'élimination des produits chimiques. L'entreprise en question a refusé son assistance à l'égard de certains produits chimiques en raison et de leur toxicité et de leur nature explosive et instable.

Au moment des infractions, [l'appellant] était sous le coup d'une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes et des explosifs. Le 29 novembre 1993, [il] a reçu à l'égard d'un chef d'accusation fondé sur l'art. 87 du *Code criminel* [en vigueur à l'époque] une absolution conditionnelle assortie d'une période de probation de trois ans et d'une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes à feu pendant dix ans. Cette accusation découlait du fait que [l'appellant] avait apporté une arme au travail dans l'intention de faire feu sur un collègue.

Avant d'examiner le droit applicable, je désire insister sur deux aspects importants du présent pourvoi. Premièrement, il est incontestable que l'appellant est un individu potentiellement extrêmement dangereux. Deuxièmement, il est également incontestable que, dans le cas de l'appellant, la peine appropriée eu égard à toutes les circonstances est un emprisonnement de deux ans moins un jour, que cette peine soit purgée dans un établissement carcéral ou dans un hôpital psychiatrique. Il s'agit de faits déterminants, qu'il faut garder à l'esprit. Il n'existe, en droit criminel, aucun mécanisme permettant d'exclure de la société les individus dangereux simplement en prévision des préjudices qu'ils pourraient causer. Le droit criminel ne sanctionne que les actes qui ont été accomplis par les-délinquants. À cette étape, la dangerosité n'est qu'un facteur parmi d'autres à considérer dans la détermination de la peine appropriée. Même une dangerosité extrême ne peut en soi justifier l'infliction de la peine maximale et ainsi élever la protection de la société au-dessus de toute autre considération. Voilà qui explique pourquoi, en l'espèce, tant le juge du procès que la Cour d'appel en sont arrivés à la conclusion — qui n'a pas été contestée devant nous — que, eu égard à toutes les circonstances, la sanction appropriée à l'égard du délinquant en cause aurait été une peine d'incarcération de trois ans, sanction qui a à juste titre été réduite à

two years less a day to take into account the period spent in pre-trial custody.

It is in this context that we must embark upon an analysis of the framework contemplated by the *Criminal Code* to fashion an appropriate, just, fair and intelligent sentence for the appellant.

IV. The Conditional Sentence Regime

For ease of reference, I have attached as an appendix to these reasons the relevant *Criminal Code* provisions, including the unproclaimed sections dealing with hospital orders.

The principles governing the imposition of conditional sentences are set out in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. Neither the trial judge nor the Court of Appeal had the benefit of that decision. Lamer C.J. introduced his extensive reasons in *Proulx*, at para. 1, by the following:

By passing the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (“Bill C-41”), Parliament has sent a clear message to all Canadian judges that too many people are being sent to prison. In an attempt to remedy the problem of overincarceration, Parliament has introduced a new form of sentence, the conditional sentence of imprisonment.

Before that, in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, Cory and Iacobucci JJ. underlined the significance of the enactment of the major reform of sentencing principles which included the novel mechanism of conditional sentences. They also underlined, at para. 48, the two principal objectives pursued by Parliament in this important sentencing reform: to reduce the use of imprisonment and to increase recourse to restorative justice principles in sentencing.

Section 742.1 of the *Code*, which provides for the imposition of conditional sentences, is there-

deux ans moins un jour pour tenir compte de la période passée sous garde avant le procès.

C’est dans ce contexte que nous devons analyser le régime établi par le *Code criminel* en vue d’infliger à l’appelant une peine appropriée, juste, équitable et intelligente.

IV. Le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement

Par souci de commodité, j’ai joint en annexe aux présents motifs les dispositions pertinentes du *Code criminel*, y compris celles concernant les ordonnances de détention dans un hôpital, qui n’ont pas encore été proclamées en vigueur.

Les principes régissant l’octroi du sursis à l’emprisonnement sont énoncés dans l’arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. Ni le juge du procès ni la Cour d’appel ne disposaient de cette décision. Le juge en chef Lamer a amorcé l’exposé de ses motifs détaillés dans l’arrêt *Proulx*, au par. 1, par les propos suivants:

En adoptant la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»), le Parlement a lancé un message clair à tous les juges du Canada: beaucoup trop de gens sont envoyés en prison. En vue de remédier au problème du recours excessif à l’incarcération, le Parlement a créé un nouveau type de peine, la condamnation à l’emprisonnement avec sursis.

Précédemment, dans l’arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, les juges Cory et Iacobucci ont souligné l’importance de l’édiction de la réforme majeure des principes de détermination de la peine, qui a notamment introduit le nouveau mécanisme du sursis à l’emprisonnement. Ils ont également souligné, au par. 48, les deux principaux objectifs poursuivis par le législateur dans le cadre de cette importante réforme de la détermination de la peine: réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction et élargir l’application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine.

L’article 742.1 du *Code*, qui pourvoit au prononcé des peines d’emprisonnement avec sursis,

17

18

19

20

21

fore a core provision to the sentencing reform of 1995 and is linked to other provisions which command restraint in the use of incarceration, such as s. 718.2(d) and (e), as well as to the fundamental purpose of sentencing expressed in s. 718 of the *Code*, which is to contribute to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society.

22 Section 742.1 of the *Criminal Code* provides as follows:

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

23 Expanding on the nature of conditional sentences, Lamer C.J. in *Proulx, supra*, said the following, at paras. 21 and 22:

The conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to achieve both of Parliament's objectives. The conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. The offenders who meet the criteria of s. 742.1 will serve a sentence under strict surveillance in the community instead of going to prison. These offenders' liberty will be constrained by conditions to be attached to the sentence, as set out in s. 742.3 of the *Code*. In case of breach of conditions, the offender will be brought back before a judge, pursuant to s. 742.6. If an offender cannot provide a reasonable excuse for breaching the conditions of his or her sentence, the judge may order him or her to serve the remainder of the sentence in jail, as it was intended by Parliament that

est par conséquent une disposition centrale de la réforme apportée à la détermination de la peine en 1995, et il est lié à d'autres dispositions qui prescrivent la modération dans le recours à l'emprisonnement — les al. 718.2d) et e) par exemple — de même qu'à l'objectif essentiel du prononcé des peines qui est énoncé à l'art. 718 du *Code* et qui consiste à contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre.

L'article 742.1 du *Code criminel* est ainsi rédigé:

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

Exposant en détail la nature du sursis à l'emprisonnement, le juge en chef Lamer a dit ceci aux par. 21 et 22 de l'arrêt *Proulx*:

La peine d'emprisonnement avec sursis a été établie précisément en tant que sanction visant à la réalisation de ces deux objectifs du législateur. Elle constitue une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux. Au lieu d'être incarcérés, les délinquants qui satisfont aux critères fixés par l'art. 742.1 purgent leur peine sous stricte surveillance au sein de la collectivité. Leur liberté est restreinte par les conditions dont est assortie leur ordonnance de sursis à l'emprisonnement en vertu de l'art. 742.3 du *Code*. Suivant l'art. 742.6, le délinquant qui manque à ces conditions est ramené devant le tribunal. Si le délinquant ne peut apporter d'excuse raisonnable pour justifier le manquement aux conditions de son ordonnance, le tribunal peut ordonner son incarcération pour le reste de la peine, puisque le législateur entendait faire peser une menace concrète d'incarcération en vue d'accroître le

there be a real threat of incarceration to increase compliance with the conditions of the sentence.

The conditional sentence incorporates some elements of non-custodial measures and some others of incarceration. Because it is served in the community, it will generally be more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender. However, it is also a punitive sanction capable of achieving the objectives of denunciation and deterrence. It is this punitive aspect that distinguishes the conditional sentence from probation, and it is to this issue that I now turn. [Emphasis in original.]

Having distinguished conditional sentences from probation, Lamer C.J. then turned to the differences between conditional sentences and incarceration. He said, at para. 41:

This is not to say that the conditional sentence is a lenient punishment or that it does not provide significant denunciation and deterrence, or that a conditional sentence can never be as harsh as incarceration. As this Court stated in *Gladue, supra*, at para. 72:

... in our view a sentence focussed on restorative justice is not necessarily a "lighter" punishment. Some proponents of restorative justice argue that when it is combined with probationary conditions it may in some circumstances impose a greater burden on the offender than a custodial sentence.

A conditional sentence may be as onerous as, or perhaps even more onerous than, a jail term, particularly in circumstances where the offender is forced to take responsibility for his or her actions and make reparations to both the victim and the community, all the while living in the community under tight controls.

It is against this background that we must now turn to the availability of a conditional sentence in the present case. There is no dispute, as I indicated earlier, that a sentence of two years less a day was a fit and appropriate sentence in all the circumstances. The first criterion in s. 742.1 of the *Code*

respect des conditions assortissant les ordonnances de sursis à l'emprisonnement.

La condamnation à l'emprisonnement avec sursis intègre certains aspects des mesures substitutives à l'incarcération et certains aspects de l'incarcération. Parce qu'elle est purgée dans la collectivité, la peine d'emprisonnement avec sursis permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective que sont la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Cependant, elle est également une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est cette dimension punitive qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation, question que je vais maintenant aborder. [Souligné dans l'original.]

Après avoir distingué l'emprisonnement avec sursis de la probation, le juge en chef Lamer s'est ensuite attaché aux différences qui existent entre l'emprisonnement avec sursis et l'incarcération. Il a dit ce qui suit, au par. 41:

Cela ne signifie pas pour autant que l'emprisonnement avec sursis est une peine clémente, qu'elle n'a pas un effet dénonciateur et dissuasif appréciable ou qu'elle ne peut jamais être une peine aussi sévère que l'incarcération. Comme a dit notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 72:

À notre avis cependant une peine axée sur l'approche corrective n'est pas nécessairement un châtiment moins sévère. Certains tenants de la justice corrective soutiennent que, combinée à des conditions de probation, elle peut imposer dans certains cas un fardeau plus lourd au délinquant qu'une peine d'emprisonnement.

L'emprisonnement avec sursis peut s'avérer une peine aussi sévère, voire plus sévère que l'emprisonnement comme tel, particulièrement dans les cas où le délinquant est tenu d'assumer la responsabilité de ses actes et de réparer les torts qu'il a causés à la victime et à la collectivité, tout en vivant au sein de celle-ci et en étant assujéti à des mesures de contrôle serrées.

C'est sur cette toile de fond que nous devons maintenant nous interroger sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis en l'espèce. Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'est pas contesté qu'une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour était juste et appropriée eu égard aux

having been satisfied, it remains only to be decided whether the trial judge was entitled to conclude that “serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing”, in accordance with s. 742.1(b).

circonstances. Le premier critère énoncé à l’art. 742.1 du *Code* ayant été satisfait, il ne reste plus qu’à décider si le juge du procès était autorisé à conclure que «le fait [pour l’appelant] de purger la peine au sein de la collectivité ne met[tait] pas en danger la sécurité de celle-ci et [était] conforme à l’objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2», conformément au deuxième critère de l’art. 742.1.

26

This condition was also examined in some detail in *Proulx*, albeit without this particular factual scenario in mind. The Court held that s. 742.1(b) was a prerequisite to any conditional sentence, in the sense that alternatives to incarceration must be abandoned if the judge is not satisfied that the safety of the community can otherwise be preserved. The criterion of the safety to the community is therefore a condition precedent to the determination of whether a conditional sentence serves the general purposes of sentencing expressed in ss. 718 to 718.2. On this point, I think it is important to stress that the section does not exclude “dangerous offenders” from access to conditional sentences. Rather, as expressed by Lamer C.J. in *Proulx*, at para. 68, “the focus of the analysis at this point should clearly be on the risk posed by the individual offender while serving his sentence in the community” (emphasis added). The danger to the community is then evaluated by reference to: (1) the risk of re-offence; and (2) the gravity of the damage in the event of re-offence. See *Proulx*, at para. 69.

Cette condition a également été examinée en détail dans l’arrêt *Proulx*, sans ce scénario factuel précis toutefois. La Cour a jugé que le deuxième critère de l’art. 742.1 était un préalable à l’octroi du sursis à l’emprisonnement, en ce sens que les mesures de rechange à l’incarcération doivent être écartées si le juge n’est pas convaincu que la sécurité de la collectivité peut être sauvegardée autrement que par l’incarcération. Le critère de la sécurité de la collectivité est donc une condition préalable à l’examen de la question de savoir si le prononcé d’une peine d’emprisonnement avec sursis sert les objectifs généraux de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. Sur ce point, j’estime qu’il est important de souligner que l’art. 742.1 n’exclut pas les «délinquants dangereux» du champ d’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement. Au contraire, comme l’a déclaré le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Proulx*, au par. 68, «à ce stade de l’analyse, il faut clairement s’attacher à l’examen du risque que poserait le délinquant en cause s’il purgeait sa peine au sein de la collectivité» (je souligne). Le danger pour la collectivité est ensuite apprécié par référence: (1) au risque de récidive et (2) à la gravité du préjudice susceptible de découler d’une récidive. Voir *Proulx*, au par. 69.

27

I think it is fair to say that in the present case the gravity of the damage in the case of re-offence could be extreme. Although the appellant did not set off any explosive substance, he was in possession, in extremely dangerous circumstances, including in his car, of substances that could easily ignite and even accidentally explode, thereby causing extremely serious personal injury and death. In such a case, I am of the view that the risk of re-offending while under conditional sentence

Je crois qu’il est raisonnable d’affirmer que, en l’espèce, la gravité du préjudice susceptible de découler d’une récidive pourrait être extrême. Même si l’appelant n’a pas fait détoner de substances explosives, il avait en sa possession, dans des circonstances extrêmement dangereuses, notamment dans son automobile, des substances qui auraient facilement pu s’enflammer et exploser accidentellement, entraînant des blessures très graves et la mort. Dans un tel cas, je suis d’avis

should be no greater than if the appellant was incarcerated in a penal institution before the two branches of the test could safely be met. I now turn to the risk of re-offence. Here I believe the decision in *Proulx* is again of great assistance. At para. 72, Lamer C.J. said:

The risk of re-offence should also be assessed in light of the conditions attached to the sentence. Where an offender might pose some risk of endangering the safety of the community, it is possible that this risk be reduced to a minimal one by the imposition of appropriate conditions to the sentence: see *Wismayer, supra*, at p. 32; *Brady, supra*, at para. 62; *Maheu, supra*, at p. 374 C.C.C. Indeed, this is contemplated by s. 742.3(2)(f), which allows the court to include as optional conditions “such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences”. For example, a judge may wish to impose a conditional sentence with a treatment order on an offender with a drug addiction, notwithstanding the fact that the offender has a lengthy criminal record linked to this addiction, provided the judge is confident that there is a good chance of rehabilitation and that the level of supervision will be sufficient to ensure that the offender complies with the sentence.

In my view, if the conditions contemplated by the trial judge are taken into account in evaluating the risk that the appellant would re-offend while serving his conditional sentence, that risk is reduced to a point that it is no greater than the risk that the appellant would re-offend while incarcerated in a penal institution. The sentence fashioned by the trial judge provided that the appellant would be in a locked, secure psychiatric facility, in the care and custody of forensic psychiatrists who were well aware of his history, and who by no means minimized his dangerousness. They would have been vested with the authority to determine the pace and method of his gradual release and

que, avant de pouvoir affirmer que les deux volets du critère sont respectés, le risque de récidive que poserait le délinquant dans le cadre d'un sursis à l'emprisonnement ne doit pas être plus grand que s'il était incarcéré dans un établissement pénitentiaire. Je vais maintenant examiner la question du risque de récidive. À cet égard, j'estime que l'arrêt *Proulx* est une fois de plus très utile. Au paragraphe 72, le juge en chef Lamer a dit ceci:

Le risque de récidive devrait aussi être apprécié à la lumière des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans les cas où il y a un certain risque que le délinquant puisse mettre en danger la sécurité de la collectivité, il est possible de réduire ce risque au minimum en assortissant l'ordonnance de conditions appropriées: voir *Wismayer*, précité, à la p. 32; *Brady*, précité, au par. 62; *Maheu*, précité, à la p. 418. De fait, une telle mesure est envisagée par l'al. 742.3(2)f), qui habilite le tribunal à imposer au délinquant l'obligation d'observer «telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [...] pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions». Par exemple, il est possible que le tribunal veuille prononcer, à l'endroit d'un délinquant souffrant d'une dépendance à la drogue, une condamnation à l'emprisonnement avec sursis assortie d'une ordonnance de participation à un programme de traitement, malgré le fait que le délinquant possède de nombreux antécédents judiciaires liés à cette dépendance, dans la mesure toutefois où il estime que les chances de réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant pour assurer l'observation par le délinquant des conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

À mon avis, si l'on tient compte des conditions envisagées par le juge du procès dans l'évaluation du risque que l'appelant récidive pendant qu'il purge sa peine d'emprisonnement avec sursis, ce risque est réduit au point où il n'est pas supérieur au risque que l'appelant récidive s'il était incarcéré dans un établissement pénitentiaire. Conformément à la peine déterminée par le juge du procès, l'appelant devait être interné dans un établissement psychiatrique sécuritaire, sous les soins et la garde de psychiatres légistes qui étaient bien au fait de son passé et qui ne minimisaient nullement sa dangerosité. Ces personnes auraient été investies du pouvoir de déterminer à quel rythme et par quelle

reintegration into society, ultimately through the probation order.

29

In contrast, his incarceration in a penal institution, subject as it is to the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, could require his earlier release, or, in any event, would most likely leave him considerably less well prepared for facing his renewed liberty. Therefore, it seems to me that whether the appellant is incarcerated in a penal institution, subject to the release power of the Parole Board, or whether he is made to reside in a locked secure psychiatric facility, subject to the supervisory release authority of a consensus of psychiatrists, it cannot be said that he would be a greater danger to the community during that time under one regime rather than the other.

30

The dangerousness of the appellant is a product of the combined effect of his mental illness and his ability to acquire and make use of explosive materials and devices. Incarceration precludes the latter, but does little to address his mental illness.

31

Conditions of a sentence to be served outside a prison, that address both sources of the appellant's dangerousness, in my view reduce his being a danger to the community as much as if not more than a sentence of incarceration would, both while the sentence is in place, and even more so afterwards. The fact, underscored and relied upon by the Court of Appeal, at pp. 293-94, as the basis for varying the sentence imposed by Chrumka Prov. Ct. J., that at large, untreated and unsupervised the appellant is an "extreme danger to the community" is wide off the mark. Under the conditions imposed by the trial judge, the appellant is no more a threat to the community while serving his conditional sentence than he would be if incarcerated. In the long term, a conditional sentence becomes even more clearly the preferable course of action. There was uncontradicted evidence before Chrumka Prov. Ct. J. that

méthode l'appelant serait progressivement remis en liberté et réinséré dans la société, en bout de ligne en vertu de l'ordonnance de probation.

Par contraste, si l'appelant était incarcéré dans un établissement pénitentiaire, comme une telle mesure est assujettie aux dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, elle pourrait entraîner sa libération anticipée ou, à tout événement, elle le préparerait vraisemblablement beaucoup moins bien à retrouver sa liberté. Par conséquent, que l'appelant soit incarcéré dans un établissement pénitentiaire et de ce fait assujetti au pouvoir de libération de la Commission des libérations conditionnelles, ou bien qu'il soit tenu de demeurer dans un établissement psychiatrique sécuritaire, sous la responsabilité de psychiatres habilités à décider, par consensus, de sa libération sous surveillance, il me semble impossible d'affirmer que, durant cette période, il représenterait un danger plus grand pour la collectivité sous un régime plutôt que sous l'autre.

La dangerosité de l'appelant est le résultat de l'effet combiné de sa maladie mentale et de sa capacité de se procurer et d'utiliser des matériaux et dispositifs explosifs. L'incarcération empêche l'appelant de s'adonner à ces activités, mais fait peu à l'égard de son problème de santé mentale.

Une peine devant être purgée ailleurs qu'en prison et assortie de conditions s'attaquant aux deux sources de la dangerosité de l'appelant permet à mon avis de réduire autant sinon plus le danger que celui-ci représente pour la collectivité que ne le ferait une peine d'incarcération, et ce tant pendant la durée de la peine qu'après, et même davantage après. Le fait, qui est mentionné et invoqué par la Cour d'appel aux pp. 293 et 294 pour justifier la modification de la peine infligée par le juge Chrumka de la Cour provinciale et selon lequel l'appelant serait un [TRADUCTION] «danger extrême pour la collectivité» s'il était laissé en liberté, sans traitement et sans surveillance, ne correspond pas du tout à la réalité. En effet, suivant les conditions imposées par le juge du procès, l'appelant ne serait pas davantage un danger pour la collectivité s'il recevait une peine d'emprisonnement avec sursis

not only would incarceration be unlikely to address the causes of the appellant's dangerousness, but the carceral environment was likely to aggravate his condition. Dr. Tweddle said:

The other aspect, the other thing that actually concerns me very much about Mr. Knoblauch is the environment in a gaol. The very situations that make him worse, the areas that make him ruminate and — and want to get back at the world are day to day activities and — and the — you know the regular atmosphere in a gaol, particularly penitentiary where it's an extremely hostile place, where the men are very abusive to one another, where they're both verbally and physically abusive, they're very competitive with their — their sort of weight lifting and — and the sort of the epitome of the — at least the external appearance of macho behaviour.

And of course it's a very authoritative place. He would be — he would be told and ordered to do things on a day to day, minute by minute basis and I think these are the very things that have been the triggers, the areas of difficulty that have created the problems within Mr. Knoblauch and — and that he then takes into himself and ruminates on endlessly until he — he thinks of ways to fight back and regain a perceived power over what is — what is happening to him.

Q: Can you express an opinion as to how you think he would respond to that environment?

A: My — my opinion is that — that it would likely make him worse. I think — I think it would be a very destructive environment for him. I think he would find it extremely difficult to — to cope in that environment and it would, in a sense feed into all of the prejudices that he has. It would confirm that — that authority is controlling people and belittling people and so I think it would actually be a very poor environment for him.

Assuming that the conditions imposed by the trial judge were available to him as a matter of law, I believe that it was open to him to conclude that the condition precedent expressed in s. 742.1(b) was met. The critical issue is therefore to

que s'il était incarcéré. Considéré à long terme, l'emprisonnement avec sursis se révèle encore plus clairement la solution préférable. Le juge Chrumka disposait d'éléments de preuve non contredits qui indiquaient que non seulement l'incarcération ne s'attaquerait vraisemblablement pas aux causes de la dangerosité de l'appelant, mais que le milieu carcéral aurait probablement pour effet d'aggraver son état. Voici ce qu'a dit le D^r Tweddle:

[TRADUCTION] L'autre aspect, l'autre question concernant M. Knoblauch qui en fait me préoccupe vraiment beaucoup, c'est le milieu carcéral. Les situations mêmes qui font empirer sa situation, les sujets qui le font ruminer et — et vouloir se venger de la terre entière sont des activités quotidiennes et — et la — vous savez, l'ambiance qui règne normalement en prison, plus particulièrement dans les pénitenciers, qui sont des lieux extrêmement hostiles, où les hommes sont très durs les uns envers les autres, où ils font preuve de violence autant verbale que physique, où ils sont très compétitifs dans leur — leur sorte d'haltérophilie et — et leur idée de l'archétype de — à tout le moins le comportement macho qu'ils manifestent extérieurement.

Et évidemment il s'agit d'un milieu très contrôlé. On lui — on lui dirait et ordonnerait jour après jour, minute après minute de faire certaines choses et j'estime que ce sont les choses mêmes qui ont été les éléments déclencheurs, les sources de difficultés qui sont à l'origine des problèmes de M. Knoblauch et — et qu'ensuite il intériorise et rumine continuellement jusqu'à ce qu'il — qu'il pense à des façons de répliquer et de retrouver une impression de pouvoir sur ce qui — ce qui lui arrive.

Q: Pouvez-vous donner une opinion sur la manière dont, selon vous, il réagirait à ce milieu?

R: Mon — mon opinion est que — que ce milieu ferait vraisemblablement empirer son cas. Je pense — je pense que ce milieu serait très dévastateur dans son cas. Je crois qu'il lui serait extrêmement difficile de — de s'adapter à ce milieu qui, en un sens, renforcerait tous les préjugés qu'il entretient. Il confirmerait que — que les autorités contrôlent les gens et les rabaisent, et j'estime donc qu'il s'agirait en fait d'un milieu très peu convenable pour lui.

À supposer que les conditions fixées par le juge du procès soient autorisées en droit, j'estime qu'il lui était permis de conclure que la condition préalable relative à la sécurité du public prévue par l'art. 742.1 était respectée. La question fondamen-

determine whether it was open to the trial judge to impose the type of restriction on the liberty of the appellant that he did in order to reduce the risk of re-offence to the minimal level. It is to this issue that I now turn.

V. Custodial v. Non-Custodial Sentences

33 The respondent submits that conditional sentences were intended by Parliament to be non-custodial and that a conditional sentence to be served in the secure area of a psychiatric hospital is contrary to the principles involved in the conditional sentence provisions of the *Code*. There is support in *Proulx* for the view that a conditional sentence is an alternative to a custodial one, and not only to strict imprisonment. In particular, at para. 40, it is suggested that conditional sentences are designed to be served in non-institutional settings:

Although a conditional sentence is by statutory definition a sentence of imprisonment, this Court . . . [has] recognized that there "is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release". . . . Indeed, offenders serving a conditional sentence in the community are only partially deprived of their freedom. Even if their liberty is restricted by the conditions attached to their sentence, they are not confined to an institution and they can continue to attend to their normal employment or educational endeavours. They are not deprived of their private life to the same extent. Nor are they subject to a regimented schedule or an institutional diet. [Emphasis added.]

See also *Proulx*, at para. 95.

34 The issue was not squarely raised in *Proulx*. The passage quoted was part of the analysis under which Lamer C.J. was contrasting conditional sentences with probation orders on the one hand, and incarceration on the other. However, Lamer C.J. did not have to decide, as we do in this case, whether the order that the accused serve all or part of his conditional sentence in a secure residential

tale consiste donc à déterminer si le juge du procès était habilité à limiter la liberté de l'appelant au moyen du genre de restrictions qu'il a imposées afin de réduire au minimum le risque de récidive. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

V. Les peines d'emprisonnement par opposition aux peines autres que l'emprisonnement

L'intimée prétend que le législateur entendait que l'emprisonnement avec sursis consiste en une mesure autre que l'incarcération et que si une telle peine était purgée dans l'aile sécuritaire d'un hôpital psychiatrique, elle contreviendrait aux principes visés par les dispositions du *Code* relatives au sursis à l'emprisonnement. L'arrêt *Proulx* étaye dans une certaine mesure l'opinion selon laquelle une ordonnance de sursis constitue une mesure de rechange à la détention, et non seulement à l'incarcération au sens strict. Au paragraphe 40, en particulier, on suggère que les peines d'emprisonnement avec sursis sont censées être purgées ailleurs qu'en établissement:

Quoique l'emprisonnement avec sursis soit décrit dans la loi comme une forme d'emprisonnement, [. . .] notre Cour a reconnu qu'«il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d'une libération conditionnelle». [. . .] En effet, le délinquant qui purge une telle peine au sein de la collectivité n'est que partiellement privé de sa liberté. Même si sa liberté est restreinte par les conditions assortissant son ordonnance de sursis, le délinquant n'est pas détenu dans un établissement et il peut continuer de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires. Il n'est pas dépouillé de sa vie privée dans la même mesure que s'il était incarcéré. Il n'est pas non plus soumis à un horaire strict ou à un régime alimentaire institutionnel. [Je souligne.]

Voir également *Proulx*, précité, au par. 95.

La question n'a pas été nettement soulevée dans l'arrêt *Proulx*. Le passage précité fait partie de l'analyse dans laquelle le juge en chef Lamer compare le sursis à l'emprisonnement avec la probation d'une part et avec l'incarcération d'autre part. Cependant, le juge en chef Lamer n'avait pas à décider, comme nous devons le faire en l'espèce, si les art. 742.1 et 742.3 faisaient obstacle au pro-

setting, not only with his consent but indeed at his request, was precluded under ss. 742.1 and 742.3. In my view it is not.

As indicated earlier, conditional sentences were designed by Parliament as a desirable alternative to incarceration. In my opinion, one must distinguish between incarceration or imprisonment in either prisons or penitentiaries, and other custodial or residential arrangements, whether secure or not, and whether consensual or compulsory, but which may form an acceptable alternative to incarceration.

The conditions that may be attached to a conditional sentence under the *Criminal Code* are not exhaustively enumerated and call for a large measure of discretion. Some are compulsory, as provided by s. 742.3(1). In addition, broad discretion is conferred upon the sentencing court by s. 742.3(2)(f). Assuming that the conditions precedent to the imposition of a conditional sentence are met, nothing in s. 742.3 precludes resorting to community-based facilities, even residential ones, simply because they have a custodial aspect, as long as they can be seen as a genuine alternative to incarceration.

The alternative to incarceration that Parliament contemplates is the alternative not to a particular place or building, but to a regime of detention, program and release, governed by legislation such as the *Corrections and Conditional Release Act*. In my view, that is the only way of distinguishing between incarceration and conditional sentences.

Incarceration or imprisonment is a form of punishment governed by the *Corrections and Condi-*

noncé de l'ordonnance intimant à l'accusé de purger tout ou partie de sa peine d'emprisonnement avec sursis en résidence dans un établissement sécuritaire, mesure à laquelle il a non seulement consenti mais qu'il a de fait lui-même demandée. J'estime que la réponse à cette question doit être négative.

Comme je l'ai indiqué précédemment, l'emprisonnement avec sursis a été conçu par le législateur comme une mesure de rechange souhaitable à l'incarcération. À mon avis, il faut différencier l'incarcération ou l'emprisonnement dans une prison ou un pénitencier, et les autres mesures d'envoi en détention ou en résidence — en milieu fermé ou non et consensuelles ou obligatoires — qui peuvent constituer une solution de rechange acceptable à l'incarcération.

Les conditions dont peuvent être assorties les ordonnances de sursis à l'emprisonnement en vertu au *Code criminel* ne sont pas énumérées de manière exhaustive et commandent l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire. Certaines ont un caractère obligatoire, comme le précise le par. 742.3(1). En outre, l'al. 742.3(2)f confère un large pouvoir discrétionnaire au tribunal chargé de déterminer la peine. À supposer que les conditions préalables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement soient réunies, l'art. 742.3 n'a pas pour effet d'empêcher le recours aux placements dans des établissements communautaires, même en résidence, du seul fait qu'une telle mesure a un aspect de détention, tant que ces placements peuvent être considérés comme de véritables solutions de rechange à l'incarcération.

La solution de rechange à l'incarcération qu'envisage le législateur est censée remplacer non pas un lieu ou un bâtiment en particulier, mais plutôt un régime de détention, de programmes et de mise en liberté régi par des mesures législatives telle la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. À mon avis, c'est la seule façon de différencier l'incarcération et le sursis à l'emprisonnement.

L'incarcération ou emprisonnement est une forme de sanction régie par la *Loi sur le système*

35

36

37

38

tional Release Act. Under that legislation, the degree of restriction on freedom of movement imposed on an inmate varies depending on the classification of the offender (s. 30) and the type of institution in which he or she will be incarcerated. A person incarcerated in a minimum security institution has considerable freedom. Yet that person is incarcerated, serving a term of imprisonment within the meaning of the *Criminal Code*, and may be found guilty of being unlawfully at large if he or she disobeys the constraints imposed upon him or her.

39

Under the *Corrections and Conditional Release Act*, a “penitentiary” is a facility operated for the care and control of inmates by the Correctional Service of Canada and may include any prison, or any hospital, so designated by order of the Commissioner and any other place so designated by the Governor in Council (s. 2(1)). Under the Act, temporary absences may be authorized (s. 17). This in my view makes abundantly clear that incarceration or imprisonment as a form of punishment is a regime that may not require a total restriction on freedom of movement.

40

If one were to capture the essence of imprisonment, it might be best done by emphasizing the involuntary constraints than by pointing out the actual degree of confinement. In *R. v. Degan* (1985), 20 C.C.C. (3d) 293 (Sask. C.A.), the court held that a person who is required by the terms of a probation order to reside in a community training residence designated as a “correctional facility” under the then *Corrections Act*, R.S.S. 1978, c. C-40, s. 2(f), is not imprisoned. Vancise J.A., speaking for the court, said at pp. 299-300:

In the present circumstances, the provincial court judge placed the appellant on probation and imposed a residential restriction, that is a requirement that he live at the Saskatoon Training Residence. The appellant was, at the time of sentencing, represented by counsel and at

correctionnel et la mise en liberté sous condition. Conformément à cette loi, le degré de restriction à la liberté de déplacement d’un détenu varie en fonction de sa cote de sécurité (art. 30) et du type d’établissement dans lequel il est incarcéré. Une personne incarcérée dans un établissement à sécurité minimale jouit d’une liberté considérable. Cette personne est néanmoins incarcérée, puisqu’elle purge une peine d’emprisonnement au sens du *Code criminel* et qu’elle peut être déclarée coupable d’avoir été illégalement en liberté si elle n’observe pas les contraintes qui lui sont imposées.

Aux termes de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, un «pénitencier» est un établissement administré par le Service correctionnel du Canada pour la prise en charge et la garde des détenus (par. 2(1)). Il peut également s’agir d’une prison ou d’un hôpital constitué en pénitencier par ordre du commissaire, et de tout autre endroit déclaré tel par le gouverneur en conseil. En vertu de la Loi, des permissions de sortir avec escorte peuvent être accordées (art. 17). À mon avis, ces faits font clairement ressortir que, en tant que forme de sanction, l’incarcération ou emprisonnement est un régime qui n’exige peut-être pas la restriction totale de la liberté de déplacement.

La meilleure façon de bien comprendre l’essence de l’emprisonnement consiste à s’attacher aux contraintes non volontaires plutôt qu’au degré concret de confinement des détenus. Dans l’arrêt *R. c. Degan* (1985), 20 C.C.C. (3d) 293 (C.A. Sask.), la cour a jugé que n’est pas emprisonnée la personne tenue, aux termes d’une ordonnance de probation, de résider dans un centre de formation communautaire désigné [TRADUCTION] «établissement correctionnel» en vertu de l’al. 2(f) de la loi intitulée *Corrections Act*, R.S.S. 1978, ch. C-40, disposition qui était en vigueur au moment pertinent. S’exprimant au nom de la cour, le juge Vancise a dit ceci aux pp. 299 et 300:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l’espèce, le juge de la cour provinciale a imposé à l’appelant une période de probation qu’il a assortie d’une assignation à résidence, savoir l’obligation de résider au centre de formation de Saskatoon (Saskatoon Training Residence).

the time the sentence was imposed, impliedly, if not expressly, agreed or at the very least acquiesced to the terms and conditions of the probation order imposed by the provincial court judge. Specifically he agreed or acquiesced in the residency requirement. His living voluntarily at the Saskatoon Training Residence has a strong element of choice in the sense that he could have chosen to have the judge sentence him instead of suspending the passing of sentence. Imprisonment carries with it a complete lack of choice. There must be an involuntary element to the confinement before it can be said to be a restraint on the personal liberty or freedom of the appellant.

In the case of a conditional sentence, a regime uniquely suited to the offender is put in place by the terms of the order under which the conditional sentence is imposed. It is tailored to take into account the needs of the offender and those of the community into which he will need to be reintegrated. In my view, this includes taking full advantage of all community-based services, including residential programs, and including residential programs that may have a compulsory residential element, as long as the programs serve the ends expressed in s. 718 of the *Criminal Code*. When properly viewed as an alternative to incarceration as previously defined, conditional sentences do not preclude the resort to community-based facilities, some of which are residential, simply because they have a custodial aspect. Mental health facilities exist within our communities, and some of them offer residential programs which can clearly be an optional condition under s. 742.3(2)(f). The intent of s. 742.1 is to invite courts to draw on all available services in the community to act as an alternative to imprisonment in penal institutions.

As the present case illustrates, a person may be confined in a locked secure mental health facility under various legal provisions. The person may have been the subject of a civil committal under

Au moment de la détermination de la peine, l'appelant était représenté par un avocat et, au moment du prononcé de la peine, il a consenti implicitement sinon expressément, aux modalités et conditions de l'ordonnance de probation rendue par le juge de la cour provinciale, ou il y a à tout le moins acquiescé. Plus particulièrement, il a consenti ou acquiescé aux exigences en matière d'assignation à résidence. Le fait qu'il réside volontairement au centre de formation de Saskatoon dénote un fort aspect facultatif, en ce sens que l'appelant aurait pu choisir que le juge lui inflige une peine au lieu de surseoir au prononcé de celle-ci. L'emprisonnement se caractérise par une absence complète de choix. Le confinement doit avoir un caractère non volontaire pour qu'on puisse le qualifier de restriction à la liberté de l'appelant.

Dans le cas d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis, un régime spécialement adapté au délinquant est établi par les modalités de l'ordonnance octroyant le sursis. Il est conçu de façon à prendre en compte les besoins du délinquant et ceux de la collectivité au sein de laquelle ce dernier devra être réinséré. À mon avis, cela veut dire entre autres tirer pleinement parti des services offerts dans la collectivité, y compris des programmes de résidence, notamment ceux comportant un aspect obligatoire, dans la mesure où ces programmes servent les fins énoncées à l'art. 718 du *Code criminel*. Lorsque, comme il se doit, elles sont considérées comme des solutions de rechange à l'incarcération au sens indiqué précédemment, les peines d'emprisonnement avec sursis n'empêchent pas le recours aux établissements communautaires, dont certains sont des résidences, simplement parce qu'ils participent de la détention. Il y a des établissements psychiatriques au sein de nos collectivités et certains d'entre eux offrent des programmes de traitement en résidence qui peuvent clairement constituer une condition facultative visée à l'al. 742.3(2)(f). L'article 742.1 a pour but d'inviter les tribunaux à tirer parti de tous les services disponibles au sein de la collectivité afin de trouver une mesure de rechange à l'emprisonnement dans un établissement pénitentiaire.

Comme l'illustre le présent pourvoi, une personne peut-être internée dans un établissement psychiatrique sécuritaire en application de diverses dispositions législatives. Cette personne peut soit

the provisions of an applicable provincial mental health legislation, he or she may have been remanded by a criminal court for assessment, or he or she may have entered such programs voluntarily. The person may be there as part of the terms of a probation order, or under conditions set out by the National Parole Board. As indicated earlier, a person may also be there serving a term of imprisonment, if that part of the hospital has been designated a penitentiary within the meaning of the *Corrections and Conditional Release Act*. In my view, the person may also be there under a condition of a conditional sentence, at least one to which he or she consented.

avoir fait l'objet d'une mesure civile d'internement fondée sur une loi provinciale sur la santé mentale, soit avoir été renvoyée pour évaluation par une cour criminelle ou encore avoir décidé volontairement de participer à un tel programme. Cette personne peut se trouver dans un tel établissement conformément aux conditions d'une ordonnance de probation ou aux conditions fixées par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Comme il a été indiqué plus tôt, cette personne peut également se trouver dans le lieu en question pour y purger une peine d'emprisonnement, si le secteur de l'hôpital a été constitué en pénitencier au sens de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. À mon avis, elle peut également s'y trouver en application d'une condition assortissant une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, à tout le moins une condition à laquelle elle a consenti.

43 I stress that in this case the accused not only agreed to but advocated the terms that were imposed upon him by the sentencing judge, which included his confinement in a locked mental health institution. Whether a lock-up in a mental institution for two years against the will of an accused would have any therapeutic value, and whether it would be permissible under the *Code*, should be left for another day.

J'insiste sur le fait qu'en l'espèce l'accusé a non seulement accepté mais également sollicité les conditions que lui a imposées le juge chargé de déterminer la peine, notamment son internement dans un établissement psychiatrique sécuritaire. La question de savoir si le fait d'interner un accusé pendant deux ans contre son gré dans un établissement psychiatrique peut avoir quelque valeur thérapeutique et celle de savoir si une telle mesure est autorisée par le *Code* seront examinées à une autre occasion.

44 Referring to the unproclaimed hospital orders provisions of Bill C-41, the respondent submits that the legislative history of that bill reveals that Parliament did not intend s. 742.3(2) to empower sentencing judges to "allow a person to, in effect, be sentenced to a mental hospital" (respondent's factum, at para. 52). The respondent relies on the fact that provisions were included in Bill C-41 (ss. 747-747.8, reproduced in the appendix) that, it claims, dealt specifically with the type of sentencing order made by Chrumka Prov. Ct. J., and that these provisions were never proclaimed. I do not agree. Had these provisions been enacted, I do not believe that they would have had any bearing on the availability of residential treatment in a psychiatric facility under the terms of a conditional sen-

Quant aux dispositions relatives aux ordonnances de détention dans un hôpital du projet de loi C-41, dont l'entrée en vigueur n'a pas encore été proclamée, l'intimée plaide que l'historique législatif de ce projet de loi révèle que le législateur n'entendait pas que le par. 742.3(2) habilite les juges chargés de la détermination de la peine à [TRADUCTION] «permettre à une personne d'aller dans les faits purger sa peine dans un hôpital psychiatrique» (mémoire de l'intimée, au par. 52). L'intimée invoque le fait que le projet de loi C-41 comprend des dispositions (les art. 747 à 747.8, reproduits en annexe) qui, affirme-t-elle, portent directement sur le type d'ordonnance prononcée par le juge Chrumka de la Cour provinciale et que ces dispositions n'ont jamais été proclamées en

tence. Section 747.1(1), for example, would have empowered a court to order that “an offender be detained in a treatment facility as the initial part of a sentence of imprisonment [i.e., not a conditional sentence]” (emphasis added). Further, s. 747.1(1) would limit a court’s authority to make such orders to situations where the offender’s mental disorder was in an “acute phase”, such that “immediate treatment” was “urgently required to prevent further significant deterioration” or “to prevent the offender from causing serious bodily harm to any person”. As well, “a single period of treatment” could not exceed 60 days (s. 747.1(2)).

As these prerequisites and limits reveal, the hospital orders provisions were designed to prepare an offender, for whom a conditional sentence was inappropriate, for a lengthy stay in a penitentiary, and not to realize some or all of the restorative justice objectives which underlie and inform the conditional sentence regime.

Finally, the respondent argues that the use of conditional sentences to confine persons to psychiatric hospitals will have serious resource implications for the provinces. There is nothing in the material before us, in which only the Alberta Mental Health Board intervened, to suggest that the interpretation given by Chrumka *Prov. Ct. J.* to ss. 742.1 and 742.3 of the *Code* would create a non-manageable drain on resources. If successful, the alternative measures to incarceration will reduce the rate at which offenders are imprisoned and particularly will reduce the rate of incarceration in provincial correctional facilities where

vigueur. Je ne suis pas d’accord. Si ces dispositions avaient été en vigueur, je ne crois pas qu’elles auraient eu quelque incidence sur la possibilité de prescrire un traitement en résidence dans un établissement psychiatrique comme condition d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement. À titre d’exemple, le par. 747.1(1) aurait habilité le tribunal à ordonner que «la peine d’emprisonnement [et non la peine d’emprisonnement avec sursis] commence par une période de détention dans un centre de soins» (je souligne). En outre, le par. 747.1(1) limiterait le pouvoir du tribunal de prononcer de telles ordonnances aux cas où le délinquant est atteint de troubles mentaux en «phase aiguë», de telle sorte que le «traitement immédiat» de ce dernier «s’impose d’urgence pour empêcher soit que ne survienne une détérioration sérieuse de sa santé physique ou mentale, soit qu’il n’inflige à d’autres des lésions corporelles graves». De plus, «une seule période de traitement» ne pourrait durer plus de 60 jours (par. 747.1(2)).

Comme le révèlent ces conditions préalables et ces limites, les dispositions relatives aux ordonnances de détention dans un hôpital visent à préparer à un long séjour dans un pénitencier les délinquants pour lesquels l’emprisonnement avec sursis n’est pas une peine appropriée, et non pas à réaliser l’ensemble ou certains objectifs de justice corrective qui sont à la base du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement et guident son application.

Finalement, l’intimée affirme que le recours à l’emprisonnement avec sursis pour confiner certaines personnes dans des hôpitaux psychiatriques aura de sérieuses répercussions sur les ressources des provinces en la matière. Il n’y a rien au dossier du présent pourvoi, auquel seule l’Alberta Mental Health Board est intervenue, qui tende à indiquer que l’interprétation faite par le juge Chrumka de la Cour provinciale des art. 742.1 et 742.3 du *Code* aurait pour effet de grever ces ressources d’une manière ingérable. Si elles sont fructueuses, les mesures de rechange à l’incarcération auront pour effet de réduire le taux d’emprisonnement des

45

46

sentences under two years are served, obviously creating a substantial saving of public funds.

47 In *Proulx, supra*, this Court directed that sentencing judges consider the available resources in the community in which the sentence is to be served before imposing conditions that draw on community resources. This is what Chromka Prov. Ct. J. did in this case.

VI. Conclusion

48 I would allow the appeal and restore the sentence imposed by the trial judge. This was a legal and fit sentence and the one that best served the objectives of sentencing expressed in s. 718 of the *Criminal Code*. Moreover, it was the sentence that best ensured that the dangerousness of the appellant would be curtailed for the longest period of time, with both short-term and long-term benefits to the community at large.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

délinquants, plus particulièrement dans les établissements correctionnels provinciaux, où sont purgées les peines de moins de deux ans, ce qui se traduira clairement par de substantielles économies pour le Trésor public.

Dans l'arrêt *Proulx*, précité, notre Cour a précisé que le juge qui détermine la peine doit tenir compte des ressources qui existent dans la collectivité au sein de laquelle la peine doit être purgée avant d'imposer des conditions qui vont grever ces ressources. C'est ce qu'a fait le juge Chromka en l'espèce.

VI. Conclusion

J'accueillerais le pourvoi et rétablirais la peine infligée par le juge du procès. Cette peine était juste et conforme au droit. Elle était en outre celle qui servait le mieux les objectifs de détermination de la peine énoncés à l'art. 718 du *Code criminel*. De plus, il s'agissait de la peine qui offrait la meilleure garantie que la dangerosité de l'appelant serait limitée pendant la plus longue période, situation qui, tant à court terme qu'à long terme, présente des avantages pour l'ensemble de la collectivité.

ANNEXE

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants,

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

742.3 (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

(a) keep the peace and be of good behaviour;

(b) appear before the court when required to do so by the court;

(c) report to a supervisor

(i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and

(ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;

(d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and

(e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.

(2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:

(a) abstain from

(i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or

(ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;

(b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;

(c) provide for the support or care of dependants;

condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

742.3 (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

b) de répondre aux convocations du tribunal;

c) de se présenter à l'agent de surveillance:

(i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,

(ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;

d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;

e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de s'abstenir de consommer:

(i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,

(ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;

b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;

c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;

(d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;

(e) attend a treatment program approved by the province; and

(f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

742.6 . . .

(9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may

(a) take no action;

(b) change the optional conditions;

(c) suspend the conditional sentence order and direct

(i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and

(ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or

(d) determine the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

The "Hospital Orders" Provisions of the *Criminal Code*, S.C. 1995, c. 22, s. 6 (unproclaimed)

747. In this section and sections 747.1 to 747.8,

"assessment report" means a written report made pursuant to an assessment order made under section 672.11 by a psychiatrist who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry or, where a psychiatrist is not practicably available, by a medical practitioner;

"hospital order" means an order by a court under section 747.1 that an offender be detained in a treatment facility;

"treatment facility" means any hospital or place for treatment of the mental disorder of an offender, or a

d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;

e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;

f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

742.6 . . .

(9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis:

a) ne pas agir;

b) modifier les conditions facultatives;

c) suspendre l'ordonnance et ordonner:

(i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,

(ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;

d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

Les dispositions relatives aux «Ordonnances de détention dans un hôpital» du *Code criminel*, L.C. 1995, ch. 22, art. 6 (non en vigueur)

747. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 747.1 à 747.8.

«centre de soins» Lieu de traitement des délinquants atteints de troubles mentaux, notamment un hôpital, désigné — ou qui fait partie d'une catégorie de lieux désignés — par le gouverneur en conseil, par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où la peine est infligée ou par la personne à qui l'un ou l'autre a délégué par écrit expressément le pouvoir de procéder à cette désignation.

«ordonnance de détention dans un hôpital» Ordonnance que rend un tribunal en vertu de l'article 747.1 et pré-

place within a class of such places, designated by the Governor in Council, the lieutenant governor in council of the province in which the offender is sentenced or a person to whom authority has been delegated in writing for that purpose by the Governor in Council or that lieutenant governor in council.

747.1 (1) A court may order that an offender be detained in a treatment facility as the initial part of a sentence of imprisonment where it finds, at the time of sentencing, that the offender is suffering from a mental disorder in an acute phase and the court is satisfied, on the basis of an assessment report and any other evidence, that immediate treatment of the mental disorder is urgently required to prevent further significant deterioration of the mental or physical health of the offender, or to prevent the offender from causing serious bodily harm to any person.

(2) A hospital order shall be for a single period of treatment not exceeding sixty days, subject to any terms and conditions that the court considers appropriate.

747.2 (1) In a hospital order, the court shall specify that the offender be detained in a particular treatment facility recommended by the central administration of any penitentiary, prison or other institution to which the offender has been sentenced to imprisonment, unless the court is satisfied, on the evidence of a medical practitioner, that serious harm to the mental or physical health of the offender would result from travelling to that treatment facility or from the delay occasioned in travelling there.

(2) Where the court does not follow a recommendation referred to in subsection (1), it shall order that the offender be detained in a treatment facility that is reasonably accessible to the place where the accused is detained when the hospital order is made or to the place where the court is located.

747.3 No hospital order may be made unless the offender and the person in charge of the treatment facility where the offender is to be detained consent to the order and its terms and conditions, but nothing in this section shall be construed as making unnecessary the

voyant la détention d'un délinquant dans un centre de soins.

«rapport d'évaluation» Rapport écrit fait en conformité avec une ordonnance d'évaluation rendue en vertu de l'article 672.11 par un psychiatre autorisé en vertu des lois d'une province à exercer la psychiatrie ou, si aucun psychiatre n'est disponible, par un médecin.

747.1 (1) Le tribunal, s'il conclut, au moment d'infliger une peine d'emprisonnement à un délinquant, que celui-ci est atteint de troubles mentaux en phase aiguë peut, s'il est convaincu, à la lumière du rapport d'évaluation préparé à l'égard du délinquant et de tous les autres éléments de preuve qui ont été présentés, que le traitement immédiat de celui-ci s'impose d'urgence pour empêcher soit que ne survienne une détérioration sérieuse de sa santé physique ou mentale, soit qu'il n'inflige à d'autres des lésions corporelles graves, ordonner que la peine d'emprisonnement commence par une période de détention dans un centre de soins.

(2) Une ordonnance de détention dans un hôpital ne peut être rendue que pour une seule période de traitement d'une durée maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal juge indiquées.

747.2 (1) Si l'administration centrale du pénitencier, de la prison ou de tout autre établissement où le délinquant a été condamné à purger sa peine d'emprisonnement recommande, pour l'exécution d'une ordonnance de détention dans un hôpital, que le délinquant soit détenu dans un centre de soins particulier pour y purger la première partie de sa peine, le tribunal est tenu d'ordonner la détention du délinquant dans cet établissement sauf si le témoignage d'un médecin le convainc que les transfèrements du délinquant vers cet établissement ou les délais qui en résulteront risquent de causer un dommage grave à la santé physique ou mentale du délinquant.

(2) S'il ne retient pas la recommandation qui lui est faite en vertu du paragraphe (1), le tribunal ordonne que le délinquant soit détenu dans un centre de soins plus facile d'accès, à partir du tribunal ou du lieu de sa détention au moment où l'ordonnance est rendue.

747.3 L'ordonnance de détention dans un hôpital ne peut être rendue à l'égard d'un délinquant que si celui-ci et le centre de soins où il doit être détenu y consentent et en acceptent les modalités; toutefois le présent article ne porte pas atteinte à l'obligation d'obtenir les autorisa-

obtaining of any authorization or consent to treatment from any other person that is or may be required otherwise than under this Act.

747.4 No hospital order may be made in respect of an offender

(a) who is convicted of or is serving a sentence imposed in respect of a conviction for an offence for which a minimum punishment of imprisonment for life is prescribed by law;

(b) who has been found to be a dangerous offender pursuant to section 753;

(c) where the term of imprisonment to be served by the offender does not exceed sixty days;

(d) where the term of imprisonment is imposed on the offender in default of payment of a fine or of a victim fine surcharge imposed under subsection 737(1); or

(e) where the sentence of imprisonment imposed on the offender is ordered under paragraph 732(1)(a) to be served intermittently.

747.5 (1) An offender shall be sent or returned to a prison to serve the portion of the offender's sentence that remains unexpired where

(a) the hospital order expires before the expiration of the sentence; or

(b) the consent to the detention of the offender in the treatment facility pursuant to the hospital order is withdrawn either by the offender or by the person in charge of the treatment facility.

(2) Before the expiration of a hospital order in respect of an offender, the offender may be transferred from the treatment facility specified in the hospital order to another treatment facility where treatment of the offender's mental disorder is available, if the court authorizes the transfer in writing and the person in charge of the treatment facility consents.

747.6 Each day that an offender is detained under a hospital order shall be treated as a day of service of the term of imprisonment of the offender, and the offender shall be deemed, for all purposes, to be lawfully confined in a prison during that detention.

747.7 Notwithstanding section 12 of the *Corrections and Conditional Release Act*, an offender in respect of whom a hospital order is made and who is sentenced or committed to a penitentiary may, during the period for which that order is in force, be received in a penitentiary before the expiration of the time limited by law for an

tions ou consentements au traitement requis ou pourrait être requis par ailleurs.

747.4 Il ne peut être rendu d'ordonnance de détention dans un hôpital à l'égard d'un délinquant:

a) qui a été condamné à une peine infligée à la suite d'une condamnation pour une infraction pour laquelle la loi impose l'emprisonnement à perpétuité à titre de peine minimale, ou qui purge une telle peine;

b) qui a été déclaré, conformément à l'article 753, être un délinquant dangereux;

c) lorsque la peine d'emprisonnement que le délinquant doit purger ne dépasse pas soixante jours;

d) lorsque la peine d'emprisonnement est infligée en raison du défaut de paiement d'une amende ou de la suramende compensatoire infligée en vertu du paragraphe 737(1);

e) lorsqu'il est ordonné en vertu de l'alinéa 732(1)a) que la peine soit purgée de façon discontinue.

747.5 (1) Le délinquant doit être envoyé dans une prison pour y purger le reste de sa peine à la fin de la période de validité de l'ordonnance de détention dans un hôpital si elle se termine avant l'expiration prévue de sa peine ou si le délinquant ou le responsable du centre de soins retire le consentement qu'il avait donné.

(2) Pendant la période de validité de l'ordonnance de détention dans un hôpital, le délinquant peut être transféré du centre de soins où il est détenu vers un autre centre de soins où il pourra être traité, à la condition que le tribunal l'autorise par écrit et que le responsable du centre y consente.

747.6 Le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement qui est détenu en conformité avec une ordonnance de détention dans un hôpital est réputé purger sa peine et détenu légalement dans une prison pendant toute la durée de sa détention.

747.7 Par dérogation à l'article 12 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le délinquant qui fait l'objet d'une ordonnance de détention dans un hôpital et qui a été condamné au pénitencier peut, pendant la période de validité de l'ordonnance, être écroué dans un pénitencier avant l'expiration

appeal and shall be detained in the treatment facility specified in the order during that period.

747.8 Where a court makes a hospital order in respect of an offender, the court shall cause a copy of the order and of the warrant of committal issued pursuant to subsection 747.1 to be sent to the central administration of the penitentiary, prison or other institution where the term of imprisonment imposed on the offender is to be served and to the treatment facility where the offender is to be detained for treatment.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

49

The introduction of the conditional sentence in 1996 allows for certain offenders who would normally have been sentenced to prison to serve their sentences in the community. The central issue in this case is whether the existing conditional sentencing scheme permits a sentencing judge to impose a conditional sentence to be served in a locked psychiatric institution. The more narrow issue to be decided is whether the preconditions at s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for imposing a conditional sentence, were met in the circumstances of this case. I caution at the outset that, in attempting to resolve these issues, the question is not whether we would agree with the sentencing judge that the appellant is better off receiving psychiatric care in a locked psychiatric ward than in prison but whether such a condition can even form the basis of a conditional sentencing order.

50

I have concluded that the Court of Appeal was correct in overturning the conditional sentence in this case. The conditional sentence was inappropriate both because the precondition that the appellant

du délai légal d'appel et est détenu au centre de soins désigné dans l'ordonnance durant cette période de validité.

747.8 Lorsqu'il rend une ordonnance de détention dans un hôpital à l'égard d'un délinquant, le tribunal doit veiller à ce qu'une copie de l'ordonnance et du mandat d'incarcération délivré en vertu de l'article 747.1 soit remise à l'administration centrale du pénitencier, de la prison ou de tout autre établissement où la peine d'emprisonnement infligée au délinquant doit être purgée et au centre de soins où il doit être détenu pour traitement.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

L'introduction, en 1996, de la peine d'emprisonnement avec sursis permet dorénavant à certains délinquants qui auraient normalement été incarcérés de purger leur peine au sein de la collectivité. La question centrale que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le régime actuel d'octroi du sursis à l'emprisonnement permet au juge chargé de déterminer la peine d'ordonner que l'emprisonnement avec sursis soit purgé dans un établissement psychiatrique sécuritaire. La question plus précise qui doit être tranchée consiste à déterminer si les conditions préalables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement, prévues à l'art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ont été respectées dans le présent cas. D'entrée de jeu, je tiens à signaler que, pour trancher les questions susmentionnées, il ne s'agit pas de décider si nous partageons l'avis du juge qui a déterminé la peine que l'appelant est mieux s'il est enfermé dans une aile psychiatrique, où il reçoit des soins, plutôt qu'en prison, mais bien de déterminer s'il est même possible de fonder une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sur une telle condition.

J'en suis arrivé à la conclusion que la Cour d'appel a eu raison d'écarter l'emprisonnement avec sursis prononcé en l'espèce. Cette peine était inappropriée, d'une part parce que la condition

not endanger the safety of the community was not satisfied and because the conditional sentencing regime does not contemplate serving a sentence in a locked psychiatric unit of a hospital.

II. Factual Background

The appellant is a mentally ill offender who constructed elaborate explosive devices which could have caused mass destruction to property, serious injury to persons or death. On July 20, 1998, the appellant stated to a co-worker at Edmonton's Department of Transportation that he had thought about blowing up a dog to calm himself. The next day, while apologizing to the co-worker, the appellant pulled a gym bag from his car to show the co-worker its contents. Inside the bag was a jar filled with fluid and wires which the co-worker believed to be a bomb. The following day, the appellant was absent from work and the police were notified.

The police went to the appellant's apartment and found it in disarray with PVC pipes, electrical components, wires and transistors in the living room and in the kitchen. A search warrant was obtained and the police found electrical components, systems, tools and diagnostic equipment, as well as literature pertaining to the construction and preparation of explosive devices, on the Oklahoma City bombing and on the Waco, Texas armed standoff. The police also found two pipe bombs, two unused detonators, one used detonator and enough ammonia nitrate to damage the appellant's apartment and apartments two to three stories above and two or three away to the sides of his apartment. A suicide bomb, capable of destroying the vehicle and injuring people and damaging property within a 75-metre radius, was also found in the appellant's vehicle along with extremely unstable explosive substances and toxic chemicals. The sole requirement for the suicide bomb to deploy was the movement of a switch by the

préalable que l'appelant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité n'était pas respectée et, d'autre part, parce que le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement n'envisage pas l'exécution de la peine dans un service psychiatrique sécuritaire au sein d'un hôpital.

II. Le contexte factuel

L'appelant est un délinquant atteint de troubles mentaux qui a fabriqué des engins explosifs complexes, susceptibles de causer des dommages considérables et de causer la mort ou des blessures graves. Le 20 juillet 1998, l'appelant a déclaré à un collègue de travail du Service des transports de la ville d'Edmonton qu'il avait pensé faire exploser un chien pour se calmer. Le lendemain, pendant qu'il s'excusait auprès de ce collègue, l'appelant a sorti un sac de sport de sa voiture et lui en a montré le contenu. Le sac renfermait un pot rempli de liquide et de fils, que le collègue a cru être une bombe. Le lendemain, l'appelant s'est absenté du travail et la police a été avisée.

Les policiers se sont rendus à l'appartement de l'appelant où ils ont trouvé, parmi le désordre qui y régnait, des tuyaux de PCV, des éléments électriques, des fils et des transistors dans la salle de séjour et la cuisine. Après avoir obtenu un mandat de perquisition, les policiers ont découvert dans l'appartement des éléments électriques, des circuits, des outils et de l'équipement de test, de même que des livres concernant la fabrication et la préparation d'engins explosifs, l'attentat à la bombe d'Oklahoma City et l'affrontement armé de Waco au Texas. Les policiers ont également trouvé deux bombes tuyaux, deux détonateurs inutilisés, un détonateur utilisé et suffisamment de nitrate d'ammonium pour endommager l'appartement de l'appelant ainsi que les appartements situés deux à trois étages au-dessus du sien et deux ou trois appartements de chaque côté. De plus, on a trouvé dans le véhicule de l'appelant une bombe suicide assez puissante pour détruire le véhicule et causer des blessures et des dommages matériels dans un rayon de 75 mètres, ainsi que des substances explosives extrêmement instables et des produits chimiques toxiques. Pour faire exploser la bombe suicide, il suffisait que l'opérateur ou à la victime

51

52

operator or a victim. All persons in the surrounding area would have been killed or seriously injured.

53 The appellant was charged with two offences: unlawful possession of an explosive substance contrary to s. 100(12) of the *Code*, and unlawful possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 87 of the *Code*. The appellant entered a guilty plea to both charges. He was held in a secured psychiatric unit of the Alberta Hospital Edmonton (the "Alberta Hospital") while awaiting sentencing.

54 At the sentencing hearing, it was revealed that the appellant was subject to a prohibition order at the time these offences were committed, prohibiting him from possessing firearms, ammunition and explosives because of a 1993 incident where he brought a firearm to work with the intent of shooting a co-worker. He was charged under s. 87 of the *Code* and received a conditional discharge, three years' probation, and a 10-year firearms prohibition. In January 1998, the appellant had also injured his finger while building a detonator device.

55 At the sentencing hearing, the appellant's attending physician testified that the appellant suffers from depression and a personality disorder with obsessive compulsive and paranoid features. The medical evidence also established that the appellant was engaged in dangerous activity in the past even while undergoing treatment and that he had previously been an in-patient at the Alberta Hospital. Pursuant to s. 742.1 of the *Code*, Judge Chrumka, of the Alberta Provincial Court, ordered a conditional sentence of two years less a day to be served in a locked psychiatric treatment unit of the Alberta Hospital until a consensus was reached among psychiatrists that the appellant could be transferred out of the locked unit. The Court of Appeal substituted a sentence of three years in a penitentiary, which it reduced to two years less a

actionne l'interrupteur. Toute personne se trouvant dans le secteur aurait été tuée ou gravement blessée.

L'appellant a été mis en accusation relativement à deux infractions: possession sans excuse légitime d'une substance explosive, contrairement au par. 100(12) du *Code*, et possession illégale d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'art. 87 du *Code*. L'appellant a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation. Il a été détenu dans l'aile psychiatrique sécuritaire de l'Alberta Hospital d'Edmonton (ci-après l'«Alberta Hospital») en attendant la détermination de sa peine.

À l'audience de détermination de sa peine, il a été révélé qu'au moment où il avait commis ces infractions, l'appellant était sous le coup d'une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions et des explosifs en raison d'un événement remontant à 1993, savoir le fait d'avoir apporté une arme à feu au travail dans l'intention de faire feu sur un collègue. L'appellant, qui avait été inculpé en vertu de l'art. 87 du *Code*, avait reçu une absolution conditionnelle assortie d'une ordonnance de probation de trois ans et de l'interdiction d'avoir en sa possession une arme à feu pendant une période de 10 ans. En outre, en janvier 1998, l'appellant s'était blessé au doigt en fabriquant un détonateur.

À l'audience de détermination de la peine, le docteur traitant de l'appellant a témoigné que celui-ci souffrait de dépression et de troubles de la personnalité, en plus de présenter des caractéristiques obsessionnelles-compulsives et paranoïdes. La preuve médicale a également établi, d'une part, que l'appellant s'était adonné à des activités dangereuses dans le passé, alors même qu'il suivait des traitements et, d'autre part, qu'il avait été hospitalisé à l'Alberta Hospital. En vertu de l'art. 742.1 du *Code*, le juge Chrumka de la Cour provinciale de l'Alberta a ordonné à l'appellant de purger une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour dans l'aile sécuritaire de traitement psychiatrique de l'Alberta Hospital, jusqu'à ce que les psychiatres décident, par consensus, qu'il pouvait être transféré hors de cette aile. La Cour

day in recognition of the time the appellant had already spent in custody. It also ordered a three-year probation period subject to substantially the same terms and conditions imposed by Chrumka Prov. Ct. J.

The appellant has already served eight months of the penitentiary sentence ordered by the Court of Appeal and is currently on parole. One of the conditions of his parole order is that he reside at the psychiatric unit of the Alberta Hospital where his movements will be tightly controlled.

III. Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating

d'appel a substitué à la peine initiale une peine d'emprisonnement de trois ans dans un pénitencier, qui a été réduite à deux ans moins un jour pour tenir compte du temps déjà passé sous garde par l'appelant. La cour lui a en outre imposé une période de probation de trois ans, assujettie essentiellement aux mêmes conditions que celles fixées par le juge Chrumka.

L'appelant a déjà purgé huit mois de la peine d'emprisonnement dans un pénitencier que lui a infligée la Cour d'appel et il bénéficie présentement d'une libération conditionnelle. Conformément à une des conditions de son ordonnance de libération conditionnelle, il doit demeurer dans l'aile psychiatrique de l'Alberta Hospital, où ses allées et venues seront étroitement surveillées.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de

circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

- (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
- (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,
- (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or
- (iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

- (b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;
- (c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;
- (d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and
- (e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

- (a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and
- (b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

- (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
- (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants,
- (iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,
- (iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

742.3 (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

- (a) keep the peace and be of good behaviour;
- (b) appear before the court when required to do so by the court;
- (c) report to a supervisor
 - (i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and
 - (ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;
- (d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and
- (e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.

(2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:

- (a) abstain from
 - (i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or
 - (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
- (b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (c) provide for the support or care of dependants;
- (d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;
- (e) attend a treatment program approved by the province; and
- (f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

742.3 (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;
- b) de répondre aux convocations du tribunal;
- c) de se présenter à l'agent de surveillance:
 - (i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,
 - (ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;
- d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;
- e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- a) de s'abstenir de consommer:
 - (i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,
 - (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;
- e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;
- f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

The “Hospital Orders” Provisions of the *Criminal Code*, S.C. 1995, c. 22, s. 6 (not yet in force)

747. In this section and sections 747.1 to 747.8,

“assessment report” means a written report made pursuant to an assessment order made under section 672.11 by a psychiatrist who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry or, where a psychiatrist is not practicably available, by a medical practitioner;

“hospital order” means an order by a court under section 747.1 that an offender be detained in a treatment facility;

“treatment facility” means any hospital or place for treatment of the mental disorder of an offender, or a place within a class of such places, designated by the Governor in Council, the lieutenant governor in council of the province in which the offender is sentenced or a person to whom authority has been delegated in writing for that purpose by the Governor in Council or that lieutenant governor in council.

747.1 (1) A court may order that an offender be detained in a treatment facility as the initial part of a sentence of imprisonment where it finds, at the time of sentencing, that the offender is suffering from a mental disorder in an acute phase and the court is satisfied, on the basis of an assessment report and any other evidence, that immediate treatment of the mental disorder is urgently required to prevent further significant deterioration of the mental or physical health of the offender, or to prevent the offender from causing serious bodily harm to any person.

(2) A hospital order shall be for a single period of treatment not exceeding sixty days, subject to any terms and conditions that the court considers appropriate.

747.2 (1) In a hospital order, the court shall specify that the offender be detained in a particular treatment facility recommended by the central administration of any penitentiary, prison or other institution to which the offender has been sentenced to imprisonment, unless the court is satisfied, on the evidence of a medical practitioner, that serious harm to the mental or physical health

Les dispositions relatives aux «Ordonnances de détention dans un hôpital» du *Code criminel*, L.C. 1995, ch. 22, art. 6 (non en vigueur)

747. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 747.1 à 747.8.

«centre de soins» Lieu de traitement des délinquants atteints de troubles mentaux, notamment un hôpital, désigné — ou qui fait partie d'une catégorie de lieux désignés — par le gouverneur en conseil, par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où la peine est infligée ou par la personne à qui l'un ou l'autre a délégué par écrit expressément le pouvoir de procéder à cette désignation.

«ordonnance de détention dans un hôpital» Ordonnance que rend un tribunal en vertu de l'article 747.1 et prévoyant la détention d'un délinquant dans un centre de soins.

«rapport d'évaluation» Rapport écrit fait en conformité avec une ordonnance d'évaluation rendue en vertu de l'article 672.11 par un psychiatre autorisé en vertu des lois d'une province à exercer la psychiatrie ou, si aucun psychiatre n'est disponible, par un médecin.

747.1 (1) Le tribunal, s'il conclut, au moment d'infliger une peine d'emprisonnement à un délinquant, que celui-ci est atteint de troubles mentaux en phase aiguë peut, s'il est convaincu, à la lumière du rapport d'évaluation préparé à l'égard du délinquant et de tous les autres éléments de preuve qui ont été présentés, que le traitement immédiat de celui-ci s'impose d'urgence pour empêcher soit que ne survienne une détérioration sérieuse de sa santé physique ou mentale, soit qu'il n'inflige à d'autres des lésions corporelles graves, ordonner que la peine d'emprisonnement commence par une période de détention dans un centre de soins.

(2) Une ordonnance de détention dans un hôpital ne peut être rendue que pour une seule période de traitement d'une durée maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal juge indiquées.

747.2 (1) Si l'administration centrale du pénitencier, de la prison ou de tout autre établissement où le délinquant a été condamné à purger sa peine d'emprisonnement recommande, pour l'exécution d'une ordonnance de détention dans un hôpital, que le délinquant soit détenu dans un centre de soins particulier pour y purger la première partie de sa peine, le tribunal est tenu

of the offender would result from travelling to that treatment facility or from the delay occasioned in travelling there.

(2) Where the court does not follow a recommendation referred to in subsection (1), it shall order that the offender be detained in a treatment facility that is reasonably accessible to the place where the accused is detained when the hospital order is made or to the place where the court is located.

747.3 No hospital order may be made unless the offender and the person in charge of the treatment facility where the offender is to be detained consent to the order and its terms and conditions, but nothing in this section shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent to treatment from any other person that is or may be required otherwise than under this Act.

747.4 No hospital order may be made in respect of an offender

- (a) who is convicted of or is serving a sentence imposed in respect of a conviction for an offence for which a minimum punishment of imprisonment for life is prescribed by law;
- (b) who has been found to be a dangerous offender pursuant to section 753;
- (c) where the term of imprisonment to be served by the offender does not exceed sixty days;
- (d) where the term of imprisonment is imposed on the offender in default of payment of a fine or of a victim fine surcharge imposed under subsection 737(1); or
- (e) where the sentence of imprisonment imposed on the offender is ordered under paragraph 732(1)(a) to be served intermittently.

747.5 (1) An offender shall be sent or returned to a prison to serve the portion of the offender's sentence that remains unexpired where

- (a) the hospital order expires before the expiration of the sentence; or
- (b) the consent to the detention of the offender in the treatment facility pursuant to the hospital order is withdrawn either by the offender or by the person in charge of the treatment facility.

d'ordonner la détention du délinquant dans cet établissement sauf si le témoignage d'un médecin le convainc que les transfèrements du délinquant vers cet établissement ou les délais qui en résulteront risquent de causer un dommage grave à la santé physique ou mentale du délinquant.

(2) S'il ne retient pas la recommandation qui lui est faite en vertu du paragraphe (1), le tribunal ordonne que le délinquant soit détenu dans un centre de soins plus facile d'accès, à partir du tribunal ou du lieu de sa détention au moment où l'ordonnance est rendue.

747.3 L'ordonnance de détention dans un hôpital ne peut être rendue à l'égard d'un délinquant que si celui-ci et le centre de soins où il doit être détenu y consentent et en acceptent les modalités; toutefois le présent article ne porte pas atteinte à l'obligation d'obtenir les autorisations ou consentements au traitement requis ou pourrait être requis par ailleurs.

747.4 Il ne peut être rendu d'ordonnance de détention dans un hôpital à l'égard d'un délinquant:

- a) qui a été condamné à une peine infligée à la suite d'une condamnation pour une infraction pour laquelle la loi impose l'emprisonnement à perpétuité à titre de peine minimale, ou qui purge une telle peine;
- b) qui a été déclaré, conformément à l'article 753, être un délinquant dangereux;
- c) lorsque la peine d'emprisonnement que le délinquant doit purger ne dépasse pas soixante jours;
- d) lorsque la peine d'emprisonnement est infligée en raison du défaut de paiement d'une amende ou de la suramende compensatoire infligée en vertu du paragraphe 737(1);
- e) lorsqu'il est ordonné en vertu de l'alinéa 732(1)a) que la peine soit purgée de façon discontinue.

747.5 (1) Le délinquant doit être envoyé dans une prison pour y purger le reste de sa peine à la fin de la période de validité de l'ordonnance de détention dans un hôpital si elle se termine avant l'expiration prévue de sa peine ou si le délinquant ou le responsable du centre de soins retire le consentement qu'il avait donné.

(2) Before the expiration of a hospital order in respect of an offender, the offender may be transferred from the treatment facility specified in the hospital order to another treatment facility where treatment of the offender's mental disorder is available, if the court authorizes the transfer in writing and the person in charge of the treatment facility consents.

747.6 Each day that an offender is detained under a hospital order shall be treated as a day of service of the term of imprisonment of the offender, and the offender shall be deemed, for all purposes, to be lawfully confined in a prison during that detention.

747.7 Notwithstanding section 12 of the *Corrections and Conditional Release Act*, an offender in respect of whom a hospital order is made and who is sentenced or committed to a penitentiary may, during the period for which that order is in force, be received in a penitentiary before the expiration of the time limited by law for an appeal and shall be detained in the treatment facility specified in the order during that period.

747.8 Where a court makes a hospital order in respect of an offender, the court shall cause a copy of the order and of the warrant of committal issued pursuant to subsection 747.1 to be sent to the central administration of the penitentiary, prison or other institution where the term of imprisonment imposed on the offender is to be served and to the treatment facility where the offender is to be detained for treatment.

IV. Judicial History

A. *Alberta Provincial Court*

58

Chrumka Prov. Ct. J. held that a conditional sentence was suitable on the basis that the appellant's behaviour was linked primarily to his mental illness. He concluded that the appellant would not pose a danger to the community, provided the term "community" was defined as the secure psychiatric unit of the Alberta Hospital. He imposed a conditional sentence of two years less a day, to which he attached the following conditions:

- that the community be defined as the Alberta Hospital;

(2) Pendant la période de validité de l'ordonnance de détention dans un hôpital, le délinquant peut être transféré du centre de soins où il est détenu vers un autre centre de soins où il pourra être traité, à la condition que le tribunal l'autorise par écrit et que le responsable du centre y consente.

747.6 Le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement qui est détenu en conformité avec une ordonnance de détention dans un hôpital est réputé purger sa peine et détenu légalement dans une prison pendant toute la durée de sa détention.

747.7 Par dérogation à l'article 12 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le délinquant qui fait l'objet d'une ordonnance de détention dans un hôpital et qui a été condamné au pénitencier peut, pendant la période de validité de l'ordonnance, être écroué dans un pénitencier avant l'expiration du délai légal d'appel et est détenu au centre de soins désigné dans l'ordonnance durant cette période de validité.

747.8 Lorsqu'il rend une ordonnance de détention dans un hôpital à l'égard d'un délinquant, le tribunal doit veiller à ce qu'une copie de l'ordonnance et du mandat d'incarcération délivré en vertu de l'article 747.1 soit remise à l'administration centrale du pénitencier, de la prison ou de tout autre établissement où la peine d'emprisonnement infligée au délinquant doit être purgée et au centre de soins où il doit être détenu pour traitement.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de l'Alberta*

Le juge Chrumka de la Cour provinciale a estimé que l'emprisonnement avec sursis était une peine appropriée, puisque la conduite de l'appelant était liée principalement à sa maladie mentale. Il a jugé que l'appelant ne mettrait pas en danger la collectivité, dans la mesure où le terme «*community*» («collectivité») s'entendait de l'aile psychiatrique sécuritaire de l'Alberta Hospital. Le juge a prononcé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, qu'il a assortie des conditions suivantes:

- le mot «*community*» («collectivité») doit s'entendre de l'Alberta Hospital;

- that the appellant report immediately to the Director of Forensic Services or his or her deputy at the Alberta Hospital;
- that he remain within the jurisdiction of the court, absent written permission from the court or his supervisor to leave the jurisdiction;
- that he notify the court or his supervisor of any change in address or employment;
- that he remain in a locked, secure psychiatric treatment unit of the Alberta Hospital until a consensus of psychiatric professionals decides to transfer him from the locked unit;
- if transferred from the locked unit of the Alberta Hospital, that he reside at such treatment facility as directed by Dr. Tweddle, his attending physician, or her designate or successor;
- that he comply with all treatment programs and take all medications prescribed by Dr. Tweddle, or her designate or successor;
- that he abstain from consuming alcohol or other intoxicating substances; and
- that he abstain from possessing firearms, ammunition or explosive substances.

Chrumka Prov. Ct. J. also ordered that the appellant be placed on three years' probation following the completion of his conditional sentence, to which he attached a number of conditions, including:

- that he pursue any treatment, counselling or therapy as directed by his probation officer, including attendance at Forensic Assessment;
- that he reside at any address directed by Dr. Tweddle or her designate or successor if allowed to leave the locked unit;
- that he refrain from the use of alcohol and intoxicating substances; and
- with the appellant's consent, Chrumka Prov. Ct. J. imposed a lifetime prohibition against the

- l'appelant doit se présenter immédiatement chez le directeur du service médico-légal de l'Alberta Hospital ou son adjoint;
- rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par son surveillant;
- prévenir le tribunal ou son surveillant de ses changements d'adresse ou d'emploi;
- l'appelant doit demeurer dans l'aile de traitement psychiatrique sécuritaire de l'Alberta Hospital jusqu'à ce qu'un groupe de professionnels de la psychiatrie décide, par consensus, de le transférer hors de ce service;
- s'il est transféré hors de l'aile sécuritaire de l'Alberta Hospital, l'appelant doit demeurer au centre de soins précisé par le Dr Tweddle — son médecin traitant — ou par la personne qu'elle aura désignée ou qui lui aura succédé;
- l'appelant doit suivre tous les traitements et prendre les médicaments prescrits par le Dr Tweddle ou la personne qu'elle aura désignée ou qui lui aura succédé;
- l'appelant doit s'abstenir de consommer de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes;
- l'appelant doit s'abstenir d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives.

Le juge Chrumka a également ordonné que l'appelant soit mis en probation pendant trois ans au terme du sursis à l'emprisonnement, à certaines conditions, notamment:

- suivre les traitements, séances de counselling ou thérapies ordonnés par son agent de probation, y compris se présenter à l'évaluation médico-légale;
- résider à l'adresse que lui aura indiquée le Dr Tweddle ou la personne qu'elle aura désignée ou qui lui aura succédé;
- s'abstenir de consommer de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes;
- avec le consentement de l'appelant, le juge Chrumka lui a imposé une interdiction

possession of any firearms, ammunition or explosive substances.

B. *Alberta Court of Appeal* (1999), 232 A.R. 289

(a) Nash J.A. (Cairns and O'Leary JJ.A. concurring)

perpétuelle d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (1999), 232 A.R. 289

a) Le juge Nash (avec l'appui des juges Cairns et O'Leary)

60

Nash J.A. held that the sentencing judge erred in granting a conditional sentence since the condition precedent, that the appellant not endanger the safety of the community, had not been met. Nash J.A. cited the testimony of two forensic psychiatrists, Dr. Singh and Dr. Tweddle, who described the appellant as depressed, delusional, obsessive compulsive, angry, blaming, vengeful, lacking in social restraint, preoccupied with death, with violent thoughts of destruction and persecution, and with deeply ingrained personality difficulties. Dr. Singh testified that the appellant's mental illness coupled with his interest in explosives do not bode well for future public safety. Dr. Tweddle testified that the appellant had "operationalized" fantasies of being powerful and this made him potentially dangerous. She admitted that prior attempts at treating the appellant had failed and that his behaviour had escalated. Nash J.A. also referred to the opinion of a third doctor, Dr. Cadsky, who maintained that the appellant posed a danger whether treated or not, and that his condition had deteriorated while undergoing treatment.

Le juge Nash a conclu que le juge chargé de déterminer de la peine a commis une erreur en accordant le sursis à l'emprisonnement puisque la condition préalable, savoir que l'appelant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité, n'était pas remplie. Le juge Nash a cité le témoignage des D^{rs} Singh et Tweddle, deux psychiatres légistes, qui ont décrit l'appelant comme étant déprimé, sujet au délire, obsessionnel-compulsif, hargneux, accusateur, rancunier, faisant preuve d'un manque de retenue en présence d'autrui, préoccupé par la mort et par des idées de destruction et de persécution brutales et souffrant de troubles de la personnalité profondément enracinés. Le D^r Singh a témoigné que la maladie mentale de l'appelant, conjuguée à son intérêt pour les explosifs, n'augure rien de bon pour la sécurité du public. Le D^r Tweddle a déposé que l'appelant avait [TRADUCTION] «opérationnalisé» ses fantasmes de puissance et que cela le rendait potentiellement dangereux. Elle a admis que les tentatives de traitement de l'appelant dans le passé avaient échoué et que son comportement avait empiré. Le juge Nash s'est également référée à l'avis d'un troisième médecin, le D^r Cadsky, qui a affirmé que l'appelant représentait un danger, qu'il soit traité ou non, et que son état s'était détérioré au cours du traitement.

61

Nash J.A. noted that there was evidence of the appellant's non-compliance with a past court order, that the appellant had been undergoing psychiatric treatment while he was acquiring his arsenal of explosives, and that treatment was also available in a prison setting. Finding that all psychiatric witnesses had testified that the appellant posed a danger to the public, Nash J.A. concluded that the appellant was potentially very dangerous and that the best that could be predicted was that, with treatment, he might become less so. For this reason, the safety condition precedent was not sat-

Madame le juge Nash a souligné que des éléments de preuve indiquaient que l'appelant avait dérogé dans le passé à une ordonnance du tribunal, qu'il avait fait l'acquisition de son arsenal d'explosifs en même temps qu'il suivait un traitement psychiatrique et que des traitements étaient également offerts en milieu carcéral. Constatant que tous les témoins psychiatres avaient déposé que l'appelant représentait un danger pour le public, le juge Nash a déclaré que l'appelant était potentiellement très dangereux et que, dans le meilleur des scénarios, on pouvait tout ou plus affirmer qu'il pourrait

isfied and a conditional sentence was not an available sentence. The Court of Appeal conveyed this as follows, at p. 294:

The evidence either viva voce or by way of reports all confirm unequivocally that [the appellant] is an extreme danger to the community. The criminal justice system must balance the treatment of an accused with the protection of the public. However, the desire to rehabilitate the accused must not be allowed to distort the sentencing process.

(b) O’Leary J.A. (Cairns and Nash J.J.A concurring), on the substituted sentence

In determining an appropriate sentence, O’Leary J.A. noted the following aggravating factors: the quantity, variety and potential destructive capacity of the explosives; the appellant’s apparent purpose for having the explosives; the evidence that the appellant had progressed to an “operational stage”; the danger of the material he possessed; his accumulation of explosive materials over a long period of time, during which he was subject to a firearms prohibition and undergoing psychiatric treatment; and his dangerousness, as testified to by expert witnesses.

O’Leary J.A. then considered the following mitigating factors: a timely guilty plea; cooperation with authorities; willingness to undergo treatment; willingness to abide by a probation order and the time he had already spent in custody. He held that a three-year term of incarceration would be appropriate, but that this should be reduced because of the time that the appellant had already spent in the locked unit. He accordingly imposed a sentence of two years less a day and recommended Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute so that the appellant could access treatment opportunities and facilities with which he was already familiar. In addition, he imposed a three-year term of probation subject to the same terms enunciated by

devenir moins dangereux s’il était traité. Pour ce motif, la condition préalable relative à la sécurité du public n’était pas satisfaite et l’emprisonnement avec sursis n’était pas une peine qui pouvait être prononcée. La Cour d’appel, s’est exprimée ainsi à cet égard, à la p. 294:

[TRADUCTION] Tous les éléments de preuve qui ont été présentés de vive voix ou dans des rapports confirment sans équivoque que [l’appellant] représente un danger extrême pour la collectivité. Le système de justice pénale doit trouver un juste équilibre entre le traitement de l’accusé et la protection du public. Cependant, on ne doit pas laisser le désir de réinsérer l’accusé dans la société fausser le processus de détermination de la peine.

b) Opinion du juge O’Leary (à laquelle ont souscrit les juges Cairns et Nash) sur la question de la substitution de la peine

Dans la détermination de la peine appropriée, le juge O’Leary a fait état des circonstances aggravantes suivantes: la quantité, la variété et le potentiel destructeur des explosifs; le motif apparent pour lequel l’appellant avait des explosifs en sa possession; la preuve que l’appellant était rendu au [TRADUCTION] «stade opérationnel»; le danger du matériel que possédait l’appellant; l’accumulation de substances explosives sur une longue période, durant laquelle l’appellant était sous le coup d’une ordonnance lui interdisant d’avoir des armes à feu et suivait un traitement psychiatrique; sa dangerosité, dont ont attesté les témoins experts.

Le juge O’Leary a ensuite examiné les circonstances atténuantes suivantes: un prompt plaidoyer de culpabilité; la collaboration avec les autorités; la volonté de suivre un traitement; la volonté de respecter l’ordonnance de probation et la période déjà passée sous garde par l’appellant. Le juge a estimé qu’une peine d’incarcération de trois ans était appropriée, mais qu’elle devait être réduite pour tenir compte du temps passé par l’appellant dans le service sécuritaire. Il a en conséquence infligé à l’appellant une peine de deux ans moins un jour et recommandé qu’il soit envoyé au Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute, afin qu’il puisse bénéficier des possibilités de traitement et des installations avec lesquelles il était

62

63

Chrumka Prov. Ct. J., adding that the appellant must reside in a place specified by Dr. Tweddle and that he must voluntarily consent to a search of his person, vehicle, residence or place of occupation on reasonable suspicion by police that he has in his possession any firearms, explosives or ammunition.

V. Issues

64 The following are the central issues to be determined for the disposition of this appeal:

- A. Did the trial judge err in finding that the precondition was met that the appellant serving his sentence in the community “would not endanger the safety of the community” as it appears at s. 742.1 of the *Criminal Code*?
- B. Does the conditional sentencing regime contemplate serving a sentence in a locked psychiatric unit of a hospital as a condition of the sentence?

VI. Analysis

A. *Would the Appellant Serving His Sentence in the Community Endanger the Safety of the Community?*

1. Preconditions for the Imposition of a Conditional Sentence

65 Subsequent to the decision of the Alberta Court of Appeal in the case at bar, this Court released its reasons in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. Neither Chrumka Prov. Ct. J. nor the Court of Appeal had the benefit of *Proulx* when they considered the new conditional sentencing scheme. I note at the outset of these reasons that, notwithstanding the parties’ submissions, I prefer to decide this case not on a so-called narrow or broad definition of the term “community”, but rather on the principles laid down by this Court in *Proulx* as

déjà familier. En outre, le juge O’Leary a imposé à l’appelant une période de probation de trois ans, qu’il a assortie des mêmes modalités que celles imposées par le juge Chrumka de la Cour provinciale, ajoutant que l’appelant devrait demeurer à l’endroit désigné par le D^r Tweddle et consentir volontairement à la fouille de sa personne, de son véhicule, de son domicile ou de son lieu de travail lorsque les policiers auront des motifs raisonnables de le soupçonner d’avoir en sa possession des armes à feu, des explosifs ou des munitions.

V. Les questions en litige

Voici les questions centrales auxquelles il faut répondre pour trancher le présent pourvoi:

- A. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que la condition préalable avait été remplie, savoir que le fait pour l’appelant de purger sa peine au sein de la collectivité «ne met pas en danger la sécurité de celle-ci» au sens de l’art. 742.1 du *Code criminel*?
- B. Est-il possible, dans le cadre du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement, d’imposer comme condition assortissant la sentence l’obligation de purger la peine dans l’aile psychiatrique sécuritaire d’un hôpital?

VI. L’analyse

A. *Le fait pour l’appelant de purger sa peine au sein de la collectivité mettrait-il en danger la sécurité de celle-ci?*

1. Les conditions préalables au prononcé d’une peine avec sursis

Après la décision de la Cour d’appel de l’Alberta dans le présent pourvoi, notre Cour a déposé ses motifs dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. Ni le juge Chrumka de la Cour provinciale ni la Cour d’appel ne disposaient de cet arrêt lorsqu’ils ont examiné le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement nouvellement édicté. Je signale au départ que, malgré les observations présentées par les parties à cet égard, je préfère trancher le présent pourvoi non pas en fonction d’une interprétation soi-disant étroite ou

well as on the philosophy behind the enactment of the conditional sentencing scheme.

Section 742.1 of the *Code* lists the following four criteria to be considered before imposing a conditional sentence (see *Proulx*, at para. 46):

- (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment;
- (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years;
- (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and
- (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

At para. 47 of *Proulx*, the first three of the above criteria are described as prerequisites to whether or not a conditional sentence is even possible in the circumstances. The central point of contention between the appellant and the respondent relates to the third criterion of safety to the community, which is a *sine qua non* to the assessment of whether a conditional sentence would be a fit and proper sanction in the circumstances. I now turn to the appropriate test in determining whether this condition has been met.

2. Test Applicable to Evaluating Danger to the Safety of the Community

While certain offenders who would normally have been sentenced to prison may now serve their sentences in the community, it must be emphasized that the conditional sentence is available only to that “subclass of non-dangerous offenders” who would have been sentenced to a term of incarceration of less than two years for offences with no

large du terme «*community*»/«*collectivité*», mais plutôt suivant les principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Proulx* et la philosophie à la base de l’édiction du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement.

L’article 742.1 du *Code* énumère les quatre critères suivants, que le tribunal doit prendre en compte avant d’accorder le sursis à l’emprisonnement (voir *Proulx*, au par. 46):

- (1) le délinquant doit être déclaré coupable d’une infraction autre qu’une infraction pour laquelle une peine minimale d’emprisonnement est prévue;
- (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d’emprisonnement de moins de deux ans;
- (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci;
- (4) le prononcé d’une ordonnance d’emprisonnement avec sursis est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

Au paragraphe 47 de l’arrêt *Proulx*, les trois premiers critères énoncés ci-dessus ont été décrits comme des conditions préalables, qui déterminent si l’octroi du sursis à l’emprisonnement peut même être envisagé dans les circonstances. Le désaccord central entre l’appelant et l’intimée porte sur le troisième critère — la sécurité de la collectivité — qui est un facteur *sine qua non* dans l’examen de la question de savoir si l’emprisonnement avec sursis est une sanction juste et appropriée dans les circonstances. Je vais maintenant examiner la question du critère qu’il convient d’appliquer pour déterminer si cette condition a été remplie.

2. Le critère applicable à l’évaluation du danger pour la sécurité de la collectivité

Bien que certains délinquants qui auraient normalement été incarcérés puissent aujourd’hui purger leur peine au sein de la collectivité, il convient de souligner que seules sont admissibles à l’octroi du sursis à l’emprisonnement les personnes qui appartiennent à cette «sous-catégorie de délinquants non dangereux» qui auraient été incarcérés pendant moins de deux ans à la suite de la perpétration d’une infraction pour laquelle aucune peine

66

67

68

minimum term of imprisonment (*Proulx*, at paras. 12, 30 and 87).

minimale d'emprisonnement n'était prévue (*Proulx*, aux par. 12, 30 et 87).

69 In assessing whether the appellant is a danger to the community, the Court must consider the following two factors outlined in *Proulx*, at para. 69: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. I will examine these factors in turn, ultimately concluding that this condition precedent, entitling the appellant to a conditional sentence, has not been satisfied.

(a) *Risk of Re-offending*

Pour déterminer si le délinquant met en danger la sécurité de la collectivité, le tribunal doit tenir compte des deux facteurs suivants, mentionnés dans l'arrêt *Proulx*, au par. 69: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Je vais maintenant procéder à l'examen de ces facteurs, examen au terme duquel j'arrive à la conclusion que cette condition préalable, dont la présence est requise pour que l'appelant puisse être admissible au sursis à l'emprisonnement, n'est pas respectée.

a) *Le risque de récidive*

70 When considering whether there is a risk of re-offence, one must take into consideration, *inter alia*, the nature of the offence, the relevant circumstances surrounding the offence, the profile of the accused, whether the sentence will work, the offender's conduct following the commission of the offence, whether the offender has previously complied with court orders, whether the offender has a criminal record, and the danger the accused represents for the community (*R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (Alta. C.A.), at paras. 117-27; *Proulx*, at para. 70; *R. v. Maheu* (1997), 116 C.C.C. (3d) 361 (Que. C.A.), at p. 374).

Pour décider s'il y a risque de récidive, il faut tenir compte notamment de la nature de l'infraction, des circonstances pertinentes de celle-ci, du profil du délinquant, de la question de savoir si la peine sera efficace, de la conduite du délinquant postérieurement à la perpétration de l'infraction, de son respect des ordonnances des tribunaux dans le passé, de ses antécédents judiciaires et du danger qu'il représente pour la collectivité (*R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (C.A. Alb.), aux par. 117 à 127; *Proulx*, au par. 70; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410 (C.A.), à la p. 418).

71 In addition, Lamer C.J. states in *Proulx* that the conditions attached to the sentence should be considered when weighing the risk of re-offence. He conveys this as follows, at para. 72:

En outre, dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a indiqué que les conditions assortissant la peine devaient être prises en compte dans l'appréciation du risque de récidive. Il s'est exprimé ainsi, au par. 72:

The risk of re-offence should also be assessed in light of the conditions attached to the sentence. Where an offender might pose some risk of endangering the safety of the community, it is possible that this risk be reduced to a minimal one by the imposition of appropriate conditions to the sentence. . . . For example, a judge may wish to impose a conditional sentence with a treatment order on an offender with a drug addiction, notwithstanding the fact that the offender has a lengthy criminal record linked to this addiction, provided the judge is confident that there is a good chance of rehabilitation and that the

Le risque de récidive devrait aussi être apprécié à la lumière des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans les cas où il y a un certain risque que le délinquant puisse mettre en danger la sécurité de la collectivité, il est possible de réduire ce risque au minimum en assortissant l'ordonnance de conditions appropriées [. . .] Par exemple, il est possible que le tribunal veuille prononcer, à l'endroit d'un délinquant souffrant d'une dépendance à la drogue, une condamnation à l'emprisonnement avec sursis assortie d'une ordonnance de participation à un programme de traitement, malgré le fait que le délinquant possède de nombreux antécédents judiciaires liés à cette dépendance, dans la mesure toutefois où il estime que les chances de

level of supervision will be sufficient to ensure that the offender complies with the sentence.

The above passage suggests that the risk of re-offence should be determined in light of the conditions imposed. In my opinion, taking this approach to the risk determination beyond what was intended would result in a circular process whereby a sentencing judge would endeavour to come up with a condition incompatible with the conditional sentencing regime prior to determining whether the criterion that the appellant not endanger the safety of the community has been satisfied. It is my belief that this passage was not meant to allow the sentencing judge to craft any possible condition under which there would no longer be a danger to the community. Since I will be dealing with this in the next section of these reasons, where I hold that sentencing an offender to a locked psychiatric ward is not a condition envisaged under the conditional sentencing scheme, I will accept for the purposes of this part of the analysis that all of the conditions imposed by *Chrumka Prov. Ct. J.* were to be considered when assessing the risk of re-offence. Nevertheless, for the reasons that follow, I conclude that, even accepting the conditions he imposed, *Chrumka Prov. Ct. J.* erred in his determination that the appellant no longer posed a danger to the community.

The intervener Alberta Mental Health Board (“AMHB”) asserts that assessing the risk posed by mentally ill offenders, without reference to their mental health status or the availability of supports, has the potential to seriously disadvantage this group on the basis of perceived risk, stigma and stereotype. I would agree with the intervener that the offender’s mental state must be considered as well as available supervision and programs in the community. However, contrary to the AMHB, I do not think that the danger posed by Mr. Knoblauch was overestimated in this case on the basis of perceived risk or stigma or without considering available support services. On the contrary, the medical

réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant pour assurer l’observation par le délinquant des conditions de son ordonnance de sursis à l’emprisonnement.

Le passage qui précède suggère que le risque de récidive devrait être déterminé à la lumière des conditions imposées. À mon avis, le fait de pousser au-delà de ce qui était voulu l’application de cette approche dans l’appréciation du risque aboutirait à un processus circulaire, où le juge chargé de déterminer la peine s’efforcerait de trouver une condition incompatible avec le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement avant de décider si le critère de la sécurité de la collectivité est respecté. Je crois que ce passage ne visait pas à permettre au juge chargé de la détermination de la peine de fixer toute condition possible qui permettrait d’écarter tout danger pour la collectivité. Comme je vais traiter de cette question dans la prochaine partie des présents motifs, où j’arrive à la conclusion que le fait d’envoyer un délinquant dans une aile de psychiatrique sécuritaire n’est pas une condition envisagée par le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement, j’accepte, pour les fins de la présente étape de l’analyse, que toutes les conditions imposées par le juge *Chrumka* devaient être prises en compte dans l’appréciation du risque de récidive. Néanmoins, pour les raisons qui suivent, je suis d’avis que, même si les conditions imposées par le juge *Chrumka* étaient acceptées, ce dernier a fait erreur en jugeant que l’appelant ne représentait plus un danger pour la collectivité.

L’intervenante Alberta Mental Health Board (l’«AMHB») affirme que le fait d’apprécier le risque que représentent les délinquants souffrant de troubles mentaux sans faire référence à leur santé mentale ou à la disponibilité des ressources risque de désavantager gravement ce groupe de personnes sur la foi du risque perçu, de stigmates et de stéréotypes. Je partage l’avis de l’intervenante qu’il faut prendre en compte la santé mentale du délinquant ainsi que les mesures de surveillance et les programmes qui existent dans la collectivité. Cependant, contrairement à l’AMHB, je ne crois pas que, en l’espèce, le danger posé par M. Knoblauch ait été surestimé sur la foi du risque

72

73

evidence in this case is undisputed that the appellant poses a very real danger to the public.

74

In assessing the risk of re-offence in this case, the appellant's history of weapons offences must be considered. The record demonstrates that the appellant was already subject to a prohibition from possessing firearms, ammunition and explosives at the time that he committed the offences in question. Nevertheless, by the time the appellant was apprehended, he had amassed a large arsenal of highly volatile explosives capable of injuring many people and leading to substantial property damage. The medical evidence also establishes that the appellant has been engaged in dangerous activity in the past even while undergoing treatment. The appellant had previously been an inpatient at the Alberta Hospital, although he was never in the psychiatric unit for a lengthy period of time.

75

Dr. Tweddle testified that, even with treatment, the appellant would always remain potentially dangerous due to his fragile personality. Dr. Singh described the appellant as:

... an angry, blaming, vengeful person, one who dwells on the felt transgressions of others and one who lacks the usual social restraints. This unfortunate combination in conjunction with a well established interest in and experience with explosives does not bode well for future public safety.

76

Unfortunately, whether the appellant is sentenced to a prison term or treated at a psychiatric hospital, he will likely remain a danger even when his sentence is complete. His condition previously deteriorated while he was undergoing treatment and his dangerous behaviour escalated. Based on the psychiatric expert reports and testimonies, the

perçu ou de stigmates, ou sans tenir compte de la disponibilité de services de soutien. Au contraire, dans le présent cas, la preuve médicale indique incontestablement que l'appelant représente un danger très réel pour le public.

Dans l'appréciation du risque de récidive en l'espèce, il faut examiner les antécédents de l'appelant en matière d'infractions relatives aux armes. Le dossier révèle que l'appelant était déjà sous le coup d'une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions et des explosifs lorsqu'il a perpétré les infractions en question. Néanmoins, lors de son arrestation, l'appelant avait amassé un arsenal considérable de substances explosives hautement volatiles, assez puissantes pour blesser un grand nombre de personnes et causer d'importants dommages matériels. La preuve médicale montre également que l'appelant s'est adonné à des activités dangereuses dans le passé, même pendant qu'il suivait des traitements. L'appelant avait déjà été hospitalisé à l'Alberta Hospital, quoiqu'il ne soit jamais resté au sein de l'aile psychiatrique pendant une longue période.

Le Dr Tweddle a témoigné que, même si l'appelant suivait des traitements, il demeurerait potentiellement dangereux en raison de sa personnalité fragile. Le Dr Singh a décrit l'appelant en ces termes:

[TRADUCTION] ... une personne hargneuse, accusatrice et rancunière qui s'arrête sans cesse sur les fautes qu'il attribue à autrui et qui manque du sens de la retenue généralement attendu en société. Cette combinaison déplorable de traits de caractère, conjuguée à un intérêt et à une expérience bien établis à l'égard des explosifs, n'augure rien de bon pour la sécurité du public.

Malheureusement, que l'appelant soit condamné à l'emprisonnement ou traité dans un hôpital psychiatrique, il continuera vraisemblablement de constituer un danger, même lorsqu'il aura fini de purger sa peine. Son état s'est détérioré par le passé pendant qu'il suivait un traitement et son comportement dangereux a empiré. Selon les rapports et témoignages d'expert des psychiatres, il est tout au plus possible d'affirmer, à propos de

most that can be said about the appellant is that with treatment he may pose “less of a danger”.

While it is important to consider that, during the term of his conditional sentence, the appellant would be subject to supervision, in my opinion, despite such supervision and the availability of programs, the evidence points to a risk of re-offending. Moreover, when considering all of the conditions imposed by Chrumka Prov. Ct. J., it must be emphasized that the sentence order did not ensure that the appellant remained under maximum security at the Alberta Hospital throughout the entire period of his sentence. Rather, the sentence imposed contemplated release into the general community. Indeed, the appellant was to reside in a locked psychiatric treatment unit of the Alberta Hospital until a consensus was reached among psychiatrists that the appellant could be transferred out of the locked unit and into other treatment facilities. Implicit in Chrumka Prov. Ct. J.’s sentence was therefore a delegation to the appellant’s physicians to decide when and under what conditions the appellant would be released from the locked psychiatric ward. There was no evidence regarding the level of security at those other facilities. In fact, the appellant tendered no evidence regarding the security of these other treatment facilities, the extent to which they may afford contact with members of the public, or how long a period the appellant would remain in the locked unit prior to being released to these other facilities. There is thus no way of ensuring that there would not be a risk of re-offence once the appellant was released. Dr. Cadsky testified that, although this had not been the appellant’s style in the past, if the appellant were in the community, it is possible that he might re-offend before Dr. Cadsky would have an opportunity to intervene. Thus, I am unable to accept the appellant and the AMHB’s submissions that the appellant has been disadvantaged solely on the basis of perceived risk, stigma or stereotype. The evidence in this case demonstrates, to the contrary, that the risk is not “perceived” at all but very real.

l’appelant, que s’il était traité, il pourrait représenter un «danger moins grand».

Bien qu’il soit important de tenir compte du fait que l’appelant sera sous surveillance pendant la durée de sa peine d’emprisonnement avec sursis, je suis d’avis que, malgré cette surveillance et la disponibilité de programmes, la preuve tend à indiquer l’existence d’un risque de récidive. De plus, lorsqu’on examine l’ensemble des conditions imposées par le juge Chrumka, il convient de souligner que l’ordonnance constatant la sentence ne garantissait pas que l’appelant serait gardé sous des conditions de sécurité maximale à l’Alberta Hospital pendant toute la durée de sa peine. Au contraire, la peine qui lui a été infligée envisageait son élargissement au sein de la population en général. En effet, l’appelant devait demeurer dans le service de traitement psychiatrique sécuritaire de l’Alberta Hospital jusqu’à ce que des psychiatres décident, par consensus, qu’il pouvait être transféré de ce service sécuritaire à d’autres centres de soins. Par conséquent, la sentence prononcée par le juge Chrumka déléguait aux médecins de l’appelant la tâche de décider du moment et des modalités de son congé du service psychiatrique sécuritaire. Il n’y avait aucun élément de preuve quant au niveau de sécurité des autres centres de soins. En fait, l’appelant n’a présenté aucun élément de preuve relativement à la sécurité dans ces centres de soins, à l’étendue du contact avec les membres du public qui est possible dans ces centres ou à la période pendant laquelle il demeurerait au sein du service sécuritaire avant d’être transféré à ces autres centres. Il n’y a donc aucun moyen de s’assurer qu’il n’y aura pas de risque de récidive lorsque l’appelant sera libéré. Le Dr Cadsky a témoigné que, quoique l’appelant ne l’ait pas fait par le passé, si ce dernier se retrouvait au sein de la collectivité, il pourrait récidiver avant que le Dr Cadsky ait la possibilité d’intervenir. En conséquence, je ne peux accepter les prétentions de l’appelant et de l’AMHB suivant lesquelles l’appelant aurait été désavantagé sur la foi seulement du risque perçu, de stigmates ou de stéréotypes. En l’espèce, la preuve démontre au contraire que le risque n’est pas du tout «perçu» mais plutôt très réel.

78

Even if I were to accept, taking into account the condition that the appellant was required to reside in a locked and secure psychiatric ward, that the first prong of the “dangerousness” test has been passed in that the risk of re-offence is only minimal, the gravity of the potential harm that would ensue if the appellant were to re-offend could preclude a conditional sentence in and of itself. In certain cases, even a minimal risk of re-offending will be offset by the gravity of the damage that might ensue in the event of a re-offence (*Proulx*, at para. 69). At this second stage in evaluating dangerousness, I see another insurmountable impediment to holding that the safety of the community would not be endangered by allowing the appellant to serve a conditional sentence.

(b) *The Gravity of the Damage in the Event of Re-offence*

79

The two stages for determining dangerousness are analytically separated. Once the judge finds that the risk of recidivism is minimal, the second factor to consider is the gravity of the potential damage in the event of re-offence (*Proulx*, at para. 74). Where the offender represents an extreme danger to the physical or psychological safety of persons, a conditional sentence is not appropriate. As professed by Lamer C.J. in *Proulx*, at para. 74, “[p]articularly in the case of violent offenders, a small risk of very harmful future crime may well warrant a conclusion that the prerequisite [that the safety of the community would not be endangered] is not met”. Thus, even with a minimal risk of re-offence, potentially very serious consequences may bar the imposition of a conditional sentence. In my opinion, this is one of those cases.

80

In determining which offenders should benefit from the conditional sentence regime, one must stress that the criterion that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community is a condition precedent to the

Même si, tenant compte de la condition qui intime à l’appelant de demeurer en détention dans une aile psychiatrique sécuritaire, j’acceptais que le premier élément du critère de la «dangerosité» est respecté du fait que le risque de récidive n’est que minime, la gravité du préjudice susceptible de résulter d’une récidive pourrait à elle seule écarter l’octroi du sursis à l’emprisonnement. Dans certains cas, même si le risque de récidive est minime, ce facteur sera neutralisé par la gravité du dommage susceptible d’en découler (*Proulx*, au par. 69). Je vois, à cette seconde étape de l’évaluation de la dangerosité, un autre obstacle insurmontable à toute conclusion que le fait d’accorder à l’appelant le sursis à l’emprisonnement ne mettrait pas en danger la sécurité de la collectivité.

(b) *La gravité du préjudice susceptible d’être causé en cas de récidive*

Les deux étapes de la détermination de la dangerosité sont distinctes du point de vue analytique. Une fois que le tribunal a conclu que le risque de récidive est minime, le deuxième facteur qu’il doit prendre en considération est la gravité du préjudice susceptible d’être causé par une récidive (*Proulx*, au par. 74). Lorsque le délinquant représente un danger extrême pour la sécurité physique ou psychologique d’autrui, l’emprisonnement avec sursis n’est pas une peine appropriée. Comme l’a énoncé le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Proulx*, au par. 74, «[d]ans le cas des délinquants violents en particulier, un risque minime de perpétration d’un crime aux conséquences très graves peut fort bien justifier la conclusion que le préalable concernant la sécurité de la collectivité [savoir que celle-ci ne sera pas mise en danger] n’est pas satisfait». Par conséquent, il peut se présenter des cas où, même si le risque de récidive est minimal, les conséquences potentiellement très graves susceptibles de découler d’une récidive font obstacle à l’octroi du sursis à l’emprisonnement. À mon avis, nous sommes en présence d’un tel cas.

Pour déterminer quels délinquants devraient bénéficier du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement, il convient de souligner que le critère exigeant que le fait de permettre au délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité ne mette

imposition of a conditional sentence rather than a continuing and overarching consideration in the process of determining whether a conditional sentence is appropriate (*Proulx*, at para. 65). Consequently, no matter how effective a conditional sentence might be over time and no matter how important the goals of rehabilitation and reintegration, the possibility that an offender might explode a bomb with very grave consequences might bar any possibility of such a sentence. This is consistent with Parliament's intention that the conditional sentence be used as an alternative for less serious and non-dangerous offenders.

Keeping in mind the above principles and that the conditional sentence is reserved solely for a "subclass of non-dangerous offenders", the record demonstrates that the potential harm that could be inflicted should the appellant re-offend would be devastating. The appellant had in his vehicle and in his apartment an arsenal capable of causing mass destruction to property, death and serious injury to persons in the area indiscriminately. The device found in the appellant's vehicle was described as presenting greater safety concerns for the Edmonton bomb unit than the unit had previously experienced. When one considers that the materials in the appellant's car were equivalent to 13 percent of the materials used in the Oklahoma City bombing, it is hard to conceive of the damage in the event of re-offence as anything but grave.

Thus, even if the risk of re-offence was minimal, the gravity of the damage in the event of a re-offence is extreme. The appellant could not refute the fact that there is at least a small risk of very harmful future crime in this case. For this reason, I conclude that, even taking into account the conditions of the sentence, the appellant

pas la sécurité de celle-ci en danger est un préalable au prononcé d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis et non un facteur prédominant et constant dans l'examen de la question de savoir si cette peine est appropriée (*Proulx*, au par. 65). Par conséquent, peu importe l'efficacité que pourrait avoir à long terme une peine d'emprisonnement avec sursis et nonobstant l'importance des objectifs de réhabilitation et de réinsertion sociale, le risque qu'un délinquant puisse faire exploser une bombe et entraîner ainsi de très graves conséquences pourrait faire obstacle complètement au prononcé d'une telle peine. Cette constatation est compatible avec l'intention du législateur de voir l'emprisonnement avec sursis être utilisé comme mesure de rechange pour certains délinquants non dangereux.

Compte tenu des principes susmentionnés et du fait que l'octroi du sursis à l'emprisonnement est réservé uniquement à une «sous-catégorie de délinquants non dangereux», il ressort du dossier que les dommages qui pourraient être causés par l'appellant s'il récidivait seraient terribles. L'appellant avait dans son véhicule et son appartement un arsenal capable d'entraîner des dommages matériels considérables et de tuer ou blesser gravement, de manière aveugle, les personnes qui se trouveraient dans le secteur. On a dit du dispositif découvert dans le véhicule de l'appellant qu'il avait posé le plus grand problème de sécurité jamais rencontré par l'escouade antibombe d'Edmonton. Si on considère que les matériaux trouvés dans le véhicule de l'appellant équivalaient à 13 pour 100 de ceux utilisés pour l'attentat à la bombe d'Oklahoma City, il est difficile de qualifier autrement que de graves les dommages susceptibles d'être causés en cas de récidive.

Par conséquent, même si le risque de récidive est minime, la gravité des dommages susceptibles d'être causés en cas de récidive est extrême. L'appellant n'a pu réfuter le fait que, en l'espèce, il existe au moins un risque léger de perpétration dans le futur d'un crime aux conséquences très dommageables. Pour cette raison, j'en viens à la conclusion que, même en tenant compte des conditions assortissant la peine, l'appellant continue de

81

82

continues to represent a danger to the safety of the community.

3. Definition of “Community”

83

There is one final issue which should be addressed before proceeding to the broader issue of whether a conditional sentence may be served in a locked psychiatric institution. There has been much discussion in this case over the proper construction of the word “community” as it relates to establishing the prerequisite that a conditional sentence not endanger the “safety of the community” in s. 742.1 of the *Code*. The appellant argues that the term “community” in s. 742.1 refers to the location in which a sentence is served and is thus limited in this case to the hospital setting. By contrast, the respondent submits that the “community” must be defined broadly as the public at large.

84

Section 742.1 provides no definition for the term “community”. While the Court’s recent decision in *Proulx* undertakes a comprehensive examination of the conditional sentencing scheme and provides guidance as to its interpretation, the Court’s reasons in *Proulx* do not explicitly signal whether the “community” in s. 742.1 includes a hospital or other psychiatric institution. As I stated above, I prefer not to reach my decision in this case on rules of statutory interpretation and on whether one should adopt a so-called “narrow” or “broad” definition of the term community. Nevertheless, there are several comments I wish to make in this regard.

85

I believe that both the parties and Chrumka Prov. Ct. J. confuse the uses of the word “community” in s.742.1 by attributing different meanings to the same term. Section 742.1 speaks of the offender “serving the sentence in the community”, of the court being satisfied that he would not “endanger the safety of the community”, and of the court imposing conditions “for the purpose of supervising the offender’s behaviour in the com-

représenter un danger pour la sécurité de la collectivité.

3. La définition de «collectivité»

Un dernier point doit être examiné avant de passer à l’examen de la question plus générale de savoir si une peine d’emprisonnement avec sursis peut être purgée dans un établissement psychiatrique sécuritaire. En l’espèce, on a considérablement débattu la question de l’interprétation qu’il convient de donner au mot «collectivité» pour décider, aux termes de l’art. 742.1 du *Code*, si la condition préalable exigeant que l’octroi du sursis à l’emprisonnement ne mette pas en danger «la sécurité de [la collectivité]» est respectée en l’espèce. L’appelant affirme que le mot «collectivité» utilisé à l’art. 742.1 («*community*») dans la version anglaise s’entend de l’endroit où la peine est purgée et se limite donc en l’espèce au milieu hospitalier. Par contraste, l’intimée plaide que le mot «collectivité» doit être défini largement, qu’il s’agit du public en général.

L’article 742.1 ne définit pas le mot «collectivité». Bien que dans le récent arrêt *Proulx*, notre Cour ait examiné en détail le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement et donné des indications en vue de son interprétation, les motifs exposés par la Cour ne disent pas expressément si le mot «collectivité» utilisé l’art. 742.1 vise les hôpitaux ou autres établissements offrant des soins psychiatriques. Comme je l’ai mentionné précédemment, je préfère ne pas fonder ma décision en l’espèce sur des règles d’interprétation législative, ni sur la question de savoir si le mot «collectivité» doit recevoir une interprétation large ou «étroite». J’aimerais néanmoins faire quelques commentaires à cet égard.

J’estime que tant les parties que le juge Chrumka embrouillent les diverses occurrences du mot «*community*» dans le texte anglais de l’art. 742.1 en attribuant des sens différents à ce mot. L’article 742.1 parle du délinquant «*-serving the sentence in the community*», dit que le tribunal doit être convaincu que le délinquant «*would not endanger the safety of the community*» et fait référence aux conditions imposées par le tribunal «*for*

munity". The term is therefore used in relation to establishing "safety of the community", as well as noting that a conditional sentence is a sentence "served in the community". Although this word is used in different contexts both within s. 742.1 as well as within other sections of the *Code*, I do not believe it is necessary or wise to attribute different meanings to this same term.

In my opinion, neither the appellant nor the respondent are entirely correct in their submissions on this issue of the proper construction of the term "community". First, I stress that I accept the appellant's assertion that persons in psychiatric hospitals continue to be members of the "community". However, I am unable to accept the appellant's arguments that the term "community" should be limited to that segment of the community when assessing dangerousness to the community. On the contrary, "community" in s. 742.1 must be interpreted as also including the general public. A purposeful and contextual interpretation of the word "community" in the safety context of s. 742.1 reveals Parliament's intent that the term should be interpreted broadly. Moreover, an examination of other *Criminal Code* provisions relating to safety supports the view that safety concerns are placed in the broadest, most public context. For example, additional conditions of a probation order, at s. 732.1(3)(h), include "such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community". In this context, it would be absurd to limit the term "community" to the community in which the sentence is served. If community referred to the context in which the sentence was served, there would be no point or need for reintegration.

the purpose of supervising the offender's behaviour in the community». Ce mot est donc employé dans le cadre de l'examen de la condition relative à la «*safety of the community*», de même que pour signaler qu'une peine d'emprisonnement avec sursis est une peine «*served in the community*». Même si ce mot est employé dans différents contextes, tant à l'art. 742.1 que dans d'autres dispositions du *Code*, je ne crois pas qu'il soit sage ou nécessaire de lui donner des sens différents.

À mon avis, ni l'appelant ni l'intimée n'ont entièrement raison dans leurs prétentions sur la question de l'interprétation qui doit être donnée au mot «*community*»/«*collectivité*». Premièrement, j'insiste sur le fait que j'accepte la prétention de l'appelant que les personnes qui se trouvent dans des hôpitaux psychiatriques continuent d'être des membres de la «*collectivité*». Je ne peux cependant accepter les arguments de l'appelant portant que le mot «*collectivité*» devrait se limiter à ce segment de la collectivité pour l'examen de la dangerosité du délinquant à l'égard de la collectivité. Au contraire, à l'art. 742.1, le mot «*collectivité*» doit être considéré comme visant aussi le public en général. Il ressort d'une interprétation téléologique et contextuelle du mot «*collectivité*», dans le contexte de la notion de sécurité visée à l'art. 742.1, que le législateur voulait que ce mot soit interprété largement. De plus, l'examen d'autres dispositions du *Code criminel* en matière de sécurité étaye l'opinion selon laquelle les préoccupations de sécurité sont envisagées dans le contexte le plus large et le plus général. Par exemple, parmi les conditions additionnelles dont peut être assortie une ordonnance de probation, mentionnons celle prévue à l'al. 732.1(3)(h), savoir l'obligation «d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant». Dans ce contexte, il serait absurde de restreindre le sens du mot «*collectivité*» à celui de la collectivité dans laquelle la peine sera purgée. Si la collectivité s'entendait du milieu où la peine est purgée, il n'y aurait aucune raison ou nécessité de se préoccuper de la réinsertion sociale.

87

We must also consider together the English and French versions of the legislation. In French, the legislature used the term “*collectivité*”, which corresponds in *Le Nouveau Petit Robert* to “*communauté, groupe, société*”. By definition, “*collectivité*” does not refer to a narrowly defined community, such as an institution. It would be illogical to refer to “*la collectivité de l’hôpital*”, for example. Principles of statutory interpretation dictate that, where the versions of bilingual legislation do not necessarily have the same meaning, they should be reconciled and the meaning that is shared by both should be adopted (*Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 220). In this case, only a definition of “community” that is not restricted to the psychiatric unit would be consistent with both the French and English versions of the legislation.

Nous devons également examiner en même temps les versions française et anglaise du texte de loi. En français, le législateur a utilisé le mot la «collectivité», qui correspond dans *Le Nouveau Petit Robert* à «communauté, groupe, société». Par définition, le mot «collectivité» ne s’entend pas d’une collectivité étroitement définie tel un établissement. Par exemple, il serait illogique de parler de «la collectivité de l’hôpital». Les principes d’interprétation des lois dictent que, dans les cas où les deux versions d’une loi bilingue n’ont pas nécessairement le même sens, elles doivent être conciliées et le sens qui est commun aux deux versions doit être retenu (*Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 220). En l’espèce, seule une définition qui ne limite pas le mot «collectivité» à l’aile psychiatrique est compatible avec les versions française et anglaise du texte de loi.

88

One can also look to Part XX.1 of the *Code* and to the s. 753(1) dangerous offender provision which are focussed primarily on the goal of protecting the public. In effect, a review of the statutory scheme on sentencing points to a broad interpretation of “community”, equating it with the public at large. Section 718 of the *Code* makes this abundantly clear. The principles of sentencing include, *inter alia*: providing reparations for harm done to victims or to the community, promoting a sense of responsibility in offenders, and acknowledgement of the harm done to victims and to the community. In this context, it would be nonsensical to interpret “community” as the community in which the conditional sentence is to be served. That particular community would not necessarily have been harmed by the offender’s acts. I recognize the unfortunate reality that persons in need of mental health support are often the subject of stereotypes and biased perceptions. I disagree, however, that the best means of dealing with these attitudes is to limit the scope of their “community”. If anything, limiting the scope of the community of

On peut également consulter les dispositions de la partie XX.1 du *Code* et le par. 753(1), disposition relative aux délinquants dangereux, qui visent principalement l’objectif de protection du public. En effet, l’examen du régime législatif de détermination de la peine suggère une interprétation large du mot «collectivité», l’assimilant au public en général. L’article 718 du *Code* l’indique très clairement. Parmi les objectifs de détermination de la peine, mentionnons les suivants: assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité et susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu’ils ont causé aux victimes et à la collectivité. Dans ce contexte, il serait absurde de considérer que le mot «collectivité» signifie la collectivité au sein de laquelle la peine d’emprisonnement avec sursis sera purgée. Cette collectivité n’a pas forcément été lésée par les actes du délinquant. Il est malheureusement vrai, je le reconnais, que les personnes qui ont besoin de services en matière de santé mentale font souvent l’objet de stéréotypes et de préjugés. Je ne peux cependant accepter que le meilleur moyen de contrer ces situations consiste à limiter l’étendue de la «collectivité» à laquelle appartiennent ces personnes. Au contraire, limiter l’étendue de la collectivité à laquelle appartiennent les personnes

mentally disordered persons serves to further isolate and disempower these individuals.

Chrumka Prov. Ct. J. seems to have confused the proper approach for determining whether the safety of the community would be endangered if the appellant was to serve his sentence in the community. This is evident from the following exchange where he questioned Crown counsel about the safety of the “public” within the penitentiary if the appellant was sentenced to incarceration:

The Court: What of the public safety within penitentiaries, if he’s sent to the penitentiary?

Ms. Hughson: While he’s within the penitentiary?

The Court: Members of the penitentiary are public.

Ms. Hughson: Oh.

The Court: They are part of the public, they have to be protected. What is there — how is their safety going to be resolved the same as yours and mine if he’s released into our community rather than to the prison penitentiary community?

The above passage demonstrates that the sentencing judge considered those in the prison setting to be part of the public. In so doing, he acknowledged that “community” also includes the public. However, the whole conditional sentencing regime posits community versus prisons and a sentencing judge should not be considering the safety of those in prison when determining whether the conditions precedent for the imposition of a conditional sentence have been met. As I stated earlier, the question to be addressed in this case is not whether the appellant and the public would be better off if the appellant’s sentence is served in a hospital, but whether the conditions for the imposition of a conditional sentence have been satisfied in the circumstances of this case.

Thus, while I would not deny that the hospital is also a part of our community, I cannot conclude

atteintes de troubles mentaux ne contribue qu’à accroître leur isolement et leur vulnérabilité.

Le juge Chrumka semble s’être trompé quant à l’approche qu’il convient de suivre pour décider si le fait pour l’appelant de purger sa peine au sein de la collectivité mettrait la sécurité de celle-ci en danger. Cela ressort clairement de l’échange suivant, où le juge questionne l’avocate du ministère public au sujet de la sécurité du «public» au sein du pénitencier si l’appelant était condamné à l’incarcération:

[TRADUCTION]

La Cour: Qu’en est-il de la sécurité du public au sein des pénitenciers, s’il est envoyé dans un pénitencier?

Mme Hughson: Pendant qu’il se trouve dans le pénitencier?

La Cour: Les membres du pénitencier font partie du public.

Mme Hughson: Ah.

La Cour: Ils font partie du public, ils doivent être protégés. Qu’est-ce qu’on fait — comment leur sécurité sera-t-elle assurée, au même que titre la vôtre et la mienne s’il est remis en liberté dans notre collectivité plutôt que dans la collectivité pénitentiaire?

Le passage qui précède démontre que le juge qui a déterminé la peine considérait que les personnes incarcérées faisaient partie du public. Ce faisant, il a reconnu que la «collectivité» comprenait également le public. Cependant, tout le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement repose sur la séparation entre la collectivité et les prisons, et le juge qui fixe la peine ne doit pas tenir compte de la sécurité des personnes qui sont en prison lorsqu’il détermine si les conditions préalables à l’octroi du sursis à l’emprisonnement sont réunies. Comme je l’ai indiqué précédemment, la question à laquelle il faut répondre en l’espèce n’est pas de savoir si l’appelant et le public seraient mieux servis si l’appelant purgeait sa peine dans un hôpital, mais plutôt si les conditions donnant ouverture au prononcé d’une condamnation à l’emprisonnement avec sursis sont réunies dans la présente affaire.

Par conséquent, bien que je ne nie pas que l’hôpital fasse aussi partie de notre collectivité, je ne

that one can look solely to the community where the offender is to reside when determining whether the condition precedent is satisfied. In my view, the community with which a sentencing judge must be concerned consists of all persons who could be at risk of being harmed by the offender. In light of the *Proulx* decision, I conclude that if there is a danger to any person by the offender serving the sentence in the community, whether that person be a resident of the psychiatric hospital or in the public at large, then a conditional sentence should not be imposed.

91

Moreover, as explained above, the facts in the case at bar do not support a definition of “community” that is limited to the psychiatric unit of the Alberta Hospital. In fact, the order imposed by Chrumka Prov. Ct. J. contemplated the appellant’s release into the general community upon a consensus of his psychiatrists to transfer him out of the locked unit. There was thus a delegation to the appellant’s physicians to decide when and under what conditions the appellant would be released into the community “at large”. At para. 33 of his factum, the appellant admits that the conditions of his sentence allow for “controlled contact” with the general public. Thus, the conditions imposed by Chrumka Prov. Ct. J. did anticipate that the offender would, at some undetermined period, have broad and independent contact with the community at large. Therefore, factually, the “community” that the sentencing judge would be responsible for having in mind in his safety assessment would include both those persons residing in the psychiatric ward and those of the general public.

92

Once we accept that the appellant may be released into the general public at any time upon consensus of his physicians, the risk of re-offence coupled with the gravity of the damage in the event of re-offence leads to the inevitable conclusion that the appellant is not one of that subclass of offenders who should benefit from a conditional

saurais conclure qu’il suffit de prendre en compte la collectivité où le délinquant résidera pendant qu’il purgera sa peine pour déterminer si la condition préalable est remplie. À mon avis, la collectivité dont doit se soucier le juge chargé de déterminer la peine est formée de toutes les personnes qui courent le risque de subir un préjudice aux mains du délinquant. À la lumière de l’arrêt *Proulx*, j’estime que, si le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité met quiconque en danger — qu’il s’agisse d’un résident de l’hôpital psychiatrique ou d’un membre du public en général —, le sursis à l’emprisonnement ne devrait pas être octroyé.

En outre, comme je l’ai expliqué précédemment, les faits du présent pourvoi n’étaient pas une définition du mot «collectivité» qui en restreindrait le sens à l’aile psychiatrique de l’Alberta Hospital. En fait, l’ordonnance rendue par le juge Chrumka envisageait l’élargissement de l’appelant au sein de la collectivité en général si ses psychiatres décidaient, par consensus, de lui donner son congé de l’unité sécuritaire. La tâche de décider du moment et des conditions de la remise en liberté de l’appelant au sein de la collectivité «en général» avait donc été déléguée à ses médecins. Au paragraphe 33 de son mémoire, l’appelant reconnaît que les conditions assortissant sa peine lui permettent un [TRADUCTION] «contact surveillé» avec le public en général. En conséquence, les conditions imposées par le juge Chrumka envisageaient effectivement que, à une date indéterminée, le délinquant aurait de larges contacts autonomes avec la collectivité en général. Par conséquent, sur le plan factuel, la «collectivité» que le juge chargé de déterminer la peine devrait prendre en compte dans son appréciation des risques pour la sécurité s’entend à la fois des personnes qui résident dans l’aile psychiatrique et du public en général.

Si l’on accepte que l’appelant puisse être remis en liberté au sein du public en général dès que ses médecins en auront décidé ainsi par consensus, le risque de récidive, conjugué à la gravité du préjudice susceptible de découler d’une récidive, mène inévitablement à la conclusion que l’appelant ne fait pas partie de cette sous-catégorie de délin-

sentence. It is clear that there is at least a risk of serious danger to the community that could result from the appellant serving a conditional sentence in this case.

4. Conclusion on the Condition that the Safety of the Community Not Be Endangered

We must keep in mind that it would be difficult, if not impossible, to modify the analysis of the first three preconditions for a conditional sentence at s. 742.1 on the basis of sentencing principles such as rehabilitation and reintegration which have yet to come into full play at this stage. As Lamer C.J. stated in *Proulx*, at para. 65, “[i]t is only once the judge is satisfied that the safety of the community would not be endangered . . . that he or she can examine whether a conditional sentence ‘would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2’”. Thus, notwithstanding the fact that several experts have testified that the appellant’s “dangerousness” has a greater likelihood of being reduced following treatment, this does not satisfy the statutory precondition that the community would not be endangered. Even taking into account the conditions of the sentence, the safety condition has not been met.

While I have concluded that the appellant represents a danger to the community and was thus not entitled to a conditional sentence, I nevertheless turn to what I consider the broader and more critical issue in this appeal, namely, whether confining an offender to a locked psychiatric institution is in conformity with the conditional sentence scheme in the first place. I note that since the Alberta Court of Appeal concluded that the appellant never passed the condition that he would not endanger the safety of the community, it did not go on to consider this broader question.

quants qui devraient bénéficier d’un sursis à l’emprisonnement. Il est clair qu’il y aurait à tout le moins un risque de danger grave pour la sécurité de la collectivité si l’appelant purgeait une peine d’emprisonnement avec sursis en l’espèce.

4. Conclusion relative à la condition exigeant que la sécurité de la collectivité ne soit pas mise en danger

Il ne faut pas oublier qu’il serait difficile, voire impossible, de modifier l’analyse des trois premières conditions préalables au prononcé d’une condamnation à l’emprisonnement avec sursis en vertu de l’art. 742.1, sur le fondement de principes de détermination de la peine telles la réhabilitation et la réinsertion sociale, qui ne sont pas encore entrés en jeu pleinement à ce stade-ci. Comme a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Proulx*, au par. 65, «[c]e n’est que lorsque le tribunal est convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger [. . .] qu’il peut se demander si le prononcé de l’emprisonnement avec sursis «est conforme à l’objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2»». Par conséquent, malgré le fait que plusieurs experts aient témoigné qu’il était vraisemblable que la «dangerosité» de l’appelant diminue au terme des traitements, cela ne satisfait pas à la condition préalable fixée par la loi qui exige que la collectivité ne soit pas mise en danger. Même en tenant compte des conditions dont la peine est assortie, la condition relative à la sécurité n’est pas remplie.

Bien que j’aie conclu que l’appelant représentait un danger pour la collectivité et qu’il n’avait par conséquent pas droit au sursis à l’emprisonnement, je vais néanmoins examiner la question plus large et plus cruciale que pose selon moi le présent pourvoi, soit celle de savoir si, au départ, le fait de confiner un délinquant dans un établissement psychiatrique sécuritaire est compatible avec le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement. Je souligne que, comme la Cour d’appel de l’Alberta a estimé que l’appelant n’avait jamais satisfait à la condition exigeant qu’il ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité, elle n’a pas examiné cette question plus générale.

93

94

B. *Does the Conditional Sentencing Regime Contemplate Serving a Sentence in a Locked Psychiatric Unit as a Condition of the Sentence?*

1. Optional Conditions of a Conditional Sentence Order

95

In addition to the compulsory conditions a sentencing judge is required to impose under a conditional sentence order, pursuant to s. 742.3(2) of the *Code* the sentencing judge may impose optional conditions. Of particular relevance to this appeal are ss. 742.3(2)(e) and (f), which provide as follows:

742.3 . . .

(2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:

. . .

(e) attend a treatment program approved by the province; and

(f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

96

Even if one were to conclude that the appellant does not represent a danger to the community, one question which must be addressed is whether locking up an offender in a psychiatric unit of a hospital constitutes a reasonable condition under the above provisions. The respondent contends that a conditional sentence which confines an offender to a psychiatric institution is distinct from a treatment order envisioned at s. 742.3(2)(e). The respondent also submits that s. 742.3(2)(f) cannot be used to confine an individual to a psychiatric hospital. I agree with the respondent. In addressing these arguments, it is important to consider the legislative scheme as a whole as well as its legislative history. As professed by this Court in *Proulx*, at para. 13, it is important to situate the conditional sentence in the broader context of the comprehensive sentencing reforms enacted in the *Act to*

B. *Est-il possible, dans le cadre du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, d'envisager, à titre de condition assortissant l'ordonnance de sursis, d'obliger le délinquant à purger sa peine dans une aile psychiatrique sécuritaire?*

1. Les conditions facultatives assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement

En plus des conditions obligatoires dont il est tenu d'assortir l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, le juge chargé de déterminer la peine peut imposer des conditions facultatives en vertu du par. 742.3(2) du *Code*. Voici le texte des al. 742.3(2)e) et f), qui sont particulièrement pertinents dans le présent pourvoi:

742.3 . . .

(2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

. . .

e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;

f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

Même si l'on jugeait que l'appellant ne représente pas un danger pour la collectivité, la question qu'il faut se poser est de savoir si le fait d'enfermer un délinquant dans l'aile psychiatrique d'un hôpital est une condition raisonnable visée par les dispositions susmentionnées. L'intimée prétend qu'une ordonnance de sursis confinant un délinquant dans un établissement psychiatrique diffère de l'ordonnance de traitement envisagée à l'al. 742.3(2)e). Elle affirme également qu'on ne peut invoquer l'al. 742.3(2)f) pour confiner un individu dans un hôpital psychiatrique. Je suis d'accord avec l'intimée. Il est important, dans l'examen de ces arguments, de prendre en compte l'ensemble du régime établi par la loi, de même que l'histoire de ces mesures législatives. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Proulx*, au par. 13, il est important de situer la peine d'emprisonne-

amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22 (“Bill C-41”). In my view, it is when attempting to do so that it becomes clear that it was not Parliament’s intention that the conditional sentence be used as it has been by Chromka Prov. Ct. J. in this case.

2. Distinction Between Institutional and Non-Institutional Sentences

Writing for the Court in *Proulx*, Lamer C.J. highlights a critical distinction between a prison sentence and a conditional sentence, namely, that a conditional sentence is not one where an offender is confined to an institution (at para. 40):

Although a conditional sentence is by statutory definition a sentence of imprisonment, this Court, in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 21, recognized that there “is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release”. . . . These comments are equally applicable to the conditional sentence. Indeed, offenders serving a conditional sentence in the community are only partially deprived of their freedom. Even if their liberty is restricted by the conditions attached to their sentence, they are not confined to an institution and they can continue to attend to their normal employment or educational endeavours. They are not deprived of their private life to the same extent. Nor are they subject to a regimented schedule or an institutional diet. [Emphasis added.]

While the conditional sentence may incorporate some restrictions on free movement with non-custodial measures (*Proulx*, at para. 22), clearly, the above passage indicates that offenders serving a conditional sentence are not confined to an institution but are meant to continue working, attending school, and participating in treatment programs.

ment avec sursis dans le contexte plus large de la réforme globale apportée en matière de détermination de la peine par la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»). À mon avis, lorsqu’on fait cette démarche, il apparaît clairement que le législateur n’entendait pas que l’emprisonnement avec sursis soit utilisé comme l’a fait le juge Chromka de la Cour provinciale dans la présente affaire.

2. La distinction entre les peines purgées en établissement et celles non purgées en établissement

S’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a fait ressortir la distinction cruciale qui existe entre une peine d’emprisonnement et le sursis à l’emprisonnement, c’est-à-dire le fait qu’en cas de sursis le délinquant n’est pas confiné dans un établissement (au par. 40):

Quoique l’emprisonnement avec sursis soit décrit dans la loi comme une forme d’emprisonnement, dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 21, notre Cour a reconnu qu’«il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d’une libération conditionnelle». [. . .] Ces commentaires s’appliquent également à l’emprisonnement avec sursis. En effet, le délinquant qui purge une telle peine au sein de la collectivité n’est que partiellement privé de sa liberté. Même si sa liberté est restreinte par les conditions assortissant son ordonnance de sursis, le délinquant n’est pas détenu dans un établissement et il peut continuer de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires. Il n’est pas dépouillé de sa vie privée dans la même mesure que s’il était incarcéré. Il n’est pas non plus soumis à un horaire strict ou à un régime alimentaire institutionnel. [Je souligne.]

Quoique la condamnation à l’emprisonnement puisse comporter certaines restrictions à liberté de déplacement et certaines mesures substitutives à l’incarcération (*Proulx*, au par. 22), le passage ci-dessus indique clairement que les délinquants qui purgent une peine d’emprisonnement avec sursis ne sont pas confinés dans un établissement, mais qu’ils sont censés continuer à travailler, à aller à l’école et à participer à des programmes de traitement.

98

In *Proulx*, the Court suggests that treatment orders might be appropriate even where the offender has a criminal record, provided the judge is confident that there is a good possibility of rehabilitation and a sufficient level of supervision (at para. 72). Later, at para. 110, the Court states that there are any number of conditions that a sentencing judge may impose in order to rehabilitate an offender and the Court cites as examples mandatory treatment orders such as psychological counselling and alcohol and drug rehabilitation. However, what the sentencing judge has imposed in the case at bar is not a "treatment program" which is permitted under s. 742.3(2)(e) but a type of custodial order in a locked psychiatric institution. I recognize that the psychiatric unit of a hospital is obviously not the same thing as a prison. Nevertheless, a sentence in such an institution shares many of the attributes of a custodial sentence. Like prison, an offender who is detained in a hospital would be segregated from other members of the community in a significant manner. She would also be subject to severe restrictions on her liberty and considerable intrusions on her privacy. Restrictive conditions such as house arrest and curfews may be the norm under conditional sentences (*Proulx*, at para. 36). However, there remains a distinction between custodial and non-custodial sentences; see *Proulx*, at para. 43 and specially para. 56, where Lamer C.J. speaks of non-custodial disposition in the context of the conditional sentencing regime. Even under house arrest, being confined to one's home allows greater freedom than confinement in an institution. One can hardly compare sleeping in one's own bed, amidst one's family, to confinement in a locked psychiatric unit. Clearly, confining an offender to this setting prevents the offender from attending to his or her normal employment or educational endeavours.

Dans l'arrêt *Proulx*, notre Cour suggère que, même lorsque le délinquant a des antécédents judiciaires, une ordonnance de traitement peut être appropriée dans la mesure toutefois où le juge estime que les chances de réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant (au par. 72). Plus loin, au par. 110, la Cour dit que le juge chargé de déterminer la peine peut assortir l'ordonnance d'une multitude de conditions visant à la réinsertion sociale du délinquant, citant comme exemple les ordonnances de participation obligatoire à un traitement, notamment en matière de counseling psychologique et de désintoxication. Cependant, ce qu'a imposé le juge qui a déterminé la peine en l'espèce n'est pas un «programme de traitement» autorisé par l'al. 742.3(2)e), mais un type d'ordonnance de détention dans un établissement psychiatrique sécuritaire. Je reconnais que l'aile psychiatrique d'un hôpital ne peut évidemment pas être assimilée à une prison. Néanmoins, une peine envoyant le délinquant dans un tel établissement possède nombre des attributs d'une peine d'emprisonnement. Tout comme en prison, le délinquant détenu dans un hôpital serait isolé de façon importante des autres membres de la collectivité. Il serait également assujéti à de sévères restrictions à sa liberté et à des intrusions considérables dans sa vie privée. Des conditions restrictives comme la détention à domicile ou les couvre-feux peuvent constituer la règle en cas de condamnation à l'emprisonnement avec sursis (*Proulx*, au par. 36). Cependant, il y a toujours une distinction entre les peines d'emprisonnement et les sanctions autres que l'emprisonnement: voir l'arrêt *Proulx*, au par. 43, et particulièrement le par. 56, où le juge en chef Lamer traite des décisions autres que l'emprisonnement dans le contexte du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Même en cas de détention à domicile, le délinquant confiné dans sa résidence jouit néanmoins d'une plus grande liberté que s'il était confiné dans un établissement. On peut difficilement comparer le fait de dormir dans son propre lit, entouré des siens, au fait d'être confiné dans une aile psychiatrique sécuritaire. Il est clair que le confinement du délinquant à un tel milieu l'empêche de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires.

At para. 43 of *Proulx*, Lamer C.J. suggests that a parolee may even be subject to stricter conditions than those under a conditional sentence since the parolee can be assigned to a community-based residential facility pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act* and *Regulations*. In making this statement, the Court clearly did not consider locking an offender up in a psychiatric ward for an indefinite period of time to be a reasonable condition of a conditional sentence since one can hardly consider such a sentence less severe than assignment to a community-based residential facility. Moreover, pursuant to s. 742.3(2)(d), a sentencing judge is restricted to ordering a maximum number of 240 hours of community service under a conditional sentence. I find it very difficult to comprehend that Parliament would permit a sentencing judge to order complete confinement in a locked psychiatric institution for two years or more but that a sentencing judge is prevented from ordering 300 hours of community service.

In his discussion on the distinctions between incarceration and conditional sentences, Lamer C.J. speaks of there being no way of reducing a conditional sentence through parole since the offender is never actually incarcerated under a conditional sentence and there is therefore no need for him or her to be reintegrated into society (*Proulx*, at para. 43). Thus, separating an offender from society is not a relevant sentencing goal with respect to conditional sentences since the prerequisite to a conditional sentence is that the offender not pose a danger to the community (*Proulx*, at para. 108). Thus, *Proulx* makes it evident that conditional sentences are meant as an alternative to incarceration and not as a sentence to any type of locked institution subsequent to which the offender would have to be reintegrated into the community.

Au paragraphe 43 de l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer affirme que les délinquants bénéficiant d'une libération conditionnelle peuvent même être assujettis à des conditions plus rigoureuses que celles accompagnant une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, dans la mesure où il peut leur être ordonné de demeurer dans un établissement résidentiel communautaire en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et de son règlement d'application. Lorsque notre Cour a fait cette affirmation, elle ne considérait manifestement pas que l'incarcération d'un délinquant dans une aile de psychiatrie, pendant une période indéterminée, constituait une condition raisonnable d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, puisqu'on peut difficilement prétendre qu'une telle sanction est moins sévère que l'assignation à un établissement résidentiel communautaire. En outre, aux termes de l'al. 742.3(2)d), le juge chargé de déterminer la peine ne peut imposer qu'un maximum de 240 heures de service communautaire dans le cadre d'une ordonnance de sursis. J'ai beaucoup de difficulté à imaginer que le législateur veuille permettre au juge qui détermine la peine d'ordonner le confinement absolu d'un délinquant à un établissement psychiatrique sécuritaire pendant deux ans ou plus, mais que ce même juge ne pourrait ordonner l'accomplissement de 300 heures de service communautaire.

Dans son examen des distinctions entre l'incarcération et le sursis à l'emprisonnement, le juge en chef Lamer précise que la durée d'application d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis ne peut être écourtée par une libération conditionnelle, puisque le délinquant n'est jamais incarcéré sous ce régime et qu'il n'est par conséquent pas nécessaire de le réinsérer dans la société (*Proulx*, au par. 43). En conséquence, l'isolement du délinquant du reste de la société n'est pas un objectif de détermination de la peine pertinent pour l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, puisqu'un préalable au prononcé de cette sanction est que le délinquant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité (*Proulx*, au par. 108). Par conséquent, l'arrêt *Proulx* indique clairement que l'emprisonnement avec sursis se

Sentencing an offender to a locked psychiatric facility for potentially a two-year period or longer contravenes these principles. Clearly, the sentence imposed by Chrumka Prov. Ct. J. was not consistent with *Proulx* in this regard. Indeed, the record in this case is replete with references to a slow process of reintegration into the community subsequent to the appellant being released from the psychiatric ward which could occur at any time upon consensus of the appellant's physicians.

101

This view of the philosophy behind the conditional sentencing regime is buttressed by the recent appellate decisions which hold that "blended" sentences, where the first part of the sentence is served in custody and the latter part is a conditional sentence under supervision in the community, are illegal and contrary to the underlying purpose of the conditional sentencing regime; see, for example, *R. v. Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397 (C.A.); *R. v. Hirtle* (1999), 136 C.C.C. (3d) 419 (N.S.C.A.); *R. v. Wey* (1999), 142 C.C.C. (3d) 556 (Alta. C.A.); *R. v. Monkman* (1998), 132 C.C.C. (3d) 89 (Man. C.A.); *R. v. Maynard*, [1999] M.J. No. 8 (QL) (C.A.); and *R. v. Kopf* (1997), 6 C.R. (5th) 305 (Que. C.A.). Notwithstanding that sentencing judges in these cases sought to be creative in tailoring what they considered appropriate sentences in the circumstances, the conditional sentence is not meant to be served in custody which, in my opinion, includes institutional settings such as being locked in a psychiatric ward.

102

A review of the legislative history of the conditional sentencing provisions also suggests that Parliament intended that conditional sentences be non-institutional in nature and that supervision in the

veut une mesure de rechange à l'incarcération et non une peine d'internement dans un quelconque type d'établissement sécuritaire, peine au terme de laquelle le délinquant devrait être réinséré au sein de la collectivité. Le fait de condamner un délinquant à la détention dans un établissement psychiatrique sécuritaire pour une période d'une durée potentielle de deux ans ou plus contrevient à ces principes. La peine infligée par le juge Chrumka de la Cour provinciale était clairement incompatible avec l'arrêt *Proulx* à cet égard. De fait, en l'espèce, le dossier regorge de mentions du lent processus de réinsertion dans la collectivité qui suivra le moment où l'appelant aura reçu son congé de l'aile psychiatrique, situation qui peut survenir à tout moment, dès que ses médecins auront, par consensus, arrêté cette décision.

Cette interprétation de la philosophie sur laquelle repose le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est étayée par de récentes décisions de tribunaux d'appel dans lesquelles on a jugé que les peines «hybrides» — dont la première partie est une peine d'incarcération et la seconde une peine d'emprisonnement avec sursis purgée sous surveillance au sein de la collectivité — sont illégales et contraires à l'objet fondamental du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement; voir, par exemple, *R. c. Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397 (C.A.); *R. c. Hirtle* (1999), 136 C.C.C. (3d) 419 (C.A.N.-É.); *R. c. Wey* (1999), 142 C.C.C. (3d) 556 (C.A. Alb.); *R. c. Monkman* (1998), 132 C.C.C. (3d) 89 (C.A. Man.); *R. c. Maynard*, [1999] M.J. No. 8 (QL) (C.A.); et *R. c. Kopf* (1997), 6 C.R. (5th) 305 (C.A. Qué.). Indépendamment du fait que les juges chargés de la détermination de la peine dans ces affaires aient cherché à faire preuve de créativité pour déterminer la peine qu'ils considéraient comme appropriée dans les circonstances, l'emprisonnement avec sursis n'est pas censé être une peine à purger en détention, ce qui, à mon avis, comprend les placements en établissements, par exemple le fait d'être interné dans une aile psychiatrique sécuritaire.

L'examen de l'historique législatif des dispositions relatives au sursis à l'emprisonnement tend également à indiquer, d'une part, que le législateur voulait que les peines d'emprisonnement avec

community was not meant to be equivalent to confinement in an institution. In introducing the second reading of the Bill amending the *Criminal Code* to include the new Part XXIII, then Minister of Justice Allan Rock stated (*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, at p. 5873):

Where a court imposes a sentence of imprisonment of less than two years and where the court is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of society as a whole, the court may order that the offender serve the sentence in the community rather than in an institution.

It seems to me that such an approach would promote the protection of the public by seeking to separate the most serious offenders from the community while providing that less serious offenders can remain among other members of society. . . . [Emphasis added.]

Included within Bill C-41 were ss. 747 to 747.8, dealing with hospital orders. The Law Reform Commission had recommended that a system of hospital orders be instituted to permit judges to order treatment in hospitals. These provisions were drafted as a result of lengthy study, consultation and consensus. Sections 747 to 747.8 empower a court to order an offender who suffers from a mental disorder to serve up to 60 days of his prison sentence in a hospital or other treatment facility. The hospital order provisions were enacted at the same time as the conditional sentencing scheme, but have not yet come into force. Similar provisions were included in the 1992 amendments to the *Criminal Code*; they too were never proclaimed into force.

These hospital order provisions included extensive guidelines and were to be available only in

sursis ne soient pas purgées en établissement et, d'autre part, que la surveillance dans la collectivité n'est pas censée équivaloir au confinement à un établissement. Au commencement des débats en deuxième lecture du projet de loi modifiant le *Code criminel* afin d'y ajouter la partie XXIII, le ministre de la Justice de l'époque, Allan Rock, a déclaré ceci (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, à la p. 5873):

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne est condamnée à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité au lieu de la purger dans un établissement.

Il me semble que cette façon de faire permettra de mieux protéger la population en cherchant à isoler les délinquants plus dangereux de la collectivité, tout en prévoyant que les délinquants moins dangereux puissent purger leur peine dans la collectivité. . . [Je souligne.]

Le projet de loi C-41 comportait les art. 747 à 747.8, qui traitent des ordonnances de détention dans un hôpital. La Commission de réforme du droit avait recommandé l'instauration d'un régime d'ordonnances de détention dans des hôpitaux afin d'habiliter les juges à ordonner des traitements en milieu hospitalier. Ces dispositions sont le fruit d'un long examen, de consultations et d'un consensus. Les articles 747 à 747.8 confèrent au tribunal le pouvoir d'ordonner à un délinquant atteint de troubles mentaux de purger au plus 60 jours de sa peine d'emprisonnement dans un hôpital ou dans un autre centre de soins. Les dispositions relatives aux ordonnances de détention dans un hôpital ont été édictées en même temps que le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, mais elles ne sont pas encore entrées en vigueur. Des dispositions similaires faisaient partie des modifications apportées en 1992 au *Code criminel*, mais elles aussi n'ont jamais été proclamées en vigueur.

Ces dispositions créant les ordonnances de détention dans un hôpital donnent des directives

very limited circumstances. For example, detainment in a treatment facility was limited to the initial part of a sentence of imprisonment where the offender was “in an acute phase” of a mental disorder, for a period not exceeding 60 days, where the court finds that immediate treatment is “urgently required” to prevent further deterioration of the offender’s condition, or to prevent him or her from causing serious physical harm to another person. In addition, no hospital order was to be made unless the offender and the person in charge of the treatment facility consented to the order. The offender could also not be a dangerous offender pursuant to s. 753. Initially, there was to be no 60-day limit to the hospital orders. However,

within the federal government concern was expressed that to start with a full-blown scheme might be too ambitious, not only from the standpoint of cost but also the availability of appropriate treatment facilities. The proposal was therefore pared down to one that would allow the court to order treatment for a period not exceeding 60 days where, at the time of sentencing, “the offender is suffering from a serious mental disorder that is not likely to be substantially improved unless the offender receives treatment in a hospital or other place, other than a prison. . . .” [Emphasis added.]

(E. A. Tollefson and B. Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), at pp. 143-44.)

très détaillées et ne pourraient être invoquées que dans des circonstances très limitées. À titre d'exemple, un délinquant ne pourrait être envoyé en détention dans un centre de soins qu'au tout début de sa peine d'emprisonnement et ce pour une période maximale de 60 jours, s'il est atteint de troubles mentaux «en phase aiguë» et si le tribunal estime que le traitement immédiat de celui-ci «s'impose d'urgence» pour empêcher soit que ne survienne une détérioration de sa santé, soit qu'il n'inflige à d'autres des lésions corporelles graves. En outre, une ordonnance de détention dans un hôpital ne pourrait être prononcée que si le délinquant et le centre de soins y ont au préalable consenti. De plus, les délinquants dangereux au sens de l'art. 753 ne pourraient faire l'objet d'une telle ordonnance. Initialement, aucune limite de 60 jours n'était censée s'appliquer aux ordonnances de détention dans un hôpital. Cependant,

[TRADUCTION] on s'est demandé, au sein du gouvernement fédéral, s'il n'était pas trop ambitieux de commencer en déployant le régime au complet, non seulement du point de vue des coûts, mais également de la disponibilité de centres de soins appropriés. Cette proposition a en conséquence été restreinte à une disposition autorisant le tribunal à ordonner un traitement pour une période maximale de 60 jours lorsque, au moment de la détermination de la peine, «le contrevenant est affecté d'un désordre mental grave et que sa condition ne pourrait probablement être améliorée de façon notable que par un traitement dans un hôpital ou dans un autre établissement, à l'exception d'une prison . . .». [Je souligne.]

(E. A. Tollefson et B. Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), aux pp. 143 et 144.)

105

While I recognize that these hospital order provisions were limited in scope, this examination of what was to be included under the hospital order provisions supports a more cautious approach to ordering psychiatric treatment under the conditional sentencing regime. Where the legislature intended that a sentencing judge be permitted to confine an offender to a treatment facility, it provided extensive guidelines, most notably with respect to consent and duration of the order. If s. 742.3(2)(f) could be used to sentence a person to

Bien que je reconnaisse que ces dispositions concernant les ordonnances de détention en milieu hospitalier avaient un champ d'application limité, l'examen de la teneur de ces dispositions justifie une approche plus prudente à l'égard du prononcé d'ordonnances de traitement psychiatrique dans le cadre du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Lorsque le législateur a voulu autoriser le juge chargé de déterminer la peine à confiner un délinquant dans un centre de soins, il a donné des directives détaillées, particulièrement en ce qui a

a psychiatric hospital, there would be serious problems in the practical application and administration of such conditional sentence orders. As it stands, there are no guidelines as to how such sentences might be implemented. Many questions are left unanswered such as the evidence required upon sentencing, whether the court may delegate decisions regarding the gradual release of the offender to medical professionals, and whether the consent of the offender and the institution are required. Thus, had s. 742.1 and the conditional sentence been intended as a mechanism allowing for the detainment of offenders in treatment facilities, especially for extended periods of time, one can only assume that similar guidelines would have been set as well, especially since the Minister of Justice described Bill C-41 as providing the courts with [TRANSLATION] “clear guidelines”; see *House of Commons Debates, supra*, at p. 5871, and *Brady, supra*, at para. 9. It is also difficult to understand why Parliament would want to limit the availability of hospital detentions to persons convicted to terms of imprisonment of less than two years if such detentions were meant to rehabilitate all offenders and to reduce recidivism.

Section 718.2(e) of the *Code* directs a court to consider all available sanctions other than imprisonment, “with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. Parliament has thus chosen to single out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in order to address the serious problem of over-incarceration of aboriginal offenders in Canada (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 44 and 50; *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10, at para. 37). While, unfortunately, the mentally ill, like aboriginals, are sadly over-represented in the

trait au consentement du délinquant et à la durée de l’ordonnance de détention. Si l’al. 742.3(2)f) pouvait être invoqué pour ordonner la détention d’une personne dans un hôpital psychiatrique, de sérieux problèmes surviendraient dans l’application concrète et l’administration de telles ordonnances de sursis à l’emprisonnement. À l’heure actuelle, il n’existe aucune directive sur la manière dont de telles peines pourraient être exécutées. Bon nombre de questions sont encore sans réponse, notamment quant à la preuve requise au moment de la détermination de la peine, à la possibilité pour le tribunal de déléguer à des professionnels de la santé la prise de décision concernant la remise en liberté progressive du délinquant et la question de savoir si le consentement du délinquant et de l’établissement sont requis. En conséquence, si on avait voulu que l’art. 742.1 et le sursis à l’emprisonnement constituent un mécanisme autorisant la détention des délinquants dans des centres de soins, particulièrement pendant des périodes prolongées, on ne peut que supposer que des directives similaires auraient également été énoncées, eu égard spécialement au fait que le ministre de la Justice a dit que le projet de loi C-41 donne aux tribunaux une «ligne de conduite précise»; voir *Débats de la Chambre des communes, op. cit.*, à la p. 5871, et l’arrêt *Brady*, précité, au par. 9. Il est également difficile d’imaginer pourquoi le législateur aurait voulu limiter l’application des ordonnances de détention dans un hôpital aux personnes condamnées à des peines d’emprisonnement de moins de deux ans, si ces mesures de détention sont censées tendre à la réadaptation de tous les délinquants et à la réduction du taux de récidive.

L’alinéa 718.2e) du *Code* intime au tribunal de tenir compte de toutes les sanctions autres que l’emprisonnement qui peuvent être infligées, «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Le législateur a donc choisi d’accorder une attention particulière aux délinquants autochtones en leur réservant un traitement différent en matière de détermination de la peine, afin de s’attaquer au problème sérieux du recours excessif à l’incarcération dans le cas des délinquants autochtones au Canada (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, aux par. 44 et 50; *R. c. Wells*,

prison population, there are no similar provisions in force which address the particular situation of the mentally ill. A similar conclusion can be reached from the following passage from *Gladue*, at para. 44:

There is also sentencing jurisprudence which holds, for example, that a court must consider the unique circumstances of offenders who are battered spouses, or who are mentally disabled. Although the validity of the principles expressed in this latter jurisprudence is unchallenged by the 1996 sentencing reforms, one does not find reference to these principles in Part XXIII. If Part XXIII were indeed a codification of principles regarding the appropriate method of sentencing different categories of offenders, one would expect to find such references. The wording of s. 718.2(e), viewed in light of the absence of similar stipulations in the remainder of Part XXIII, reveals that Parliament has chosen to single out aboriginal offenders for particular attention.

[2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10, au par. 37). Malheureusement, quoique tout comme les Autochtones, les personnes atteintes de maladie mentale soient tristement surreprésentées au sein de la population carcérale, il n'existe aucune disposition similaire en vigueur et applicable à leur situation particulière. On peut tirer la même conclusion à partir de l'extrait suivant du par. 44 de l'arrêt *Gladue*:

Il y a aussi une jurisprudence qui porte, par exemple, que le tribunal doit tenir compte de la situation particulière des délinquants qui sont des conjoints battus, ou qui souffrent d'une déficience mentale. Bien que la validité des principes véhiculés par ce dernier courant ne soit pas mise en cause par les réformes de 1996, la partie XXIII n'en fait aucune mention. Or si la partie XXIII était effectivement une codification des principes régissant la méthode à appliquer pour déterminer la peine selon les diverses catégories de délinquants, on pourrait s'attendre à ce qu'elle en fasse mention. Étant donné l'absence de dispositions similaires dans le reste de la partie XXIII, le libellé de l'al. 718.2e) indique que le Parlement a choisi d'accorder une attention particulière aux délinquants autochtones.

107

If treatment of mentally ill offenders was to be "the" or at least "a" paramount concern under the conditional sentencing scheme, there would, in my opinion, at least have been some mention of this in the *Criminal Code*. In my view, where the legislature left open s. 742.3(2)(f) for the court to impose "other reasonable conditions" as it considers desirable, it was not meant to confer a discretion to impose any sentence whatsoever under the guise of a conditional sentence. Had Parliament intended to permit sentences such as the one imposed by *Chrumka* Prov. Ct. J. in this case, it would not have left such a void. It would be illogical if the only portion of Bill C-41 that deals specifically with mentally ill persons has not been proclaimed, yet the proclaimed portions, which do not specifically deal with these individuals, were meant to allow them to be sentenced to a hospital for up to five years (two years plus three years' probation). If Parliament had intended that the conditional sentence was to bring about an entirely different approach to the sentencing of mentally ill

Si le traitement des délinquants atteints de troubles mentaux était «l'» aspect primordial ou, à tout le moins, «un» aspect crucial du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, je suis d'avis que cela aurait été mentionné dans le *Code criminel*. J'estime que, à l'al. 742.3(2)(f), lorsque le législateur a accordé au juge la faculté d'imposer «telles autres conditions raisonnables» qu'il considère comme souhaitables, il n'entendait pas lui conférer le pouvoir discrétionnaire d'infliger n'importe quelle peine sous le couvert de l'emprisonnement avec sursis. Si le législateur avait voulu autoriser des peines comme celle infligée par le juge *Chrumka* de la Cour provinciale en l'espèce, il n'aurait pas laissé un tel vide. Compte tenu du fait que la seule partie du projet de loi C-41 qui porte expressément sur les personnes atteintes de troubles mentaux n'ait pas été proclamée en vigueur, il serait illogique que les dispositions qui l'ont été mais qui ne visent pas ces personnes aient pour but de permettre leur détention dans un hôpital pour une période pouvant aller jusqu'à cinq ans (deux ans plus trois ans de probation). Si le législateur avait voulu que l'emprisonnement avec sursis

offenders, it would have been far more specific and far more clear.

3. Usual Methods of Confining Offenders to Treatment Facilities

The usual methods of confining a person to a hospital in the criminal context are as a condition of parole, or through a ruling that he or she is not criminally responsible on account of mental disorder (“NCR”) under s. 16 and Part XX.1 of the *Criminal Code*. I will briefly address each of these methods.

In the case at bar, the appellant has been transferred to the psychiatric unit of the Alberta Hospital as one of his conditions of parole to undergo treatment as an in-patient. The National Parole Board order dated October 21, 1999, which allowed the appellant to be moved from the Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute to the Alberta Hospital, stated that the appellant’s movements must be “tightly controlled in order to protect the public”. It is clear from the facts of this case that the Parole Board has explicit legislative authorization to transfer offenders to hospitals as a condition of their parole. Indeed, the relevant legislation which sets out the responsibilities of the correctional systems normally provides for treating mentally ill offenders in hospitals and other treatment facilities. For example, in Alberta, s. 9 of the *Corrections Act*, R.S.A. 1980, c. C-26, and ss.14-19 of the *Correctional Institution Regulations*, Alta. Reg. 138/77, provide for the transfer of inmates who require treatment to hospitals pursuant to the *Mental Health Act*, S.A. 1988, c. M-13.1. In addition, in Canada, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, allows for federal-provincial agreements for the confinement in hospitals of persons sentenced to penitentiaries as well as transfers to hospitals. While there is a need for greater cooperation between correctional authorities and mental health authorities, at least there has been some cooperation between them in

modifie entièrement l’approche applicable en matière de détermination de la peine des délinquants atteints de troubles mentaux, il aurait été beaucoup plus explicite et beaucoup plus clair.

3. Les méthodes usuelles de confinement des délinquants dans des centres de soins

Les méthodes usuelles par lesquelles une personne peut, en contexte criminel, être confinée dans un hôpital sont soit l’application d’une condition assortissant sa libération conditionnelle, soit l’exécution d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé en vertu de l’art. 16 et de la partie XX.1 du *Code criminel*. Je vais examiner brièvement chacune de ces méthodes.

Dans le présent pourvoi, l’appelant a été transféré à l’aile psychiatrique de l’Alberta Hospital, conformément à l’une des conditions de sa libération conditionnelle qui prévoyait son hospitalisation pour qu’il suive un programme de traitement. Dans l’ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles datée du 21 octobre 1999, qui autorisait le transfèrement de l’appelant du Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute à l’Alberta Hospital, on précisait que les allées et venues de l’appelant devaient être [TRADUCTION] «étroitement surveillées afin de protéger le public». Il ressort clairement des faits de l’espèce que la Commission des libérations conditionnelles est explicitement autorisée par la loi à transférer un délinquant dans un hôpital en tant que condition de sa libération conditionnelle. De fait, les textes loi pertinents, qui énoncent les responsabilités des systèmes correctionnels, pourvoient normalement au traitement des délinquants atteints de troubles mentaux dans des hôpitaux et d’autres centres de soins. En Alberta, par exemple, l’art. 9 de la *Corrections Act*, R.S.A. 1980, ch. C-26, et les art. 14 à 19 du règlement intitulé *Correctional Institution Regulations*, Alta. Reg. 138/77, pourvoient au transfèrement des détenus requérant un traitement en milieu hospitalier conformément à la *Mental Health Act*, S.A. 1988, ch. M-13.1. En outre, au niveau fédéral, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*,

108

109

this case as evidenced by the Parole Board having transferred the appellant to the Alberta Hospital.

110 I also note that prior to transferring offenders from prisons to treatment facilities, treatment is available to mentally ill offenders within the correctional system itself. I recognize, however, that such treatment may be inadequate and that the appellant would not have access to the same range of programs there as he would at the Alberta Hospital for example (testimony of Dr. Tweddle). Nevertheless, it is important to note that O'Leary J.A. recommended Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute in the first place so that the appellant could access treatment opportunities and facilities with which he was already familiar (p. 295).

111 A second method of confining a person to a hospital in the criminal context is through a s. 16 NCR ruling. Once an accused is found not criminally responsible on account of his or her mental disorder, he or she comes within the jurisdiction of a Review Board which is granted the power under s. 672.54 to make one of the following dispositions: an absolute discharge (where the accused would not be a significant threat to the safety of the public), a conditional discharge, or a custodial order that the accused be detained in a hospital. The goals of this alternative system are to protect the public and to treat mentally disabled offenders fairly and appropriately. The majority of the Court affirmed in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 41, that a disposition under s. 672.54 is not punitive in nature but is intended to provide the accused with treatment opportunities. The idea is that both the accused and society are better served

L.C. 1992, ch. 20, autorise la conclusion d'accords fédéraux-provinciaux en vue de l'incarcération ou du transfert dans des hôpitaux de personnes condamnées à l'emprisonnement dans un pénitencier. Bien qu'une plus grande coopération soit nécessaire entre les autorités correctionnelles et les autorités en matière de santé mentale compétentes, il y a à tout le moins eu une certaine coopération en l'espèce, comme en témoigne le fait que la Commission des libérations conditionnelles a transféré l'appelant à l'Alberta Hospital.

Je souligne également qu'avant d'être transférés de la prison à un centre de soins les délinquants atteints de troubles mentaux peuvent bénéficier de traitements au sein même du système correctionnel. Je reconnais toutefois que de tels traitements peuvent être insuffisants et que l'appelant n'aurait pas accès, au sein du système correctionnel, au même éventail de programmes qu'à l'Alberta Hospital par exemple (témoignage du Dr Tweddle). Il importe néanmoins de souligner que le juge O'Leary a dès le départ recommandé le Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute, afin que l'appelant puisse bénéficier des possibilités de traitements et des installations avec lesquelles il était déjà familier (p. 295).

La seconde méthode permettant de confiner une personne dans un hôpital en contexte criminel est le prononcé d'un verdict de non-responsabilité criminelle en vertu de l'art. 16. Lorsqu'un accusé est déclaré non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux, il relève alors de la compétence d'une commission d'examen qui, en vertu de l'art. 672.54, a le pouvoir d'ordonner soit sa libération inconditionnelle (lorsque le délinquant ne représente pas un risque important pour la sécurité du public), soit sa libération sous réserve des modalités qu'elle juge indiquées, ou encore sa détention dans un hôpital. Les objectifs visés par ce régime substitutif sont la protection du public et le traitement juste et approprié des délinquants atteints de troubles mentaux. Dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, les juges de la majorité ont déclaré, au par. 41, que la décision prise en vertu de l'art. 672.54 ne vise pas à punir l'accusé,

by stabilizing the accused's mental condition, thereby reducing the threat to public safety (*Winko*, at para. 39). The restrictions on the accused's liberty are legitimate if the accused poses a significant danger to the safety of the community. In fact, the unit of the Alberta Hospital, where the appellant was sentenced to reside, is a maximum security facility which also houses patients who have been found not criminally responsible by reason of mental disorder.

Unlike a person held not criminally responsible on account of mental disorder, a person with a mental disability who is being sentenced is criminally responsible for his or her actions. Indeed, the record in the case at bar demonstrates that, although the appellant suffers from a mental disorder, he appreciated the nature and quality of his acts and, for that reason, no s. 16 request was made. In fact, the appellant was described by Dr. Tweddle as "not Section 16 material". The conditional sentencing provisions form part of a package of amendments to Part XXIII of the *Criminal Code*. These amendments included for the first time a statement of the purpose and objectives of sentencing. One fundamental principle of sentencing is the principle of "proportionality" which dictates that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. This principle was codified at s. 718.1 of the *Code*. The appellant was not found not criminally responsible by reason of mental disorder and, while conditional sentences were designed to permit the accused to avoid imprisonment, they were not designed to avoid punishment. The appellant possessed a culpable state of mind. Sentencing should reflect this.

VII. Conclusion and Disposition

According to the approach the appellant proposes, once it is determined that an offender is

mais plutôt à lui fournir la possibilité de se faire traiter. Le raisonnement est que tant l'accusé que la société bénéficient de la stabilisation de l'état mental du premier, mesure qui a pour effet de faire diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public (*Winko*, au par. 39). Les restrictions imposées à la liberté de l'accusé sont légitimes si celui-ci représente un risque important pour la sécurité de la collectivité. En fait, l'aile de l'Alberta Hospital dans laquelle l'appelant a été condamné à rester est un établissement à sécurité maximale qui héberge également des patients qui ont été déclarés non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux.

Contrairement aux personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux, la personne atteinte de troubles mentaux qui est condamnée à une peine est criminellement responsable de ses actes. De fait, en l'espèce, le dossier démontre que même si l'appelant souffrait de troubles mentaux il était capable de juger de la nature et de la qualité de ses actes et, pour cette raison, aucune demande n'a été présentée en vertu de l'art. 16. En fait, l'appelant a été décrit par le Dr Tweddle comme [TRADUCTION] «n'étant pas un cas visé par l'art. 16». Les dispositions relatives au sursis à l'emprisonnement font partie de l'ensemble des modifications apportées à la partie XXIII du *Code criminel*. Ces modifications ont introduit un énoncé de l'objectif et des principes de la détermination de la peine. Le principe fondamental de détermination de la peine est celui de la «proportionnalité», qui dicte que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Ce principe a été codifié à l'art. 718.1 du *Code*. L'appelant n'a pas été jugé non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux et, bien que le régime de sursis à l'emprisonnement ait été conçu pour permettre aux accusés d'éviter l'incarcération, il ne vise pas à leur éviter d'être punis. L'appelant avait un état d'esprit coupable. Cela devrait se refléter dans la peine qui lui est infligée.

VII. Conclusion et dispositif

Suivant l'approche proposée par l'appelant, une fois qu'il est jugé qu'un délinquant est extrême-

extremely dangerous, if conditions could be crafted which include the possibility of locking up an offender in an institution or in his or her house for 24 hours a day, a conditional sentence would then become appropriate since there would no longer be a danger to the community. I am unable to agree that those were the types of restrictions that Parliament envisioned could be imposed as a conditional sentence. When a sentencing judge is at the initial stage of determining whether a conditional sentence would be appropriate, he or she should not engage in a circular analysis by deciding first that the offender is dangerous but then searching for conditions which could be crafted to alleviate the danger such that a conditional sentence may become appropriate. One cannot take the end result of minimizing the danger and feed it back into whether a conditional sentence is appropriate in the first place.

ment dangereux, s'il est possible de fixer des conditions permettant notamment de le confiner dans un établissement ou à son domicile 24 heures par jour, le sursis à l'emprisonnement serait alors une sanction appropriée puisqu'il n'y aurait plus de danger pour la collectivité. Je suis incapable d'accepter qu'il s'agit du genre de restrictions qui, dans l'esprit du législateur, pourraient être imposées dans le cadre d'une peine d'emprisonnement avec sursis. Lorsque le juge chargé de déterminer la peine se demande au départ si l'emprisonnement avec sursis est une peine appropriée, il ne devrait pas se lancer dans une analyse circulaire où, après avoir décidé que le délinquant est dangereux, il chercherait à fixer des conditions permettant d'atténuer le danger, de telle sorte que l'emprisonnement avec sursis puisse devenir une peine appropriée. On ne peut se servir du résultat, savoir la réduction au minimum du danger, pour répondre à la question initiale de savoir s'il est approprié d'octroyer le sursis à l'emprisonnement.

114 While it has been suggested that this case should be restricted to its particular facts, we must keep in mind that the application of the dangerousness test applies to all offenders and would not be limited to the mentally ill. Thus, if the appellant's arguments were to succeed, any offender, dangerous or not, could serve his or her sentence in a locked institution or under house arrest with an armed guard for two years and, under such restrictions, he or she would not endanger the safety of the community. However, the conditional sentence is designed as an alternative to incarceration which is available only for "less serious and non-dangerous offenders" (*Proulx*, at para. 21). In cases where the experts have decided that the appellant is extremely dangerous, then surely the appellant represents a danger to the community. If a sentencing judge must resort to locking up an offender in a psychiatric institution in order to satisfy the "dangerousness" precondition, then this offender is not suited to the conditional sentencing regime. In

Bien qu'il ait été suggéré que le présent pourvoi devrait se limiter aux faits qui lui sont propres, nous devons garder à l'esprit que le critère de la dangerosité s'applique à tous les délinquants et n'est pas limité aux personnes atteintes de troubles mentaux. Par conséquent, si les arguments de l'appelant devaient être retenus, tout délinquant — dangereux ou non — pourrait purger sa peine dans un établissement sécuritaire ou en détention à domicile sous surveillance armée pendant deux ans et, sous le coup de telles restrictions, il ne mettrait pas en danger la sécurité de la collectivité. Cependant, la peine d'emprisonnement avec sursis se veut une mesure de rechange à l'incarcération dont ne peuvent bénéficier que «certains délinquants non dangereux» (*Proulx*, au par. 21). Dans les cas où les experts ont décidé que l'appelant était extrêmement dangereux, celui-ci représentait alors sûrement un danger pour la collectivité. Si le juge chargé de déterminer la peine doit aller jusqu'à enfermer un délinquant dans un établissement psychiatrique pour satisfaire à la condition préalable relative à la «dangerosité», ce délinquant n'est par conséquent pas un candidat approprié pour l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Dans de tels cas, le législateur a déclaré qu'il

such cases, Parliament has said that the conditional sentence is not available.

Thus, while I believe that Chrumka Prov. Ct. J. had the best intentions when he sought to craft an appropriate sentence in a difficult case, I have concluded that the Court of Appeal was correct in overturning the conditional sentence he imposed, both on the basis that the appellant continues to represent a danger to the safety of the community and because the type of sentence he imposed was not contemplated under the conditional sentencing scheme. Notwithstanding this result, I find it very unfortunate that there are inadequate resources to treat the mentally ill in most of Canada's correctional facilities and that there is a void in the *Criminal Code* in its lack of provision of treatment for mentally disabled offenders. It is particularly unfortunate that medical order provisions have not been proclaimed and that the treatment needs of mentally ill offenders, and ultimately the safety of the public when the offenders are released from prison, have been sacrificed because of intergovernmental financial disputes. The evidence in this case indicates that there is already an insufficient number of beds for the number of people who could benefit from care at the Alberta Hospital.

There is no doubt that an appropriate scheme to provide for the treatment of mentally ill offenders which takes into account the reality of offenders who suffer from mental disorders should be in force. Moreover, recognizing the importance of treating mentally ill offenders also begs the question of why such treatment should be limited to those eligible for a conditional sentence. If our emphasis is on treating mentally ill offenders, such orders should not be restricted to offenders who receive a sentence of less than two years with no minimum term of imprisonment. This would lead to a situation where those mentally ill offenders who are sentenced to longer terms of imprison-

n'y avait pas ouverture à l'emprisonnement avec sursis.

En conséquence, bien que j'estime que le juge Chrumka de la Cour provinciale ait été bien intentionné lorsqu'il a cherché à déterminer une peine appropriée dans cette difficile affaire, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'écarter la peine d'emprisonnement avec sursis qu'il a prononcée, tant parce que l'appelant continuait de mettre en danger la sécurité de la collectivité qu'en raison du fait que la sorte de peine qu'il a infligée n'était pas envisagée par le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Malgré ce résultat, je trouve très déplorable que, dans la plupart des centres correctionnels au Canada, des ressources insuffisantes soient consacrées au traitement des personnes atteintes de troubles mentaux, et qu'il y ait un vide dans le *Code criminel* en raison de l'absence de dispositions sur le traitement des délinquants atteints de troubles mentaux. Il est particulièrement déplorable que les dispositions relatives aux ordonnances de détention dans un hôpital n'aient pas encore été proclamées en vigueur et que les besoins en matière de traitement des délinquants atteints de troubles mentaux et, en fin de compte, la sécurité du public à la sortie de prison de ces délinquants aient été sacrifiés en raison de querelles financières intergouvernementales. La preuve présentée en l'espèce indique qu'il n'y a déjà pas suffisamment de lits pour toutes les personnes qui pourraient bénéficier des soins dispensés à l'Alberta Hospital.

Il ne fait aucun doute qu'un régime tenant compte de la réalité des délinquants atteints de troubles mentaux et adéquat pour pourvoir à leur traitement devrait être en vigueur. De plus, le fait de reconnaître l'importance du traitement des délinquants atteints de troubles mentaux soulève à son tour la question de savoir pourquoi ces traitements devraient être limités aux seuls délinquants admissibles au sursis à l'emprisonnement. Si on entend mettre l'accent sur le traitement des délinquants atteints de troubles mentaux, de telles ordonnances ne devraient pas se limiter aux délinquants qui reçoivent une peine de moins de deux ans à l'égard d'une infraction pour laquelle aucune

ment, but who would also be “better off” with medical treatment than a prison sentence, would not be entitled. Sadly, I believe that many offenders currently serving prison sentences would meet the description of the appellant as possessing “deeply ingrained personality difficulties” (testimony of Dr. Tweddle).

peine minimale d’emprisonnement n’est prévue. Cela mènerait à la situation où seraient inadmissibles les délinquants atteints de troubles mentaux qui sont condamnés à des peines d’emprisonnement plus longues, mais pour qui un traitement médical serait «plus profitable» qu’une période d’emprisonnement. Malheureusement, je crois que bon nombre de délinquants purgeant actuellement des peines en d’emprisonnement correspondent au profil de l’appelant et souffrent de [TRADUCTION] «troubles de la personnalité profondément enracinés» (témoignage du D^r Tweddle).

117 Persons with mental disabilities should never be sentenced on the basis of bias, prejudice or stereotypes. All available information should be before the sentencing judge regarding both the offender and available programs and facilities. Where the conditions precedent have been satisfied, mentally ill offenders should never be excluded from the benefits of the conditional sentencing regime. However, like any other offender who does not meet the prerequisites for a conditional sentence, the appellant has not done so in this case. While I do consider this an unfortunate situation, as they stand, the sentencing provisions cannot legitimately be construed to allow for a sentence of the type imposed by *Chrumka Prov. Ct. J.* While there is a pressing need to address the sentencing regime and its application to psychiatrically disordered offenders, the legislation should not be judicially rewritten in order to do so.

Les personnes atteintes de troubles mentaux ne devraient jamais être condamnées à une peine sur la foi de préjugés ou de stéréotypes. Le juge chargé de déterminer la peine devrait disposer de toute l’information disponible tant en ce qui concerne le délinquant que les programmes et installations qui existent. Lorsque les conditions préalables sont réunies, les délinquants atteints de troubles mentaux ne devraient jamais être empêchés de bénéficier des avantages du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement. Cependant, dans le présent cas, l’appelant est dans la même situation que tout autre délinquant qui ne satisfait pas aux conditions préalables à l’octroi du sursis à l’emprisonnement. Bien que je considère cette situation déplorable, les dispositions relatives à la détermination de la peine ne sauraient légitimement être interprétées, dans l’état actuel des choses, de manière à autoriser une peine du genre de celle qu’a infligée le juge *Chrumka* de la Cour provinciale. Quoiqu’il existe un besoin urgent de revoir le régime de détermination de la peine et son application aux délinquants souffrant de troubles psychiatriques, la loi ne devrait pas être réécrite à cette fin par les tribunaux.

118 I would accordingly dismiss the appeal.

Je rejetterais donc le présent pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

119 IACOBUCCI J. (dissenting) — I have read the lucid reasons of Bastarache J. and Arbour J. I find myself in agreement with the view of Arbour J. that, generally speaking, a conditional sentencing order can be made under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requiring an offender to

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — J’ai lu les motifs limpides des juges Bastarache et Arbour. Je souscris à l’opinion du juge Arbour que, en règle générale, il est possible de rendre, en vertu du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une ordonnance de sursis à l’emprisonnement intimant

undergo treatment in a closed psychiatric facility, provided that such an order is reasonable in the circumstances, and consistent with the purpose and principles of sentencing. In such a situation, I am of the view that the discretion afforded to sentencing judges under s. 742.3(2)(f) of the *Code* is wide enough to include sentences that require psychiatric care in a hospital setting. On these points, I agree with Arbour J.

Having said this, I agree with Bastarache J.'s finding that a conditional sentence was not an appropriate order in the case before us. More specifically, I share his view that the appellant did not satisfy the test for dangerousness set out in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, which held that, before a conditional sentence may be ordered, the risk of the offender's re-offending and the gravity of the damage that such re-offence could entail must be considered. I agree with Bastarache J. that these conditions were not met in this case.

Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by Bastarache J.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, IACOBUCCI and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener: Mary A. Marshall, Edmonton; Miller Thomson, Edmonton.

au délinquant de suivre des traitements dans un établissement psychiatrique sécuritaire, pourvu que cette ordonnance soit raisonnable dans les circonstances et conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Dans un tel cas, je suis d'avis que le juge chargé de déterminer la peine dispose, aux termes de l'al. 742.3(2)f) du *Code*, d'un pouvoir discrétionnaire suffisamment large pour pouvoir assortir la peine de l'obligation de recevoir des soins psychiatriques en milieu hospitalier. Sur ces points, je suis d'accord avec le juge Arbour.

Cela dit, je souscris à la conclusion du juge Bastarache que l'emprisonnement avec sursis n'était pas une peine appropriée en l'espèce. De façon plus particulière, je suis tout comme lui d'avis que l'appelant n'a pas satisfait au critère de la dangerosité énoncé dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, où il a été jugé que, avant de pouvoir ordonner le sursis à l'emprisonnement, le tribunal chargé de déterminer la peine doit avoir pris en considération le risque que le délinquant récidive et la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Je souscris à l'opinion du juge Bastarache que ces conditions n'ont pas été satisfaites en l'espèce.

Par conséquent, je trancherais le présent pourvoi de la manière proposée par le juge Bastarache.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, IACOBUCCI et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenante: Mary A. Marshall, Edmonton; Miller Thomson, Edmonton.

120

121

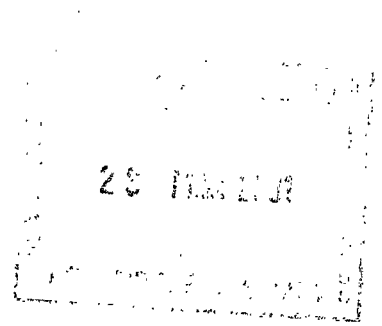
If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 2000 Vol. 2

5^e cahier, 2000 Vol. 2

Cited as [2000] 2 S.C.R. 857-1065

Renvoi [2000] 2 R.C.S. 857-1065

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS (Concluded)

wiretap authorization established investigative necessity — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186(1)(b).

Criminal law — Interception of communications — Standard of review for wiretap authorization — Whether trial judge applied proper standard — Approach to amplification.

Criminal law — Interception of communications — Affidavits — Kind of affidavit to be submitted on application for wiretap authorization.

R. v. Khan 915

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Supreme Court of Canada — Crown seeking to introduce fresh evidence consisting of transcript of “discussions” between trial judge and two jurors 10 days after accused convicted of first degree murder — Motion denied.

R. v. N.M.P. 857

Practice — Intervention — Motion to intervene on application for leave to appeal — Leave to intervene prior to granting of leave to appeal granted only in exceptional circumstances.

R. v. Simard 911

Criminal law — Standard of proof — Evidence of propensity.

Syndicat de l'enseignement du

Grand-Portage v. Morency 913

Labour law — Collective agreement — Arbitral award — Judicial review — Standard of patently unreasonable error — Arbitrator's award containing no error justifying intervention of superior court.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Araujo 992

Droit criminel — Appels — Question de droit — Appel du ministère public contre des acquittements — Questions relatives à l'application et à l'interprétation de la norme juridique de la nécessité pour l'enquête relativement à l'obtention d'une autorisation d'écoute électronique — La Cour d'appel avait-elle compétence pour connaître de l'appel du ministère public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

Droit criminel — Interception de communications — Exigence de nécessité pour l'enquête — Nature et interprétation de l'exigence — L'affidavit soumis pour l'obtention d'une autorisation d'écoute électronique établit-il la nécessité pour l'enquête? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186(1)b).

Droit criminel — Interception de communications — Norme de révision applicable à l'autorisation d'écoute électronique — Le juge du procès a-t-il appliqué la norme appropriée? — Démarche en matière d'amplification.

Droit criminel — Interception de communications — Affidavits — Genre d'affidavit à présenter à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

R. c. Khan 915

Droit criminel — Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Cour suprême du Canada — Demande par le ministère public de présentation de nouveaux éléments de preuve consistant en la transcription de «discussions» entre le juge du procès et deux jurés 10 jours après la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré — Requête rejetée.

R. c. N.M.P. 857

Pratique — Intervention — Requête en intervention dans une demande d'autorisation de pourvoi — Intervention autorisée seulement dans des circonstances exceptionnelles lorsque l'autorisation de pourvoi n'a pas encore été accordée.

R. c. Simard 911

Droit criminel — Norme de preuve — Preuve de propension.

Syndicat de l'enseignement du

Grand-Portage c. Morency 913

Droit du travail — Convention collective — Sentence arbitrale — Révision judiciaire — Norme de l'erreur manifestement déraisonnable — Sentence arbitrale ne comportant aucune erreur justifiant une intervention d'un tribunal supérieur.

CONTENTS

Free World Trust v. Électro Santé Inc. 1024

Patents — Infringement — Validity — Scope and ambit of patent owner's monopoly — Anticipation by publication — Extent to which patent monopoly protects "substance" of invention — Whether claims patented sufficiently elastic to catch competitor's machine.

Martel Building Ltd. v. Canada 860

Torts — Negligence — Economic loss — Whether Canadian law recognizes duty of care on parties in commercial negotiations — Whether tort of negligence extends to damages for pure economic loss arising out of conduct of pre-contractual negotiations.

Torts — Negligence — Economic loss — Whether tender-calling authority owed duty of care to bidders in drafting tender specifications — Whether sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover circumstances surrounding preparation of tender specifications.

Contracts — Tenders — Obligation to treat all bidders fairly — Whether tender-calling authority breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally — If so, whether bidder's loss caused by contractual breach.

Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) 919

Municipal law — Zoning — Development of lands — Development suing municipality for breach of contract following "down-zoning" of lots — Whether municipality liable to pay damages under implied contractual term that municipality would not rezone before expiration of reasonable period of time — Whether implied term ultra vires and contrary to public policy — Whether implied term illegally fettering municipality's discretionary legislative powers.

Land titles — Subdivision of land — Transfer of title to Crown — Land title legislation providing in certain circumstances for a deemed transfer of title to Crown and extinguishment of fee simple — Water lots part of subdivided area on subdivision plan — Whether land title legislation applicable to any subdivided land or only to adjoining land — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2).

R. v. Araujo..... 992

Criminal law — Appeals — Question of law — Crown's appeal against acquittals — Issues on appeal concerning application and interpretation of legal standard of investigative necessity for obtaining wiretap authorization — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear Crown's appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

Criminal law — Interception of communications — Investigative necessity requirement — Nature and interpretation of requirement — Whether affidavit materials submitted to obtain

Continued on next page

SOMMAIRE

Free World Trust c. Électro Santé Inc. 1024

Brevets — Contrefaçon — Validité — Étendue et portée du monopole du titulaire d'un brevet — Antériorité par publication — Mesure dans laquelle le monopole d'un brevet protège l'«essentiel» de l'invention — Les revendications de brevets sont-elles suffisamment extensibles pour englober l'appareil d'un concurrent?

Martel Building Ltd. c. Canada 860

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Le droit canadien impose-t-il une obligation de diligence aux parties à des négociations? — Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — L'administration adjudicative a-t-elle une obligation de diligence envers les soumissionnaires lorsqu'elle établit le devis descriptif? — Les catégories de cas dans lesquels une perte purement économique est susceptible d'indemnisation doivent-elles être élargies pour englober la préparation du devis descriptif?

Contrats — Appel d'offres — Obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement — L'administration adjudicative a-t-elle manqué à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité? — Dans l'affirmative, la perte subie par le soumissionnaire a-t-elle été causée par ce manquement à une obligation contractuelle?

Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) ... 919

Droit municipal — Zonage — Aménagement de terrains — Promoteur immobilier poursuivant une municipalité pour inexécution de contrat à la suite de la modification du zonage de certains lots — La municipalité est-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle elle ne modifiera pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable? — La clause implicite est-elle ultra vires et contraire à l'ordre public? — La clause implicite constitue-t-elle une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité?

Titres de propriété — Lotissement — Cession du droit de propriété à l'État — Mesure législative concernant les titres fonciers établissant, dans certaines circonstances, une présomption de cession du droit de propriété à l'État et d'extinction de la propriété en fief simple — Plans d'eau faisant partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement — La mesure législative concernant les titres fonciers s'applique-t-elle à tout terrain loti ou uniquement aux biens-fonds contigus? — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 108(2).

Suite à la page suivante

N.M.P. Applicant

v.

Her Majesty The Queen RespondentINDEXED AS: **R. v. N.M.P.**Neutral citation: **2000 SCC 59.**

File No.: 27936.

2000: November 2.

Present: Arbour J.

MOTION TO INTERVENE ON APPLICATION FOR
LEAVE TO APPEAL

Practice — Intervention — Motion to intervene on application for leave to appeal — Leave to intervene prior to granting of leave to appeal granted only in exceptional circumstances.

Cases Cited

Referred to: *RJR MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, S.C.C., No. 23460, October 4, 1993.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rules 18 [am. SOR/95-573], 24(5) [rep. & sub. SOR/88-247].

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

MOTION for leave to intervene on an application for leave to appeal from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal, 2000 NSCA 46, 188 D.L.R. (4th) 350 (*sub nom. R. v. P. (N.M.)*), 146 C.C.C. (3d) 167, 33 C.R. (5th) 113, [2000] N.S.J. No. 98 (QL). Motion adjourned.

Written submissions by *Anne S. Derrick*, for the applicant Stepping Stone.

Written submissions by *James A. Gumpert, Q.C.*, for the respondent.

N.M.P. Requérante

c.

Sa Majesté la Reine IntiméeRÉPERTORIÉ: **R. c. N.M.P.**Référence neutre: **2000 CSC 59.**

N° du greffe: 27936.

2000: 2 novembre.

Présente: Le juge Arbour.

REQUÊTE EN INTERVENTION DANS UNE DEMANDE
D'AUTORISATION DE POURVOI

Pratique — Intervention — Requête en intervention dans une demande d'autorisation de pourvoi — Intervention autorisée seulement dans des circonstances exceptionnelles lorsque l'autorisation de pourvoi n'a pas encore été accordée.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, C.S.C., n° 23460, 4 octobre 1993.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18 [mod. DORS/95-573], 24(5) [abr. & rempl. DORS/88-247].

REQUÊTE en intervention dans une demande d'autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, 2000 NSCA 46, 188 D.L.R. (4th) 350 (*sub nom. R. c. P. (N.M.)*), 146 C.C.C. (3d) 167, 33 C.R. (5th) 113, [2000] N.S.J. No. 98 (QL). Requête ajournée.

Argumentation écrite par *Anne S. Derrick*, pour la requérante Stepping Stone.

Argumentation écrite par *James A. Gumpert, c.r.*, pour l'intimée.

The following is the order delivered by

Version française de l'ordonnance rendue par

1 ARBOUR J. — The applicant, Stepping Stone, was an intervener before the Nova Scotia Court of Appeal and supported the position of the accused, N.M.P. whose appeal from conviction was dismissed by that court. N.M.P. now seeks leave to appeal to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. In support of N.M.P.'s application, Stepping Stone seeks leave to intervene on the application for leave to appeal.

LE JUGE ARBOUR — La requérante Stepping Stone était une intervenante devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et elle appuyait l'accusée N.M.P. dont l'appel contre sa condamnation a été rejeté par cette cour. N.M.P. demande maintenant l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Stepping Stone demande l'autorisation d'intervenir dans la demande d'autorisation de pourvoi afin d'appuyer la demande de N.M.P.

2 The Rules of this Court that are relevant to this application are Rule 18, which deals with interveners, and Rule 24, which concerns the hearing of applications for leave. Rule 18(1) provides that any person interested in an appeal may apply to a judge for leave to intervene. Rule 18(2) provides that a motion for intervention shall be filed and served within 60 days after the filing of the notice of appeal or the reference. It is implicit in Rule 18(2) that the application for leave to intervene will not be addressed by this Court until after leave to appeal has been granted.

Les règles de notre Cour qui s'appliquent à la présente demande sont l'art. 18 qui traite des intervenants et l'art. 24 qui porte sur l'audition des demandes d'autorisation. Le paragraphe 18(1) prévoit que toute personne ayant un intérêt dans un appel peut demander à un juge l'autorisation d'intervenir. Le paragraphe 18(2) prévoit que la requête en intervention doit être signifiée et déposée dans les 60 jours suivant le dépôt de l'avis d'appel ou de renvoi. Le paragraphe 18(2) prévoit implicitement que la demande d'autorisation d'intervenir ne sera examinée par notre Cour qu'une fois l'autorisation de pourvoi accordée.

3 In a *Notice to the Profession* concerning interveners dated August 1999, this Court indicated that the deadline for applying for leave to intervene is 60 days from the filing of the notice of appeal or reference, pursuant to Rule 18(2). Once the 60-day period has expired, the Registrar will submit to the *rota* judge all applications for intervention that have been filed within the deadline. These applications will then be determined together as provided for in the Rules. This *Notice to the Profession* indicates that the normal process is for all applications for intervention to be heard together, following the granting of leave to appeal by this Court.

Dans l'*Avis aux avocats* daté du mois d'août 1999 et concernant les intervenants, notre Cour a mentionné que les demandes d'autorisation d'intervenir doivent être déposées dans les soixante jours suivant le dépôt de l'avis d'appel ou de renvoi, conformément au par. 18(2). Après l'expiration de ce délai, le Registraire soumet au juge de service toutes les demandes déposées dans le délai imparti. Celles-ci sont ensuite décidées ensemble, conformément aux règles. Cet *Avis aux avocats* indique que toutes les demandes d'intervention sont normalement entendues ensemble après que l'autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour.

4 Rule 24(5) further supports the view that applications for leave to intervene will not usually be considered until after leave to appeal has been granted. It curtails interventions at an earlier stage by providing that: "[n]o person shall intervene on an application for leave or a motion before the

Le paragraphe 24(5) étaye également le point de vue selon lequel les demandes d'autorisation d'intervenir ne sont habituellement examinées qu'une fois l'autorisation accordée. Il empêche les interventions à un stade antérieur en prévoyant que «[n]ul ne peut intervenir dans une requête d'autori-

Court unless ordered by a Judge prior to the hearing of the application or motion, on such terms and conditions and with such rights and privileges as the Judge may determine.”

This Court has indicated that leave to intervene prior to the granting of leave to appeal will rarely be granted. In *RJR MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, S.C.C., No. 23460, October 4, 1993, the Court granted leave to intervene to the Heart and Stroke Foundation of Canada, on consent, in an application to stay certain proposed federal regulations pending an application for leave to appeal. However, the Court clearly indicated that granting leave at this stage of the proceedings was not the norm, stating: “let the record reflect that it is only in very exceptional circumstances that intervener status is granted in proceedings of this nature” (transcript). In my view, this application does not present exceptional circumstances that would justify departure from the normal rule that applications for leave to intervene will only be considered once leave to appeal has been granted.

For these reasons, I adjourn the application for leave to intervene pending the disposition of the application for leave to appeal. If leave to appeal is granted in this case, the application for leave to intervene may be brought back before this Court on notice to the parties to the proceedings.

Motion adjourned.

Solicitors for the applicant Stepping Stone: Beaton, Derrick & Ring, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Public Prosecution Service, Halifax.

sation ou une requête à la Cour, à moins d’y être autorisé par une ordonnance rendue par un juge avant l’audience relative à la requête et de respecter les conditions et d’agir dans les limites des droits et privilèges établis par celui-ci.»

Notre Cour a affirmé que l’intervention sera rarement autorisée avant que l’autorisation de pourvoi ait été accordée. Dans l’arrêt *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, C.S.C., n° 23460, 4 octobre 1993, la Cour a accordé à la Fondation des maladies du cœur du Canada, avec le consentement des parties, l’autorisation d’intervenir dans une demande de suspension de l’application de certaines nouvelles dispositions réglementaires fédérales jusqu’à ce qu’une demande d’autorisation de pourvoi ait été tranchée. Cependant, la Cour a clairement indiqué qu’il n’était pas normal d’accorder l’autorisation à ce stade des procédures: [TRADUCTION] «veuillez noter que ce n’est que dans des circonstances très exceptionnelles que le statut d’intervenant est accordé dans des procédures de cette nature» (transcription). À mon avis, la présente demande ne comporte pas des circonstances exceptionnelles qui justifieraient que l’on s’écarte de la règle normale selon laquelle les demandes d’autorisation d’intervenir ne sont examinées qu’une fois l’autorisation de pourvoi accordée.

Pour ces motifs, j’ajourne la demande d’autorisation d’intervenir jusqu’à ce que la demande d’autorisation de pourvoi ait été tranchée. Si l’autorisation de pourvoi est accordée en l’espèce, la demande d’autorisation d’intervenir pourra être présentée de nouveau à notre Cour après que les parties à l’instance aient été avisées.

Requête ajournée.

Procureurs de la requérante Stepping Stone: Beaton, Derrick & Ring, Halifax.

Procureur de l’intimée: The Public Prosecution Service, Halifax.

5

6

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

The Martel Building Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: MARTEL BUILDING LTD. v. CANADA

Neutral citation: 2000 SCC 60.

File No.: 26893.

2000: February 17; 2000: November 30.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Torts — Negligence — Economic loss — Whether Canadian law recognizes duty of care on parties in commercial negotiations — Whether tort of negligence extends to damages for pure economic loss arising out of conduct of pre-contractual negotiations.

Torts — Negligence — Economic loss — Whether tender-calling authority owed duty of care to bidders in drafting tender specifications — Whether sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover circumstances surrounding preparation of tender specifications.

Contracts — Tenders — Obligation to treat all bidders fairly — Whether tender-calling authority breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally — If so, whether bidder's loss caused by contractual breach.

The respondent leased most of a building to the appellant. Prior to the end of the lease, the respondent's CEO met a subordinate of the appellant's Chief of Leasing to discuss renewing the lease. The appellant instructed its Chief of Leasing to obtain a proposed rental rate even though it intended to commence a tender process but no action was taken. The Chief of Leasing did not contact the respondent when directed to report on the status of negotiations and, at monthly meetings, led the appellant to believe that a proposed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

The Martel Building Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MARTEL BUILDING LTD. c. CANADA

Référence neutre: 2000 CSC 60.

N° du greffe: 26893.

2000: 17 février; 2000: 30 novembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Le droit canadien impose-t-il une obligation de diligence aux parties à des négociations? — Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — L'administration adjudicative a-t-elle une obligation de diligence envers les soumissionnaires lorsqu'elle établit le devis descriptif? — Les catégories de cas dans lesquels une perte purement économique est susceptible d'indemnisation doivent-elles être élargies pour englober la préparation du devis descriptif?

Contrats — Appel d'offres — Obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement — L'administration adjudicative a-t-elle manqué à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité? — Dans l'affirmative, la perte subie par le soumissionnaire a-t-elle été causée par ce manquement à une obligation contractuelle?

L'intimée louait la plupart des locaux d'un immeuble à l'appelante. Avant l'expiration du bail, le directeur général de l'intimée a rencontré un subalterne du chef de la location de l'appelante pour négocier un éventuel renouvellement du bail. L'appelante a demandé à son chef de la location de s'informer du tarif de location proposé même si elle entendait lancer un appel d'offres, mais aucune mesure n'a été prise en ce sens. Le chef de la location n'a pas joint l'intimée même si on lui avait demandé de rendre compte de l'évolution des négocia-

lease rate was forthcoming but nobody informed the respondent of this expectation. The respondent's CEO twice contacted the appellant, resulting in a meeting which the CEO believed was to commence negotiations but in which the appellant maintains that it told the CEO that it would proceed to tender unless it received a very attractive offer. The CEO presented proposed rental rates that fell outside a range suggested by an appraisal commissioned by the appellant. The appellant set a date to complete negotiations and, when that date passed, began steps to approve a tender by preparing a report. The report first recommended a lease renewal but no final decision was made before a revised report recommended proceeding to tender due to declining market rental rates. Approval for a tender was obtained. The CEO heard rumours that a tender was to begin and telephoned the Chief of Leasing. The parties met the same day an expression of interest was advertised to solicit interest in the tender. The CEO said he left the meeting with an understanding that the appellant would recommend a lease renewal if he offered a rate of \$220 per square metre. Two days after the meeting, he advised the Chief of Leasing that he could offer that rate; however, the appellant decided that remaining terms would have to be settled that day. The respondent could not respond that quickly. Its offer was rejected and tender documents were issued. Under the terms of the call for tenders the appellant was not obligated to accept the lowest bid. The respondent submitted the lowest of four bids. The appellant conducted a financial analysis of the bids to consider the total costs that would be incurred as a result of accepting any one tender and added to the respondent's bid approximately \$1,000,000 for fit-up costs and \$60,000 to cover the installation of a secured card access system. The tender was awarded to a competitor.

The Federal Court, Trial Division found that the appellant owed and breached a duty of care in its conduct of the negotiations but that the respondent had failed to prove that the appellant's negligence caused the respondent to lose the lease renewal. The Federal Court

tions et, lors des rencontres mensuelles, il a laissé entendre à l'appelante qu'il s'attendait à recevoir une proposition de tarif de location, mais personne n'a informé l'intimée de cette attente. Le directeur général de l'intimée a tenté à deux reprises de joindre l'appelante, ce qui a débouché sur la tenue d'une rencontre qui, selon ce que croyait le directeur général, marquait le début des négociations, mais dans le cadre de laquelle l'appelante soutient avoir informé le directeur général de sa décision de lancer l'appel d'offres à moins que l'intimée ne lui présente une offre particulièrement alléchante. Le tarif de location proposé par le directeur général ne se situait pas dans la fourchette des tarifs selon l'évaluation commandée par l'appelante. L'appelante a fixé une date pour la fin des négociations et, après cette date, a entamé les démarches en vue d'obtenir l'autorisation de recourir à l'appel d'offres en préparant un rapport. Le rapport préconisait initialement la renégociation du bail, mais aucune décision n'a été prise avant qu'une version révisée du rapport recommande le lancement d'un appel d'offres en raison de la baisse des tarifs de location sur le marché. L'autorisation pour recourir à l'appel d'offres a été obtenue. Le directeur général a eu vent de la rumeur voulant que le processus d'appel d'offres soit enclenché et a téléphoné au chef de la location. Les parties se sont rencontrées le jour même de la parution d'une annonce sollicitant des manifestations d'intérêt pour l'appel d'offres. Le directeur général prétend qu'on lui a laissé entendre que l'appelante recommanderait le renouvellement du bail s'il pouvait offrir un tarif de 220 \$/m². Deux jours après la réunion, il a informé le chef de la location qu'il pouvait offrir ce tarif; l'appelante a toutefois exigé que les autres conditions du bail soient arrêtées avant la fin de la journée. L'intimée n'était pas en mesure de fournir une réponse à temps. Son offre a été rejetée et le dossier d'appel d'offres a été rendu public. Suivant les conditions de l'appel d'offres, l'appelante n'était pas tenue de retenir la soumission la plus basse. Des quatre soumissions, celle de l'intimée s'est révélée la plus basse. L'appelante a procédé à l'analyse financière des soumissions afin de déterminer les sommes qui, au total, devraient être engagées si l'une ou l'autre des offres était acceptée et a ajouté à la soumission de l'intimée la somme d'environ un million de dollars pour les frais d'aménagement et de 60 000 \$ pour l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Le marché a été adjugé à un concurrent.

La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que l'appelante avait une obligation de diligence et qu'elle avait manqué à cette obligation lors des négociations, mais que l'intimée n'avait pas démontré que la négligence de l'appelante l'avait privée du renouvelle-

of Appeal acceded to the respondent's tort claim. The court held that a duty of care had been breached not only in the context of the negotiations, depriving the respondent of the opportunity to negotiate a renewal of the lease, but also in the context of the tender, depriving the respondent of both the opportunity to participate fairly in the tender process and of a reasonable expectation of being awarded the contract. The court concluded that a causal link clearly existed between the respondent's loss and the appellant's negligence.

Held: The appeal should be allowed.

Although the common law traditionally did not allow recovery of economic loss where a plaintiff had suffered neither physical harm nor property damage, the law now recognizes five categories of compensable economic loss. The respondent's allegation of negligence in the conduct of commercial negotiations does not fall within these categories. That by itself, however, does not preclude the claim since the categories of economic loss are not closed. To enlarge the categories or identify a new head of economic loss it is useful to set out a framework that emphasizes policy considerations in any case. In determining whether to extend a duty of care in an area not previously categorized, the flexible two-stage analysis set out in *Anns* should be applied. Here, the relationship between the parties gave rise to a *prima facie* duty of care. Proximity is indicated by the pre-existing lease arrangement, the parties' communications, and evidence of genuine and mutual contracting intent. Even in the absence of any serious potential for indeterminate liability, however, there are a number of ancillary policy considerations that necessitate precluding the extension of the tort of negligence into commercial negotiations. First, the goal of commercial negotiations is often to realize a financial gain at the expense of the other party. Second, socially and economically useful conduct could be deterred by depriving a party of any advantageous bargaining position. It would defeat the essence of negotiation and hobble the marketplace to label a party's failure to disclose its bottom line, its motives or its final position as negligent. Third, tort law could become after-the-fact insurance against failures to act with due diligence or to hedge risk of failed negotiations through the pursuit of alternative strategies or opportunities. Fourth, the courts would assume a significant regulatory function — scrutinizing the minutia of pre-contractual conduct — when other causes of action provide alternative remedies. Fifth, needless litigation should be dis-

ment du bail. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'action de l'intimée fondée sur la responsabilité civile délictuelle. Elle a jugé qu'il y avait eu manquement à une obligation de diligence non seulement dans le contexte des négociations, la négligence de l'appelante ayant eu pour effet de priver l'intimée de la possibilité de négocier le renouvellement du bail, mais également dans le contexte de l'appel d'offres, la négligence de l'appelante ayant privé l'intimée de la possibilité de participer à l'appel d'offres de manière équitable et de son attente raisonnable de se voir adjuger le marché. La Cour a statué qu'il y avait clairement un lien de causalité entre la perte subie par l'intimée et la négligence de l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Même si, traditionnellement, la common law excluait l'indemnisation de la perte économique lorsque le demandeur n'avait subi aucune lésion corporelle ni aucun dommage matériel, les tribunaux reconnaissent aujourd'hui cinq cas dans lesquels la perte économique peut justifier l'octroi de dommages-intérêts. La négligence lors des négociations qu'allègue l'intimée ne relève d'aucune de ces catégories. Cela ne rend pas l'allégation irrecevable en soi, puisque les catégories de pertes économiques ne sont pas limitatives. Pour élargir les catégories ou pour prévoir un nouveau type de perte économique, il convient d'établir des paramètres qui tiennent compte des considérations de principe propres à chaque situation. Pour déterminer s'il y a lieu d'étendre l'obligation de diligence à un contexte qui ne relève d'aucune catégorie déjà existante, il faut appliquer l'analyse souple comportant deux étapes préconisées dans l'arrêt *Anns*. En l'espèce, la relation établie entre les deux parties a fait naître une obligation de diligence *prima facie*. Le bail préexistant, les communications entre les parties et la preuve de l'intention qu'avaient véritablement les deux parties de passer un marché permettent en l'espèce de conclure à l'existence d'un lien étroit. Cependant, même en l'absence de tout risque réel de responsabilité indéterminée, un certain nombre de considérations de principe accessoires font obstacle à l'application du délit civil de négligence dans le contexte des négociations commerciales. Premièrement, l'objectif d'une négociation commerciale est souvent de réaliser un gain sur le plan financier aux dépens de l'autre partie. Deuxièmement, priver une partie d'une situation avantageuse dans le cadre d'une négociation pourrait décourager un comportement utile sur le plan social et économique. Tenir pour négligente l'omission d'une partie de dévoiler la limite qu'elle s'est fixée, les motifs qui l'animent et sa position finale serait contraire à l'essence même de la négociation et entraverait le

couraged. In the circumstances of this case, any *prima facie* duty of care is outweighed by the deleterious effects that would be occasioned through an extension of a duty of care into the conduct of negotiations.

With respect to the tendering process, the preparation of tender documents and the subsequent evaluation of bids involve different considerations, and each event must, to a certain extent, be analysed separately. A call to tender is an offer to contract whereas a binding contract may arise once a responsive bid is submitted for evaluation. Express obligations based on terms in tender documents and implied obligations based on custom, usage or the presumed intention of the parties may arise once a bid is submitted. The parties in this case intended to initiate contractual relations by the call for and submission of the tender and to include an implied term to treat all bids fairly and equally. A privilege clause reserving the right not to accept the lowest or any bids does not exclude the obligation to treat all bidders fairly. The tender documents must be examined to determine the extent of this obligation. Here, these documents conferred upon the appellant significant latitude in evaluating the tenders. No contractual breach can be found in relation to the addition of fit-up costs to the respondent's bid since the appellant was expressly entitled to add fit-up costs which it deemed necessary. Furthermore, fit-up costs were added to all bids, using the same standard or method of calculation. In this regard, the appellant complied with its implied contractual obligation to treat all bidders fairly and equally. There is no evidence of any colourable attempt to use fit-ups to achieve a desired result. The appellant could also add costs to the respondent's bid for a contiguous space specification because this was an express requirement in the tender document to which all bidders had to comply. The appellant did breach its duty to treat all bids fairly by adding the cost of a secured card system solely to the respondent's bid. Damages for this breach, however, are precluded for want of causation because this did not cause the respondent to lose a reasonable expectation of winning the tender. Even without this cost addition, the

fonctionnement du marché. Troisièmement, le droit de la responsabilité civile délictuelle pourrait devenir une assurance après coup contre l'omission d'agir avec la diligence voulue ou de se protéger contre l'échec éventuel des négociations en ayant recours à d'autres stratégies ou possibilités. Quatrièmement, les tribunaux exerceraient une importante fonction de réglementation en scrutant les menus détails du comportement préalable à la formation d'un contrat, alors que d'autres droits d'action permettent d'obtenir d'autres mesures de réparation. Cinquièmement, les poursuites inutiles devraient être découragées. En l'espèce, les effets néfastes qu'aurait l'imposition d'une obligation de diligence aux parties à la négociation l'emportent sur les avantages de toute obligation *prima facie*.

Quant au processus d'appel d'offres, des considérations différentes s'appliquent aux questions relatives à l'établissement du dossier d'appel d'offres et à l'évaluation des soumissions, de sorte qu'une analyse distincte doit, dans une certaine mesure, avoir lieu pour chacun des deux volets. L'invitation à présenter une soumission peut constituer une offre de contracter, alors que la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres peut donner naissance à un contrat obligatoire. Des obligations explicites fondées sur les stipulations énoncées dans le dossier d'appel d'offres et des obligations implicites fondées sur une coutume, un usage ou l'existence d'une intention présumée des parties peuvent être créées lorsqu'une soumission est présentée en réponse à l'appel d'offres. Les parties au présent pourvoi ont voulu établir des rapports contractuels par le lancement de l'appel d'offres et par la présentation d'une soumission et prévoir une obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne sera nécessairement retenue n'exclut pas l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Il faut examiner le dossier d'appel d'offres pour déterminer la portée de cette obligation. En l'espèce, ce dossier confère à l'appelante une grande latitude dans l'évaluation des soumissions. L'ajout des frais d'aménagement à la soumission de l'intimée n'emporte pas l'inexécution du contrat puisque l'appelante était expressément habilitée à ajouter les frais d'aménagement jugés nécessaires. En outre, ces frais ont été ajoutés à toutes les soumissions suivant la même norme ou méthode de calcul. À cet égard, l'appelante s'est conformée à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Rien ne permet de conclure que l'appelante s'est servie des frais d'aménagement comme prétexte pour obtenir le résultat sou-

respondent's bid was significantly greater than the winning bid.

A tendering relationship is defined by contract and in this case the contract analysis subsumes any duty of care the respondent seeks to have recognized under tort law. While an action in tort may lie notwithstanding the existence of a contract, in assessing whether a tortious duty should be recognized where a contract defines the rights and obligations of the parties, courts will look to the contract as informing any duty in tort law. Here, the tort claim by the respondent cannot succeed for the same reasons that the contractual claim failed. Nor did the appellant breach a duty of care in drafting the tender specifications by including a contiguous space requirement. The trial judge's findings do not support the respondent's claim that this requirement had been mistakenly added to the specifications. The respondent also conceded that the requirement was one with which all other bidders needed to comply. Further, absent the contiguous space requirement, the respondent's bid would still have been more expensive than the successful bid. Costs not attributable to this requirement made the respondent's bid uncompetitive. In any event, the appellant did not owe the respondent a duty of care in drafting the tender specifications. The respondent's claim that the tender specifications were prepared negligently alleges a duty in an area not previously recognized and the *Anns* two-step analysis indicates that the sphere of recovery for pure economic loss should not be extended to cover the circumstances surrounding the preparation of the tender specifications in this case. Assuming without deciding that sufficient proximity existed between the parties, any *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. In particular, the integrity of the tender process would become questionable if, by reason of a past relationship with, or special knowledge of, a potential bidder, there could be an enforceable obliga-

tion. L'appelante pouvait également ajouter les coûts liés à l'exigence de contiguïté des locaux en évaluant la soumission de l'intimée puisqu'il s'agissait d'une condition expresse du dossier d'appel d'offres à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. L'appelante a effectivement manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement en ajoutant seulement à la soumission de l'intimée les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Toutefois, l'absence d'un lien de causalité exclut l'adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat, car le manquement de l'appelante n'est pas la cause de la perte, par l'intimée, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat. Même sans les coûts afférents au système de sécurité, la soumission de l'intimée demeure considérablement plus élevée que celle qui a été retenue.

Les rapports entre les parties à l'appel d'offres sont régis par contrat et, en l'espèce, l'analyse faite sous l'angle contractuel couvre toute obligation de diligence que l'intimée souhaite voir reconnue en droit de la responsabilité civile délictuelle. Même si une action peut être intentée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle malgré l'existence d'un contrat, le tribunal appelé à déterminer si l'existence d'une obligation de diligence devrait être reconnue, lorsqu'un contrat définit déjà les droits et les obligations des parties, tient compte du contrat pour définir cette obligation éventuelle. En l'espèce, l'action intentée par l'intimée sous le régime de la responsabilité civile délictuelle ne pourrait pas davantage être accueillie qu'une action en responsabilité contractuelle et ce, pour les mêmes motifs. L'appelante n'a pas non plus manqué à une obligation de diligence envers l'intimée lorsqu'elle a établi le devis descriptif en y ajoutant l'exigence de contiguïté des locaux. Les conclusions tirées par le juge de première instance n'étaient pas la prétention de l'intimée que l'exigence de contiguïté des locaux a été insérée par erreur dans le devis descriptif. L'intimée a également reconnu que la contiguïté des locaux était une exigence à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. En outre, si la contiguïté des locaux n'avait pas été exigée, la soumission de l'intimée aurait quand même été supérieure à la soumission retenue. Des coûts qui ne sont pas imputables à cette exigence ont fait en sorte que la soumission de l'intimée soit plus élevée. Quoi qu'il en soit, l'appelante n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée lorsqu'elle a établi le devis descriptif. L'allégation de l'intimée selon laquelle le devis descriptif a été établi avec négligence se fonde sur une obligation dont l'existence n'a pas encore été reconnue dans ce contexte et le critère à deux volets dégagé dans l'arrêt

tion to take the interests of that particular bidder into account. It is imperative that all bidders be treated on an equal footing.

Anns indique que les catégories de cas dans lesquels la perte purement économique est susceptible d'indemnisation ne devraient pas être élargies pour englober la préparation du devis descriptif en l'espèce. En supposant, sans pour autant trancher cette question, qu'un lien suffisamment étroit existait entre les parties, des considérations de principe militent contre la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*. Plus précisément, l'intégrité du processus d'appel d'offres serait compromise si, en raison de ses rapports antérieurs avec un soumissionnaire éventuel ou parce qu'elle le connaît bien, l'administration adjudicative avait l'obligation exécutoire de tenir compte des intérêts particuliers de ce soumissionnaire. Il est impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **referred to:** *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241; *Martselos Services Ltd. v. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65, leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. viii; *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132; *Tarmac Canada Inc. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236; *Vachon Construction Ltd. v. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307; *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609; *Murphy v. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34; *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d)

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts mentionnés:** *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241; *Martselos Services Ltd. c. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii; *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132; *Tarmac Canada Inc. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236; *Vachon Construction Ltd. c. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307; *Health Care Developers Inc. c. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609; *Murphy c. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34; *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet*

258; *Yorkton Flying Services Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210, rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275; *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263, rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308.

Authors Cited

Cherniak, Earl A., and Elissa How. "Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 209.
 Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2000.
 Feldthusen, Bruce. "Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?" (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Wallace, I. N. Duncan. "Contractual Relational Loss in Canada" (1998), 114 *L.Q.R.* 370.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1998] 4 F.C. 300, 229 N.R. 187, 163 D.L.R. (4th) 504, [1998] F.C.J. No. 1031 (QL), setting aside a judgment of the Trial Division (1997), 129 F.T.R. 249, [1997] F.C.J. No. 483 (QL), dismissing the plaintiff's action. Appeal allowed.

David Sgayias, Q.C., and *F. B. Woyiwada*, for the appellant.

James H. Smellie and *M. Lynn Starchuk*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — This appeal calls for an extension of the tort of negligence to include a duty of care on parties during negotiations, during the preparation of calls for tender and during the evaluation of bids submitted in response

(1985) *Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258; *Yorkton Flying Services Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210, inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275; *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263, inf. par (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308.

Doctrine citée

Cherniak, Earl A., and Elissa How. «Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada» (1999), 31 *Rev. can. d. comm.* 209.
 Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Rev. can. d. comm.* 356.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2000.
 Feldthusen, Bruce. «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?» (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Wallace, I. N. Duncan. «Contractual Relational Loss in Canada» (1998), 114 *L.Q.R.* 370.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1998] 4 C.F. 300, 229 N.R. 187, 163 D.L.R. (4th) 504, [1998] A.C.F. n° 1031 (QL), qui a infirmé un jugement de la Section de première instance (1997), 129 F.T.R. 249, [1997] A.C.F. n° 483 (QL), qui avait rejeté l'action de la demanderesse. Pourvoi accueilli.

David Sgayias, c.r., et *F. B. Woyiwada*, pour l'appelante.

James H. Smellie et *M. Lynn Starchuk*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la portée des principes généraux de la négligence devrait être élargie pour imposer une obligation de diligence dans le contexte de la négociation, de la pré-

to such calls. In each instance the respondent sought damages for pure economic loss.

I. Factual Background

The respondent, The Martel Building Limited ("Martel"), is the owner of a building at 270 Albert Street in the City of Ottawa ("Martel Building"). The National Capital Region Division of the Department of Public Works ("Department") leased most of the rentable space in the Martel Building under a 10-year lease with an expiration date of August 31, 1993. The lease contained an option for renewal.

The Department was responsible for contracting for space on behalf of government agencies such as the Atomic Energy Control Board ("AECB"), the principal physical tenant in this case.

The Department is divided into a number of branches with varying roles in the administration of its Public Works function. Here, two branches of the Department were involved: the Realty Services Branch and the Accommodation Branch. Two sections of the Accommodation Branch played a role. The Asset Management Section ascertained space requirements. The Investment Management Section ("Accommodation (IM)") evaluated the options available to the Crown. The Realty Services Branch included a "Leasing" department that negotiated with landlords for the acquisition of space on behalf of the Crown and informed the Accommodation Branch of the conditions of the relevant rental market, in this case Ottawa.

For ease of reference, nothing will be lost in these reasons by referring to all the government divisions as the Department.

Prior to the expiration of the lease, Martel's President and Chief Executive Officer, Mr. McMurray, arranged to meet with Mr. Séguin, the

paration d'un appel d'offres et de l'examen de soumissions. Pour chacun des manquements allégués, l'intimée demande le dédommagement d'un préjudice purement économique.

I. Les faits

L'intimée, The Martel Building Limited («Martel»), est propriétaire d'un immeuble situé au 270, rue Albert, à Ottawa («immeuble Martel»). La Division de la Région de la capitale nationale du ministère des Travaux publics («ministère») louait la plupart des locaux rentables de l'immeuble Martel en vertu d'un bail d'une durée de 10 ans expirant le 31 août 1993. Le bail renfermait une option de renouvellement.

Le ministère était responsable de la passation de marchés pour la location de locaux au nom d'organismes publics, comme la Commission de contrôle de l'énergie atomique («CCÉA»), locataire des lieux visés en l'espèce.

Le ministère compte un certain nombre de directions appelées à jouer divers rôles dans l'exercice de ses fonctions sous le volet Travaux publics. En l'occurrence, deux directions du ministère étaient en cause: la Direction générale des services de l'immobilier et la Direction du logement. Deux sections de la Direction du logement sont intervenues en l'espèce, savoir la Section de la gestion des biens, qui établissait les besoins en locaux, et la Section de la gestion de l'investissement («Logement (GI)»), qui évaluait les options s'offrant à l'État. La Direction générale des services de l'immobilier comprenait une section Location qui négociait avec les locataires en vue de l'acquisition de locaux pour le compte de l'État et qui tenait la Direction du logement au courant de la situation du marché de la location pertinent, en l'occurrence, celui d'Ottawa.

Pour simplifier, dans les présents motifs, le ministère s'entend de toutes les directions et les sections susmentionnées.

Avant l'expiration du bail, le président et directeur général de Martel, M. McMurray, a invité le chef de la location du ministère, M. Séguin, à par-

2

3

4

5

6

Chief of Leasing for the Department, to negotiate a renewal. In March of 1991, Mr. McMurray met with Mr. Bray, a subordinate of Mr. Séguin. He informed him of Martel's desire to negotiate a renewal of the lease and provided him with a copy of Martel's proposed "retrofit" of the Martel Building, which it hoped to complete in conjunction with a renewal of the lease to complement recent "fit-ups" completed by the tenant AECB. A "retrofit" is a renovation of the common areas of a building generally undertaken by the landlord. In contrast, a "fit-up" represents leasehold improvements undertaken by a tenant with respect to the space it usually occupies exclusively.

ticiper à une rencontre pour négocier un éventuel renouvellement. Au mois de mars 1991, M. McMurray a rencontré un subalterne de M. Séguin, M. Bray. Il lui a fait part de l'intention de Martel de négocier le renouvellement du bail et lui a remis un exemplaire du projet de «réfection» de l'immeuble Martel. Les travaux de réfection devaient être exécutés de pair avec le renouvellement du bail et compléter les travaux d'«aménagement» effectués peu auparavant par la locataire, la CCEA. La «réfection» s'entend de la rénovation des parties communes de l'immeuble généralement entreprise par le locateur. À l'opposé, l'«aménagement» correspond aux améliorations locatives que le locataire apporte aux parties privées dont il a l'occupation exclusive.

7 In May 1991, Mr. McMurray wrote to Mr. Séguin, reiterating the contents of the prior meeting with Mr. Bray. In June, Mr. Séguin reported to Mr. Ratcliffe, the Acting Director of Accommodation (IM), that Martel was interested in renegotiating its lease and inquired whether the Department would be interested in a renewal. Mr. Ratcliffe told him the Department intended to proceed with calling for tenders but at the same time requested Mr. Séguin to obtain a proposed rental rate from Martel.

En mai 1991, M. McMurray a écrit à M. Séguin pour confirmer ce qui avait été dit lors de la rencontre avec M. Bray. Au mois de juin, M. Séguin a fait savoir au chef intérimaire de la Direction du logement du ministère, M. Ratcliffe, que Martel était intéressée à renégocier le bail et lui a demandé si le ministère était intéressé par la proposition de renouvellement. M. Ratcliffe a répondu que le ministère entendait lancer un appel d'offres, tout en demandant à M. Séguin de s'informer du tarif de location proposé par Martel.

8 Mr. Séguin delegated to Mr. Bray the responsibility of contacting Mr. McMurray. No action was taken. Nor did Mr. Séguin contact Mr. McMurray despite being directed by Department officials in October of 1991 to report on the status of negotiations with Martel.

M. Séguin a confié à M. Bray la tâche de se mettre en rapport avec M. McMurray. Aucune mesure n'a été prise en ce sens. M. Séguin n'a pas non plus joint M. McMurray, même si des représentants du ministère lui avaient demandé, en octobre 1991, de les tenir au courant de l'évolution des négociations avec Martel.

9 In February of 1992, Mr. Séguin was to obtain a proposal from Martel based upon a defined lease term. Moreover, at the monthly meetings of the Department held between October of 1991 and April of 1992, Mr. Séguin led the Department to believe that a proposed rental rate was forthcoming from Martel. Neither Mr. Séguin nor anyone else from the Department informed Mr. McMurray of this expectation. In fact, the only step taken by Mr. Séguin during this period was to arrange that

En février 1992, on a demandé à M. Séguin d'obtenir de Martel une proposition de renouvellement du bail pour une durée déterminée. De plus, aux rencontres mensuelles tenues par le ministère entre octobre 1991 et avril 1992, M. Séguin a laissé entendre au ministère qu'il s'attendait à recevoir de Martel une proposition de tarif de location. Ni M. Séguin ni quiconque au sein du ministère n'a informé M. McMurray de cette attente. En fait, la seule mesure qu'a prise M. Séguin au cours

an appraisal report be prepared on the Martel Building by a private contractor.

Mr. McMurray made two attempts to contact the Department between May of 1991 and April of 1992 for the purpose of arranging a meeting to discuss a renewal. The first attempt on December 17, 1991, was fruitless, but a second attempt in the spring of 1992 resulted in a meeting being scheduled for April 15, 1992.

Different accounts were given at the trial on what happened at the April 15 meeting. The Department maintained that it informed Mr. McMurray that a decision had been made to proceed with the tender process unless Martel made a particularly attractive offer to the Department. Mr. McMurray's version, which the trial judge accepted, was that while he always understood tendering to be a possibility, he was told the meeting was the commencement of negotiations for a renewal of the lease. Consistent with his version of the meeting, Mr. McMurray presented the Department officials present, Messrs. Séguin and Mahar, with proposed rental rates. Mr. Séguin then informed Mr. McMurray that a private appraisal had been commissioned and that he would inform Martel when it had been completed.

As considerable lead time would be required to relocate the tenant AECB prior to the August 1993 expiry of the Martel lease, the Department set June 30, 1992 as the "drop-dead date" by which time negotiations with Martel would have to be completed, or the tendering process would start. The drop-dead date was extended later to October 2, 1992.

Between June and September of 1992, Mr. McMurray met with Mr. Mahar on several occasions to present proposed rental rates. These proposals did not fall within the market range suggested by the appraisal commissioned by the Department, which it was agreed did not include the costs of the proposed retrofit. The parties did not have contact again until October 14, 1992,

de cette période a été de commander un rapport d'évaluation de l'immeuble Martel à un entrepreneur privé.

M. McMurray a tenté à deux reprises de joindre le ministère entre mai 1991 et avril 1992 afin d'organiser une rencontre pour négocier le renouvellement. Sa première tentative, du 17 décembre 1991, a été infructueuse, mais la seconde, au printemps 1992, a débouché sur la tenue d'une rencontre le 15 avril 1992.

Différentes versions des faits ont été données au procès quant au déroulement de la rencontre du 15 avril. Le ministère a soutenu qu'il avait informé M. McMurray de sa décision de lancer l'appel d'offres à moins que Martel ne lui présente une offre particulièrement alléchante. Selon le témoignage de M. McMurray, auquel le juge de première instance a ajouté foi, il a toujours su qu'il était possible qu'un appel d'offres soit lancé, mais on lui avait dit que la rencontre marquait le début des négociations en vue du renouvellement du bail. En conséquence, M. McMurray a communiqué aux représentants du ministère présents, MM. Séguin et Mahar, le tarif de location proposé. M. Séguin a alors informé M. McMurray qu'une évaluation avait été commandée à un entrepreneur privé et qu'il communiquerait avec Martel dès qu'elle serait terminée.

Comme il faudrait beaucoup de temps pour doter éventuellement la CCÉA de nouveaux locaux avant l'expiration du bail de l'immeuble Martel en août 1993, le ministère a fixé au 30 juin 1992 la fin des négociations avec Martel ou le début de la procédure d'appel d'offres (la «date ultime»). Cette échéance a plus tard été reportée au 2 octobre 1992.

Entre juin et septembre 1992, M. McMurray a rencontré M. Mahar à plusieurs occasions pour lui proposer des tarifs de location. Le tarif offert ne se situait pas dans la fourchette des tarifs offerts sur le marché selon l'évaluation commandée par le ministère, même s'il était entendu que ceux-ci ne tenaient pas compte du coût de la réfection proposée. Aucun autre échange n'a eu lieu entre les par-

10

11

12

13

when Mr. McMurray, having heard that the tendering for space was to begin, telephoned Mr. Séguin.

ties avant le 14 octobre 1992, M. McMurray ayant alors téléphoné à M. Séguin après avoir appris que l'appel d'offres allait être lancé pour la location de locaux.

14 It turned out that after the initial June 30, 1992 drop-dead date had passed, the Department began the initial steps required to proceed to tender for the AECB space. The Department required two approvals to tender and eventually to lease the space. The first, preliminary project approval ("PPA"), had to be obtained before the tender process began. The second, effective project approval ("EPA"), was sought after tenders had been received and evaluated. The authority to grant these approvals varies with the amount of space to be acquired and the value of the lease. In the AECB's case, the authority to grant PPA rested with the Assistant Deputy Minister — Accommodation ("ADM") and the authority to grant EPA rested with the Treasury Board.

Il appert que le ministère, après la date ultime fixée initialement, savoir le 30 juin 1992, a entamé les démarches préalables à l'appel d'offres en vue de doter la CCÉA de locaux. Le ministère devait obtenir deux autorisations pour recourir à l'appel d'offres et, subséquemment, louer les locaux. La première, l'approbation préliminaire du projet («APP»), devait être obtenue avant le début de la procédure d'appel d'offres. La seconde, l'approbation finale du projet («AFP»), devait être obtenue après l'évaluation des soumissions reçues. L'entité qui avait le pouvoir d'accorder ces autorisations dépendait de la superficie des locaux et de la valeur du bail. Dans le cas de la CCÉA, l'APP relevait du sous-ministre adjoint, Logement («SMA»), et l'AFP du Conseil du Trésor.

15 The Department had an internal advisory structure geared toward preparing a recommendation for approval by the ADM. It was a time-consuming process. An Investment Analysis Report ("IAR") analysed the various options for obtaining rental space and made a recommendation. The report then proceeded through a bureaucratic chain ultimately resulting in the Investment Management Board ("IMB") of the Department making a recommendation to the ADM.

Le ministère était doté d'une structure consultative interne appelée à rédiger une recommandation d'autorisation par le SMA. Le processus était très long. Un rapport d'analyse des investissements («RAI») soupesait les différentes options qui s'offraient pour la location de locaux et formulait une recommandation. Le rapport franchissait ensuite plusieurs étapes au sein de la hiérarchie pour aboutir au Conseil de gestion des investissements («CGI») du ministère, qui présentait une recommandation au SMA.

16 The IAR recommended renegotiating the Martel lease. It was considered by the Department in late September, but no decision was made. The Department considered a revised report on October 9 but, due to declining rental rates in Ottawa recommended that the matter proceed to tender. Within the Department, the IMB was not involved in the tender proposal. Approval for tendering was obtained from the ADM although the evidence did not establish on what date that occurred.

Le RAI préconisait la renégociation du bail de l'immeuble Martel. Le ministère a pris connaissance du rapport à la fin du mois de septembre, mais aucune décision n'a été prise. Une version révisée du rapport a été considérée le 9 octobre, mais en raison de la baisse des tarifs de location à Ottawa, le ministère a recommandé le lancement d'un appel d'offres. À l'intérieur du ministère, le CGI n'a pas pris part à la recommandation de recourir à l'appel d'offres. Le SMA a donné son approbation, mais la preuve ne précise pas à quelle date.

17 Amid rumours that the AECB space was proceeding to tender, Mr. McMurray telephoned

Étant donné que, pendant ce temps, la rumeur circulait que le ministère avait enclenché le proces-

Messrs. Mahar and Séguin again on October 14 and 15. As a result of these calls Mr. McMurray received a letter confirming that the tendering process was proceeding and stipulating that the Department would not accept any proposal from Martel subsequent to October 22.

The October 22 deadline was subsequently extended to October 27. The parties held a meeting on October 27, the same day on which an expression of interest advertisement for tender of the AECB space appeared in the Ottawa Citizen newspaper. Mr. McMurray said he left the meeting with the understanding that if he met a \$220/m² rental rate, the Department would recommend to the Treasury Board that the Martel lease be renewed.

Mr. McMurray advised Mr. Séguin by telephone on October 29 that Martel could meet the \$220/m² rental rate. On October 30 Martel submitted a written offer of a rate of \$249/m² plus an allowance, calculated by the Department to be an effective rate of \$219.39/m². On the same day the Department decided that the remaining terms of the Martel lease, including the full details of the proposed retrofit, would have to be settled that day otherwise tendering would proceed. Martel was unable to provide finalized retrofit plans by that afternoon. On November 26 a letter was sent advising Mr. McMurray that Martel's October 30 offer was rejected. Tender documents were issued the same day with a deadline for submitting bids of December 3, 1992.

Martel bid on the project. When the bids were opened, Martel's bid was the lowest of the tenders. Martel was not awarded the contract.

Under the terms of the call for tenders the Department was not obligated to accept the lowest or any bid. Moreover, the Department conducted a financial analysis of the bids to consider the total costs that would be incurred as a result of accepting any one tender. These costs included fit-up costs, contiguous space requirements, and a

sus d'appel d'offres pour doter la CCÉA de locaux, M. McMurray a téléphoné à MM. Mahar et Séguin le 14 et 15 octobre. En réponse à ces appels, M. McMurray a reçu une lettre confirmant que l'appel d'offres allait de l'avant et que Martel avait jusqu'au 22 octobre pour présenter une offre au ministère.

L'échéance a par la suite été repoussée au 27 octobre. Les parties se sont rencontrées le 27 octobre, soit le jour de la parution dans le quotidien *Ottawa Citizen* d'une annonce sollicitant des manifestations d'intérêt pour la location de locaux à la CCÉA. M. McMurray prétend que ses interlocuteurs lui ont laissé entendre que s'il pouvait offrir un tarif de 220 \$/m², le ministère recommanderait au Conseil du Trésor de renouveler le bail de l'immeuble Martel.

Le 29 octobre, M. McMurray a téléphoné à M. Séguin pour l'informer que Martel pouvait offrir un tarif de location de 220 \$/m². Le 30 octobre, Martel a offert, par écrit, un tarif de 249 \$/m², plus une allocation; d'après les calculs du ministère, ce tarif équivalait en fait à un tarif de 219,39 \$/m². Le même jour, le ministère a décidé que les autres conditions du bail, y compris le détail de la réfection proposée, devaient être arrêtées avant la fin de la journée, à défaut de quoi l'appel d'offres suivrait son cours. Martel n'était pas en mesure de fournir le plan définitif de la réfection proposée l'après-midi même. Le 26 novembre, une lettre a été transmise à M. McMurray l'informant que l'offre de Martel datée du 30 octobre était rejetée. Le dossier d'appel d'offres a été rendu public le jour même, et les soumissions devaient être présentées au plus tard le 3 décembre 1992.

Martel a présenté une soumission en réponse à l'appel d'offres. Sa soumission s'est révélée la plus basse, mais elle n'a pas été retenue.

Suivant les conditions de l'appel d'offres, le ministère n'était pas tenu de retenir la soumission la plus basse ni aucune soumission. En outre, le ministère a procédé à l'analyse financière des soumissions afin de déterminer les sommes qui, au total, devraient être engagées si l'une ou l'autre des offres était acceptée. Ces sommes englobaient

18

19

20

21

secured card access system. The Martel Building's fit-up costs were calculated to be approximately one million dollars. As well, the Department added \$60,000 to Martel's bid to cover the installation of a secured card access system. Based upon a net present value calculation, Martel's bid was higher than the second lowest initial bid of Standard Life. The tender was awarded to Standard Life.

II. Judicial History

1. *Federal Court, Trial Division* (1997), 129 F.T.R. 249

22 Martel sued in contract and in tort. In contract, Martel claimed the appellant had breached an implied term to renew the lease arising out of either the lease itself or an agreement reached between the parties on or about October 30, 1992. Martel's claim in tort rested on the Department's alleged breach of a duty to negotiate in good faith and on its alleged negligent conduct of the negotiation and tender processes.

23 The trial judge dismissed the contract claim. She also declined to consider liability based on a duty to negotiate in good faith when she was sceptical that such a duty existed under Canadian law. She did not address negligence in the tendering process, but noted that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appears to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid" (para. 76).

24 In the context of negotiations, the trial judge concluded that the relationship between the parties was sufficiently proximate to give rise to a duty of care in negligence. She held it was reasonably foreseeable the Department's carelessness might cause damage to Martel. She further concluded

les frais d'aménagement, les coûts occasionnés par l'exigence de contiguïté des locaux et les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Les frais d'aménagement de l'immeuble Martel ont été évalués à environ un million de dollars. En outre, le ministère a ajouté la somme de 60 000 \$ à la soumission de Martel pour l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Compte tenu de la valeur actualisée nette, la soumission de Martel était plus élevée que celle de la Standard Life, qui était initialement la deuxième plus basse. Le marché a été adjugé à la Standard Life.

II. Décisions des tribunaux inférieurs

1. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 483 (QL)

Martel a intenté une action fondée à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle. Sur le plan contractuel, Martel prétendait que l'appelante avait manqué à son obligation implicite de renouveler le bail découlant soit du bail lui-même, soit de l'entente intervenue entre les parties vers le 30 octobre 1992. Sur le plan de la responsabilité délictuelle, Martel invoquait le manquement du ministère à son obligation de négocier de bonne foi et la négligence dont il aurait fait preuve pendant le déroulement des négociations et le processus d'appel d'offres.

Le juge de première instance a rejeté l'action contractuelle. Elle a également refusé d'examiner la responsabilité découlant de l'omission de négocier de bonne foi, car elle doutait de l'existence d'une telle obligation en droit canadien. Elle ne s'est pas prononcée sur la négligence dont aurait fait preuve l'appelante dans le cadre de l'appel d'offres, mais elle a signalé qu'«une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement semble avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse» (par. 76).

Le juge de première instance a conclu que, dans le contexte des négociations, les relations entre les parties étaient suffisamment étroites pour donner naissance à une obligation de diligence. Elle a ajouté qu'il était raisonnablement prévisible que le manque de diligence du ministère pourrait causer

that the Department was negligent in its conduct of the negotiations.

However, she concluded that Martel had not established causation as it failed to prove that the Department's negligence caused Martel to lose the 10-year renewal. She dismissed the plaintiff's action.

2. *Federal Court of Appeal*, [1998] 4 F.C. 300

The Federal Court of Appeal held that the trial judge was correct that a duty of care arose from the conduct of the negotiations and that it had been breached. It too declined to consider whether a duty to negotiate in good faith had emerged in Canadian law.

The Federal Court of Appeal also addressed negligence in the tendering process. It held that "[n]egligence in the tendering process was a matter before the Trial Judge which she failed to address" (para. 31). In this respect, it found that the call for tenders gave rise to an implied contractual obligation to treat all bidders fairly. In turn, this obligation placed the parties in sufficient proximity to give rise to a duty of care. It concluded that the Department had breached this duty through evaluating the bids according to undisclosed conditions which included the addition of fit-up costs, secured card access system costs and contiguous space requirements.

The court held that in the context of the negotiations, the Department's negligence deprived Martel of the opportunity to negotiate a renewal of the lease. In the context of the tender, the Department's negligence deprived Martel of both the opportunity to participate fairly in the tender process and a reasonable expectation of being awarded the contract.

un préjudice à Martel. Elle a en outre conclu que le ministère avait fait preuve de négligence lors des négociations.

Elle a cependant estimé que Martel n'avait pas établi l'existence d'un lien de causalité, c'est-à-dire que la négligence du ministère avait privé Martel du renouvellement du bail pour une durée de 10 ans. Elle a rejeté l'action de la demanderesse.

2. *Cour d'appel fédérale*, [1998] 4 C.F. 300

La Cour d'appel fédérale a statué que le juge de première instance avait eu raison de conclure que les négociations avaient fait naître une obligation de diligence et qu'il y avait eu manquement à cette obligation. Elle aussi a refusé de déterminer s'il existait maintenant une obligation de négocier de bonne foi en droit canadien.

La Cour d'appel fédérale s'est également penchée sur la négligence dont aurait fait preuve l'appelante dans le cadre de l'appel d'offres. Elle a conclu que «[l]e juge de première instance n'a pas traité de la question de la négligence dans le processus d'appel d'offres, malgré le fait que cette question lui avait été soumise» (par. 31). Elle a estimé à ce chapitre que l'appel d'offre engendrait une obligation contractuelle implicite de traiter équitablement tous les soumissionnaires. En raison de cette obligation, les relations entre les parties étaient suffisamment étroites pour donner lieu à une obligation de diligence. La Cour d'appel fédérale a statué que le ministère avait manqué à cette obligation en évaluant les soumissions en fonction de facteurs non révélés, dont le coût afférent à l'aménagement, à l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire et à la contiguïté des locaux.

Elle a jugé que, dans le contexte des négociations, la négligence du ministère avait eu pour effet de priver Martel de la possibilité de négocier le renouvellement du bail. Pour ce qui est de l'appel d'offres, la négligence du ministère avait privé Martel de la possibilité de participer à l'appel d'offres de manière équitable et de son attente raisonnable de se voir adjuger le marché.

25

26

27

28

29 The court disagreed with the trial judge on causation. It concluded that the Department's conduct was the principal, if not the only cause, of Martel losing the opportunity to negotiate and losing its reasonable expectation of being awarded the contract under a fair and proper tendering process.

30 The Federal Court of Appeal allowed the appeal with costs. It found the Department liable in negligence and ordered a continuance of the trial on the issue of damages.

III. Issues

31 This appeal raises two issues:

1. Given that one owes a duty of care not to harm those who might foreseeably suffer damage, does a duty of care exist to that same group with respect to negotiations? Does the tort of negligence extend to damages for pure economic loss arising out of the conduct of pre-contractual negotiations?
2. Did the Court of Appeal err in finding that the Department owed Martel a duty of care in the tendering process and that this duty was breached?

IV. Analysis

1. *Given that one owes a duty of care not to harm those who might foreseeably suffer damage, does a duty of care exist to that same group with respect to negotiations? Does the tort of negligence extend to damages for pure economic loss arising out of the conduct of pre-contractual negotiations?*

32 A central issue in this appeal is the extent to which Canadian jurisprudence recognizes a duty of care on parties in negotiations. If a cause of action

La Cour d'appel a dit être en désaccord avec le juge de première instance quant à la question du lien de causalité. Elle est arrivée à la conclusion que la négligence du ministère était la principale cause, sinon la seule, de la perte par Martel de la possibilité de négocier le renouvellement du bail et de son attente raisonnable d'obtenir le marché à l'issue d'un processus d'appel d'offres à la fois régulier et équitable.

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel avec dépens. Elle a conclu à la négligence du ministère et a ordonné la poursuite de l'instruction relativement à la question des dommages-intérêts.

III. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions:

1. L'obligation de faire preuve de diligence de manière à ne pas léser quiconque pourrait, de façon prévisible, subir un préjudice, s'étend-elle au contexte des négociations? Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?
2. La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le cadre de l'appel d'offres et qu'il a manqué à cette obligation?

IV. Analyse

1. *L'obligation de faire preuve de diligence de manière à ne pas léser quiconque pourrait, de façon prévisible, subir un préjudice, s'étend-elle au contexte des négociations? Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?*

L'une des principales questions que notre Cour est appelée à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure le droit canadien impose une obligation de diligence aux parties à des négociations. Si un droit d'action

exists in this context, it is apparent that the damages claimed would be a purely economic loss.

The appellant submitted that to extend the tort of negligence into the conduct of commercial negotiations would be an unnecessary and unsound invasion of the marketplace. It argued that this case involves business risks inherent in commercial negotiation, risks which should be borne by parties and not be re-allocated through the imposition of a duty of care.

A breach of a duty of care in negotiations would, in this case, result in the loss of an opportunity to negotiate a lease renewal. This is a claim for damages not accompanied by physical injury or property damage. What is left is a claim for pure economic loss. See *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13.

As a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation. Nevertheless, as a result of the common law's historical treatment of economic loss, the threshold question of whether or not to recognize a duty of care receives added scrutiny relative to other claims in negligence.

An historical review of the common law treatment of recovery for economic loss has been undertaken by this Court on several occasions. See *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; and *D'Amato, supra*. Rather than re-canvassing the jurisprudential genealogy reviewed in these cases, it is enough to say that the common law traditionally did not allow recovery of economic loss where a plaintiff had suffered neither physical harm nor property damage. See *Cattle v.*

existe dans ce contexte, les dommages-intérêts demandés devraient vraisemblablement se rapporter à une perte purement économique.

L'appelante fait valoir que l'extension de la portée du délit de négligence aux négociations commerciales serait inutile et empiéterait indûment sur le jeu des forces du marché. Elle ajoute que la présente affaire porte sur des risques qui sont inhérents à toute négociation commerciale, qui doivent être assumés par les parties et qui ne sauraient être répartis différemment par l'imposition d'une obligation de diligence.

En l'occurrence, un manquement à l'obligation de diligence lors des négociations aurait privé l'intimée de la possibilité de négocier le renouvellement du bail. Aucun préjudice corporel ou matériel n'est invoqué à l'appui de la demande de dommages-intérêts. Le dédommagement réclamé ne vise qu'une perte purement économique. Voir l'arrêt *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, au par. 13.

Pour établir son droit d'action, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte économique doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Cependant, vu l'évolution historique du sort réservé par la common law à la perte économique, la question préliminaire de savoir s'il y a lieu ou non de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence se pose avec plus d'acuité pour la perte économique que pour les autres préjudices imputables à la négligence.

Notre Cour s'est penchée à plusieurs occasions sur l'évolution historique du sort réservé par la common law à l'indemnisation de la perte économique. Voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, et *D'Amato, précité*. Notre Cour ayant déjà fait état de l'historique jurisprudentiel dans ces arrêts, il suffit de dire que, traditionnellement, la common law excluait l'indemnisation de la perte économique lorsque le demandeur n'avait subi aucune lésion corporelle ni

33

34

35

36

Stockton Waterworks Co. (1875), L.R. 10 Q.B. 453.

aucun dommage matériel. Voir *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453.

37

Over time, the traditional rule was reconsidered. In *Rivtow* and subsequent cases it has been recognized that in limited circumstances damages for economic loss absent physical or proprietary harm may be recovered. The circumstances in which such damages have been awarded to date are few. To a large extent, this caution derives from the same policy rationale that supported the traditional approach not to recognize the claim at all. First, economic interests are viewed as less compelling of protection than bodily security or proprietary interests. Second, an unbridled recognition of economic loss raises the spectre of indeterminate liability. Third, economic losses often arise in a commercial context, where they are often an inherent business risk best guarded against by the party on whom they fall through such means as insurance. Finally, allowing the recovery of economic loss through tort has been seen to encourage a multiplicity of inappropriate lawsuits. See *D'Amato, supra*, at para. 20, and A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), at pp. 405-6.

Avec le temps, la règle traditionnelle a été assouplie. Dans *Rivtow* et les affaires subséquentes, les tribunaux ont reconnu que, dans certaines circonstances précises, la perte économique, en l'absence de toute lésion corporelle et de tout dommage matériel, pouvait justifier l'octroi de dommages-intérêts. À ce jour, le droit à l'indemnisation d'un tel préjudice n'a été reconnu que dans peu de cas. Cette prudence est en grande partie attribuable aux considérations de principe mêmes pour lesquelles les tribunaux avaient jusqu'alors exclu l'indemnisation d'un tel préjudice. Premièrement, on considère que les intérêts d'ordre financier ne méritent pas la même protection que l'intégrité physique ou les biens. Deuxièmement, la reconnaissance inconditionnelle de la perte économique pourrait donner lieu à une responsabilité indéterminée. Troisièmement, la perte économique est souvent subie dans un contexte commercial, où elle constitue dans bien des cas un risque inhérent à l'activité commerciale et contre lequel la partie en cause se protège le mieux en recourant, par exemple, à l'assurance. Enfin, permettre l'indemnisation de la perte économique à l'issue d'une poursuite en responsabilité délictuelle est considéré comme une mesure encourageant la multiplication de poursuites injustifiées. Voir *D'Amato, précité*, au par. 20, et A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6^e éd. 1997), aux pp. 405 et 406.

38

In an effort to identify and separate the types of cases that give rise to potentially compensable economic loss, La Forest J., in *Norsk, supra*, endorsed the following categories (at p. 1049):

Afin de déterminer et de distinguer entre eux les genres de cas dans lesquels une personne pourrait être indemnisée d'une perte économique, le juge La Forest a approuvé les catégories suivantes dans l'arrêt *Norsk, précité*, à la p. 1049:

[TRADUCTION]

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

See B. Feldthusen, "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at para. 12; and *D'Amato, supra*, at para. 30.

The allegation of negligence in the conduct of negotiations does not fall within any of these classifications. Thus, Martel's claim is novel when weighed against the prior jurisprudence of this Court. That by itself should not preclude the claim. The question is whether the numbered categories ought to be enlarged or some other method identified to include a new head of economic loss. To answer this question it is useful to set out a framework for the recognition of new categories such as that advanced by Martel.

In attempting to mould such a framework, it is noteworthy that this Court has looked beyond the traditional bar against recovery of pure economic loss in favour of a case-specific analysis that seeks to weigh the unique policy considerations which arise. See *Rivtow, supra*, at pp. 1211-12; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 33; *Norsk, supra*, at p. 1054, *per* La Forest J., and at p. 1155, *per* McLachlin J.; *Winnipeg Condominium, supra*, at para. 32; and *D'Amato, supra*, at paras. 31-34.

A presumptive exclusionary rule exists only within the narrow realm of contractual relational economic loss. This phrase is intended to define an economic loss suffered via a plaintiff's contractual relationship with a third party to whom the defendant is already liable for property damage. Prior to *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, it was undetermined whether the recognition of contractual relational economic loss was to be approached incrementally on a case-by-case basis, as with the other categories of economic loss, or through recognized categorical exceptions to a narrow exclusionary rule. This debate arose out of the differing approaches expressed by McLachlin J. (as she then

Se reporter à B. Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Rev. can. d. comm.* 356, aux pp. 357 et 358; ainsi qu'aux arrêts *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, au par. 12, et *D'Amato*, précité, au par. 30.

L'allégation de négligence lors de négociations ne relève d'aucune de ces catégories. Il s'agit donc d'une allégation nouvelle par rapport à la jurisprudence de notre Cour, ce qui en soi ne la rend pas irrecevable. Il faut déterminer s'il y a lieu d'élargir les catégories énumérées ou de trouver une autre méthode pour prévoir un nouveau type de perte économique. Pour trancher la question, il convient d'établir les paramètres en fonction desquels de nouvelles catégories, comme celle proposée par Martel, pourraient être reconnues.

En établissant ces paramètres, il importe de signaler que notre Cour a rompu avec l'interdiction qui frappait traditionnellement l'indemnisation de la perte purement économique et qu'elle a opté pour une analyse fondée sur les faits de chaque espèce en tentant de soupeser les considérations de principe propres à chacune. Voir *Rivtow*, précité, aux pp. 1211 et 1212; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 33; *Norsk*, précité, à la p. 1054 (le juge La Forest), et à la p. 1155 (le juge McLachlin); *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 32; et *D'Amato*, précité, aux par. 31 à 34.

La règle de l'exclusion présumée n'existe que dans le contexte restreint de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Cette expression est employée pour désigner la perte économique subie en raison de la relation contractuelle du demandeur avec un tiers envers lequel le défendeur est déjà responsable des dommages matériels. Avant l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, l'incertitude régnait quant à savoir si la perte économique relationnelle découlant d'un contrat devait être progressivement reconnue ou non en fonction des faits de l'espèce, à l'instar des autres catégories de pertes économiques, ou au moyen d'exceptions catégorielles à la règle stricte de l'ex-

39

40

41

was) and La Forest J. in *Norsk*. The substance of these positions was reviewed in *D'Amato* and need not be repeated for the purpose of this appeal.

42 In *Bow Valley*, at para. 48, McLachlin J. resolved this debate, affirming that recovery for contractual relational economic loss is presumptively excluded, subject to categorical exceptions. However, the categories of recoverable loss are not closed and new ones may emerge as different cases arise. The majority in *Bow Valley* approved her reasons. See Iacobucci J. at para. 113:

I understand my colleague's discussion of this matter to mean that she has adopted the general exclusionary rule and categorical exceptions approach set forth by La Forest J. in *Norsk*. . . . She points out that both her reasons and those of La Forest J. in *Norsk* recognize that the categories of recoverable contractual relational economic loss are not closed.

43 It is important to distinguish between the *Bow Valley* majority's reference to the categories of contractual relational economic loss, which falls within the fifth category, and the other four categories of economic loss listed above. This distinction is relevant because contractual relational economic loss receives unique treatment within the broader scope of economic loss in general. In this connection, we reject the assertions of certain commentators who have suggested that the same approach applies to all five categories of economic loss following the *Bow Valley* decision: see E. A. Cherniak and E. How, "Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 209, at p. 232, and I. N. D. Wallace, "Contractual Relational Loss in Canada" (1998), 114 *L.Q.R.* 370, at pp. 374-77.

Ce débat était le fruit des analyses divergentes proposées par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*. Ces points de vue ayant été examinés quant au fond dans l'arrêt *D'Amato*, il n'y a pas lieu de les répéter aux fins du présent pourvoi.

Dans *Bow Valley*, au par. 48, le juge McLachlin a tranché le débat en affirmant que l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est présumée exclue, sous réserve de certaines exceptions catégorielles. Toutefois, les catégories de pertes susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives et de nouvelles catégories pourraient être reconnues au gré des situations qui surviendront. La majorité des juges de notre Cour a approuvé ses motifs dans *Bow Valley*. Le juge Iacobucci a dit ce qui suit au par. 113:

Si je comprends bien l'examen que ma collègue a fait de cette question, elle a adopté la méthode proposée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* qui consiste à poser une règle générale d'exclusion et à l'assortir d'exceptions fondées sur des catégories. [. . .] Elle souligne qu'il ressort tant de ses motifs que de ceux du juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* que les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives.

Il importe d'établir une distinction entre les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat dont font mention les juges majoritaires dans l'arrêt *Bow Valley*, qui appartiennent à la cinquième catégorie, et les quatre autres catégories susmentionnées. Cette distinction est pertinente, car la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est traitée de façon distincte dans le contexte plus étendu de la perte économique en général. À cet égard, notre Cour se dissocie des propos de certains observateurs selon lesquels, depuis l'arrêt *Bow Valley*, la même démarche vaut pour les cinq catégories de pertes économiques: voir E. A. Cherniak et E. How, «Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada» (1999), 31 *Rev. can. d. comm.* 209, à la p. 232, et I. N. D. Wallace, «Contractual Relational Loss in Canada» (1998), 114 *L.Q.R.* 370, aux pp. 374 à 377.

Unlike the other areas of economic loss, contractual relational economic loss continues to operate under a presumption against recovery. The following categories of contractual relational economic loss are, to date, the sole exceptions to this presumption:

1. Where the claimant has a possessory or proprietary interest in the damaged property;
2. General average cases; and
3. Where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture.

However, as noted above, these three categorical exceptions within contractual relational economic loss categories are not closed. The same is true for the five broader categories of economic loss: see *Norsk, supra*, at pp. 1150-53, *per* McLachlin J. As Professor Linden, *supra*, states, "further categories of economic loss cases will have to be identified beyond the five general ones of Professor Feldthusen" (p. 421). The reason for the broader five categories is merely to provide greater structure to a diverse range of factual situations by grouping together cases that raise similar policy concerns. These categories are merely analytical tools.

Canadian jurisprudence has consistently applied the flexible two-stage analysis of *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), originally adopted in *Kamloops, supra*, in determining whether to extend a duty of care in a given case. The *Anns* approach has been applied in this manner to each of the first four categories of economic loss. See, for example, *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 19 (negligent misrepresentation); *Winnipeg Condominium, supra*, at para. 32 (negligent supply of shoddy goods or structures); and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228 (negligent performance of a service). It is likely that any extension to the categorical exceptions of contrac-

Contrairement aux autres catégories de pertes économiques, la perte économique relationnelle découlant d'un contrat demeure visée par la présomption excluant l'indemnisation. À ce jour, seules les catégories suivantes de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat échappent à l'application de cette présomption:

1. les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien endommagé;
2. les cas d'avarie commune;
3. les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise conjointe.

Toutefois, comme nous l'avons dit précédemment, ces trois catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives. Il en va de même des cinq catégories plus générales de pertes économiques: se reporter à l'arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1150 à 1153 (le juge McLachlin). Comme le dit le professeur Linden, *op. cit.*, [TRADUCTION] «d'autres catégories de pertes économiques devront être définies en sus des cinq catégories générales proposées par le professeur Feldthusen» (p. 421). La raison d'être des cinq catégories générales est simplement de prévoir un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles en regroupant les cas qui soulèvent des questions de principe semblables. Il ne s'agit en somme que d'outils d'analyse.

Il ressort de la jurisprudence canadienne que les tribunaux ont appliqué avec constance l'analyse souple comportant deux étapes préconisée dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), adoptée initialement dans l'arrêt *Kamloops*, précité, pour déterminer s'il y a ou non obligation de diligence dans un cas donné, et ce, à chacune des quatre premières catégories de pertes économiques. Voir à titre d'exemples *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 19 (déclaration inexacte faite par négligence); *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 32 (fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité); ainsi que *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms*

tual relational economic loss also would be considered under the same analysis. See *Bow Valley*, *supra*, at paras. 52-56, *per* McLachlin J., and para. 113, *per* Iacobucci J.

47 The *Anns* approach is equally applicable when, as in this appeal, the claim alleges a duty of care in an area not previously categorized. The respondent's submission has to be considered within that framework.

48 This analysis begins with the oft-repeated question:

Was there a sufficiently close relationship between Martel and the Department so that, in the reasonable contemplation of the Department, carelessness on its part might cause damage to a party such as Martel with whom it negotiated?

49 See *Hercules Managements*, *supra*, at paras. 23-24, *per* La Forest J.:

... the term "proximity" itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion; it does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination.

The label "proximity", as it was used by Lord Wilberforce in *Anns*, *supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs.

50 So as to infuse the term "proximity" with greater meaning, the courts take into account a variety of factors in ascertaining whether the relationship between two parties gives rise to a *prima facie* duty of care. See McLachlin J. in *Norsk*, *supra*, at p. 1153:

Ltd., [1986] 1 R.C.S. 228 (prestation négligente d'un service). Tout ajout aux exceptions catégorielles touchant les pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat serait vraisemblablement considéré sous le même angle. Se reporter à l'arrêt *Bow Valley*, précité, aux par. 52 à 56 (le juge McLachlin), et au par. 113 (le juge Iacobucci).

La démarche préconisée dans l'arrêt *Anns* s'applique également lorsque, comme dans la présente affaire, la demande allègue une obligation de diligence dans un contexte qui ne relève d'aucune catégorie déjà existante. L'allégation de l'intimée doit être considérée en fonction de ces paramètres.

L'analyse débute en l'espèce par une question posée maintes fois:

Existait-il un lien suffisamment étroit entre Martel et le ministère pour que le ministère ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer un préjudice à une partie, comme Martel, avec laquelle elle négociait?

Voir l'arrêt *Hercules Managements*, précité, le juge La Forest, aux par. 23 et 24:

... l'expression «lien étroit» elle-même n'exprime rien de plus qu'un résultat, un jugement ou une conclusion; elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique.

L'expression «lien étroit», utilisée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu'on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

Afin d'attribuer à l'expression «lien étroit» un sens plus étendu, les tribunaux tiennent compte d'une gamme de facteurs pour déterminer si la relation établie entre les deux parties fait naître une obligation de diligence *prima facie*. Se reporter aux motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1153:

In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability.

It may be foreseeable that carelessness on the part of one negotiating party may cause an opposite negotiating party economic loss. Generally, negotiation is undertaken with a view to obtaining mutual economic gain. Given the bilateral nature of most negotiations, such gains are sometimes obtained at the other party's expense. Although negotiations often provide synergistic effects for all concerned, the prospect of causing deprivation by economic loss is implicit in the negotiating environment. The causal relationship in contractual negotiations is usually significant for a finding of proximity. In the circumstances of this appeal, the appellant's pre-existing contractual arrangement with Martel is an impressive indicator of proximity.

Both the pre-existing lease arrangement and the communications between the appellant and respondent here are indicators of proximity. That does not mean that any exchange loosely viewed as a negotiation will necessarily give rise to a proximate relationship. The expression of interest does not automatically create proximity absent some evidence of genuine and mutual contracting intent. We are satisfied that the parties in this appeal evidenced such an intent. The communications between the appellant and Martel disclose a readiness to arrive at an agreement despite the fact one was never reached.

We conclude that the circumstances of this case satisfy the first stage of *Anns* and raise a *prima facie* duty of care. Although the Department is a government actor, in its negotiations with Martel, it was exercising an operational rather than a pol-

Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable.

Il peut être raisonnable de penser que le manque de diligence de l'une des parties à des négociations pourrait causer un préjudice économique à une autre partie. Des négociations sont généralement entreprises en vue d'obtenir un gain économique mutuel. Vu la nature bilatérale de la plupart des négociations, un tel gain est parfois obtenu aux dépens de l'autre partie. Les négociations ont souvent des effets synergiques pour tous les intéressés, mais elles comportent toujours le risque qu'une perte économique soit infligée à l'une ou l'autre des parties. Dans le cadre de la négociation d'un contrat, la relation de cause à effet est habituellement assez importante pour conclure à l'existence d'un lien étroit. Dans les circonstances du présent pourvoi, l'entente contractuelle préexistante entre l'appelante et Martel est un indice concluant de l'existence d'un lien étroit.

Le bail préexistant et les communications entre l'appelante et l'intimée permettent en l'espèce de conclure à l'existence d'un lien étroit. Il ne s'ensuit pas que tout échange s'apparentant vaguement à une négociation donne nécessairement naissance à un lien étroit. La manifestation d'intérêt ne crée pas automatiquement un lien étroit en l'absence d'une preuve que les deux parties avaient véritablement l'intention de passer un marché. Notre Cour est convaincue que les parties au présent pourvoi ont fait la preuve d'une telle intention. Il ressort des échanges entre l'appelante et Martel que les parties étaient disposées à conclure une entente, même si aucune n'est intervenue.

Nous sommes d'avis que les circonstances de l'espèce satisfont au premier volet du critère dégagé dans l'arrêt *Anns* et permettent de conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Même si le ministère fait partie de l'État,

51

52

53

icy function. As such, this finding of a *prima facie* duty of care is not precluded by the appellant claiming to have exercised a *bona fide* discretionary policy decision. See *Kamloops, supra*, at p. 35, and *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228.

54 In the wake of a finding of proximity, the second question in *Anns* arises:

Are there any policy considerations that serve to negative or limit (a) the scope of the *prima facie* duty of care (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

55 Notwithstanding our finding of proximity above, there are compelling policy reasons to conclude that one commercial party should not have to be mindful of another commercial party's legitimate interests in an arm's length negotiation.

56 As noted by McLachlin J. in *Norsk, supra*, at pp. 1154-55:

While proximity is critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, it does not always indicate liability. It is a necessary but not necessarily sufficient condition of liability. Recognizing that proximity is itself concerned with policy, the approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns*) requires the Court to consider the purposes served by permitting recovery as well as whether there are any residual policy considerations which call for a limitation on liability. This permits courts to reject liability for pure economic loss where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

57 The scope of indeterminate liability remains a significant concern underlying any analysis of whether to extend the sphere of recovery for eco-

dans le contexte de ses négociations avec Martel, il exerçait une fonction opérationnelle, et non une fonction de politique. Partant, même si l'appelante prétend avoir exercé de bonne foi son pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions de politique, notre Cour peut conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Se reporter aux arrêts *Kamloops*, précité, à la p. 35, et *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

Après avoir conclu à l'existence d'un lien étroit, la question qui se pose ensuite selon l'arrêt *Anns* est la suivante:

Existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation de diligence *prima facie* et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Même si nous avons déterminé qu'il existe un lien étroit, des considérations de principe de nature pressante nous justifient de conclure que, dans le contexte de négociations commerciales, une partie ne devrait pas avoir à tenir compte des intérêts légitimes d'une autre avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance.

Comme l'a signalé le juge McLachlin dans l'arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1154 et 1155:

Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle, elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. C'est une condition nécessaire mais pas nécessairement suffisante de la responsabilité. Tout en reconnaissant que l'existence d'un lien étroit est elle-même une question de principe, l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns*) exige que la Cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. Cela permet aux tribunaux de rejeter la responsabilité pour perte purement économique lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

La crainte d'une responsabilité indéterminée demeure un facteur important lorsqu'il s'agit d'élargir la portée de l'indemnisation de la perte

conomic loss. In this appeal, however, the inherent nature of negotiations in this case place definable limits on the ultimate extent of liability so that concerns of indeterminacy are not determinative in this appeal.

Here, the class of potential claimants is limited to those persons that the Department directly negotiated with. Although both *La Forest* and *McLachlin JJ.* rejected the “knowledge of the plaintiff” test in *Norsk* as noted in *Hercules Managements, supra*, at para. 37, knowledge of the plaintiff remains a policy factor that may militate against indeterminacy.

In addition, although the quantum of damages arising out of failed negotiations may be quite high, it is limited by the nature of the transaction being negotiated. As noted by the court below, Martel’s claim is clearly restricted to the loss of an opportunity to conclude a 10-year lease renewal. While there are serious difficulties in valuing a lost opportunity, the extent of the loss has definable limits.

However, simply addressing indeterminacy does not represent the sole hurdle to extending a duty of care. This conclusion has caused concern and has been commented on. See *Norsk, supra*, at pp. 1067-68, *per La Forest J.*; *Bow Valley, supra*, at para. 55, *per McLachlin J.*, and B. Feldthusen, “Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?” (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84, at p. 87.

In light of the diverse array of factual circumstances that can fall under the moniker of pure economic loss, unique policy considerations may infuse the analysis of any given case. Indeed, notwithstanding the fact that indeterminacy does not rear its head sufficiently in this appeal, there are a number of ancillary policy considerations that necessitate precluding the extension of the tort of negligence into commercial negotiations. Even in the absence of any serious potential for indetermi-

économique. Or, dans la présente affaire les négociations comportent, de par leur nature, des limites précises quant à l’étendue ultime de la responsabilité, de sorte que la crainte que celle-ci ne soit indéterminée ne joue pas.

En l’occurrence, la catégorie des demandeurs éventuels se limite aux personnes avec lesquelles le ministère a négocié directement. Comme notre Cour l’a signalé dans l’arrêt *Hercules Managements*, précité, au par. 37, les juges *La Forest* et *McLachlin* ont rejeté le critère de la «connaissance du demandeur» dans l’arrêt *Norsk*, mais ce facteur constitue néanmoins une considération de principe qui peut jouer contre le caractère indéterminé de la responsabilité.

En outre, bien que le montant des dommages-intérêts susceptibles d’être accordés par suite de négociations infructueuses puisse être assez élevé, il est limité par la nature de l’opération visée par les négociations. Comme l’a fait remarquer le tribunal inférieur, il est clair que la demande de *Martel* se limite à la possibilité de renouveler le bail pour une période supplémentaire de 10 ans. Il peut être très difficile d’évaluer la perte d’une occasion, mais les limites de cette perte peuvent être établies.

Or, il ne suffit pas de vérifier si la responsabilité alléguée est indéterminée pour décider si une obligation de diligence existe. Cette conclusion a suscité des interrogations et des observations. Voir les motifs du juge *La Forest* dans l’arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1067 et 1068, les motifs du juge *McLachlin* dans l’arrêt *Bow Valley*, précité, au par. 55, et B. Feldthusen, «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?» (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84, à la p. 87.

Vu la gamme variée des circonstances factuelles susceptibles de donner lieu à une perte purement économique, des considérations de principe uniques peuvent sous-tendre l’analyse dans un cas donné. En effet, bien que la responsabilité alléguée en l’espèce ne revête pas un caractère indéterminé, un certain nombre de considérations de principe accessoires font obstacle à l’application du délit civil de négligence dans le contexte des négociations commerciales. Même en l’absence de tout

58

59

60

61

nate liability, these factors are sufficient to deny recovery notwithstanding the finding of proximity. What we have identified as ancillary policy considerations weighing against recovery are defined by the following five illustrations.

62 First, the very object of negotiation works against recovery. The primary goal of any economically rational actor engaged in commercial negotiation is to achieve the most advantageous financial bargain. As noted above, in the context of bilateral negotiation, such gains are realized at the expense of the other negotiating party. From an economic perspective, some authors describe negotiation as a zero-sum game involving a transference rather than loss of wealth: see Cherniak and How, *supra*, at p. 231; and B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (4th ed. 2000), at p. 14.

63 Perhaps following the traditional view that, at least in some circumstances, economic losses are less worthy of protection than physical or proprietary harm, it has been noted that the absence of net harm on a social scale is a factor weighing against the extension of liability for pure economic loss. That is to say, negotiation merely transfers wealth between parties. Although one party may suffer, another often gains. Thus, as an economic whole, society is not worse off: see Feldthusen, "Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?", *supra*, at p. 102:

... many pure economic losses are qualitatively different from physical damage. They represent not social loss, as occurs when property is damaged or destroyed, but private loss when wealth is transferred from one party to another with nothing being lost overall. The plaintiff's loss will often be a competitor's gain. To hold the defendant liable for transfer losses as if they were true losses will over-deter useful conduct.

risque réel de responsabilité indéterminée, ces considérations sont suffisamment importantes pour empêcher l'indemnisation, malgré l'existence d'un lien étroit. Voici quelles sont, selon notre Cour, les cinq considérations de principe accessoires qui militent contre l'indemnisation.

Premièrement, l'objet même de la négociation milite contre l'indemnisation. L'objectif premier d'un acteur économiquement rationnel participant à une négociation commerciale est de conclure le marché le plus avantageux sur le plan financier. Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans le contexte de négociations bilatérales, tout gain est réalisé aux dépens de l'autre partie. D'un point de vue économique, certains auteurs ont assimilé la négociation à un jeu à somme nulle comportant le transfert, et non la perte, d'une richesse: voir Cherniak et How, *loc. cit.*, à la p. 231, et B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (4^e éd. 2000), à la p. 14.

À cause peut-être du point de vue traditionnel voulant que, du moins dans certaines circonstances, la perte économique soit moins digne d'indemnisation que la lésion corporelle ou le dommage matériel, on remarque que l'absence d'un préjudice net à l'échelle de la société est un facteur qui joue contre l'élargissement de la responsabilité à l'égard de la perte purement économique. Ainsi, la négociation a simplement pour effet d'opérer un transfert de richesse entre les parties. Bien que l'une des parties puisse subir un préjudice, une autre obtient souvent un avantage. Par conséquent, en tant qu'entité économique, la société n'est pas lésée: voir Feldthusen, «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?», *loc. cit.*, à la p. 102:

[TRADUCTION] ... bon nombre de pertes purement économiques sont qualitativement différentes du dommage matériel. Contrairement à l'endommagement ou à la destruction d'un bien, elles n'entraînent pas de perte à l'échelle de la société, mais plutôt une perte privée, un transfert de richesse étant opéré d'une partie à une autre, à l'exclusion de toute perte globale. La perte subie par le demandeur correspond souvent au gain réalisé par un concurrent. Tenir le défendeur responsable de la perte consécutive au transfert, comme s'il s'agissait d'une perte véritable, découragerait indûment un comportement utile.

Second, as Feldhusen notes in the above passage, to extend a duty of care to pre-contractual commercial negotiations could deter socially and economically useful conduct. The encouragement of economically efficient conduct can be a valid concern in favour of the extension of liability for pure economic loss. See *Winnipeg Condominium*, *supra*, at para. 37. Equally, in other circumstances, this goal may be a valid rationale against extending liability.

In essence, Martel claims that the appellant was negligent in not providing it with adequate information concerning the appellant's bargaining position or its readiness to conclude a renewal. The appellant's conduct in negotiating with Martel might be construed as "hard bargaining". The Department's agents displayed casual contempt towards Martel and its personnel as illustrated by broken appointments and general disregard of the minimal courtesy Martel could have reasonably expected. However indifferent the agents of the Department appear from the record, that by itself does not create a cause of action. Doubtless, the appellant's ability to assume such a position in relation to Martel was due to its dominant position in the Ottawa leasing market. The foregoing all point to the advantages enjoyed by the Crown, but do not point to liability.

In many if not most commercial negotiations, an advantageous bargaining position is derived from the industrious generation of information not possessed by the opposite party as opposed to its market position as here. Helpful information is often a by-product of one party expending resources on due diligence, research or other information gathering activities. It is apparent that successful negotiating is the product of that kind of industry.

Deuxièmement, comme le souligne Feldhusen dans la citation qui précède, imposer une obligation de diligence dans le contexte d'une négociation commerciale visant la conclusion d'un contrat pourrait décourager un comportement utile sur le plan social et économique. Encourager un comportement économiquement efficace peut constituer un facteur valable militant en faveur de l'élargissement de la responsabilité relative au préjudice purement économique. Voir l'arrêt *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 37. Dans d'autres circonstances, cet objectif peut aussi constituer un motif valable d'exclure une telle responsabilité.

Martel fait essentiellement valoir que l'appelante a fait preuve de négligence en ne l'informant pas adéquatement de sa position quant aux négociations ou de sa volonté de renouveler ou non le bail. Le comportement de l'appelante lors des négociations avec Martel peut être qualifié d'intransigeant. Les représentants du ministère ont manifesté indifférence et mépris à l'endroit de Martel et de son personnel, notamment en omettant de se présenter à des rendez-vous et de faire preuve de la courtoisie la plus élémentaire vis-à-vis de Martel. Aussi indifférents que se soient montrés les représentants du ministère, selon le dossier, leur comportement ne confère aucun droit d'action. C'est sans aucun doute parce que l'appelante tenait le haut du pavé sur le marché de la location à Ottawa qu'elle a pu agir ainsi vis-à-vis de Martel. Tous ces éléments font ressortir les avantages détenus par l'État, et non sa responsabilité.

Dans le cadre de nombreuses négociations commerciales, sinon dans la majorité d'entre elles, la situation avantageuse d'une partie est attribuable à la collecte assidue de renseignements auxquels l'autre partie n'a pas accès, et non au fait que la situation du marché lui est favorable comme en l'espèce. Les renseignements utiles sont souvent le fruit de l'utilisation de ressources pour faire preuve d'une diligence raisonnable, effectuer de la recherche et exercer d'autres activités de collecte de données. L'issue heureuse d'une négociation paraît attribuable à de telles démarches.

64

65

66

67

It would defeat the essence of negotiation and hobble the marketplace to extend a duty of care to the conduct of negotiations, and to label a party's failure to disclose its bottom line, its motives or its final position as negligent. Such a conclusion would of necessity force the disclosure of privately acquired information and the dissipation of any competitive advantage derived from it, all of which is incompatible with the activity of negotiating and bargaining.

68

Third, to impose a duty in the circumstances of this appeal could interject tort law as after-the-fact insurance against failures to act with due diligence or to hedge the risk of failed negotiations through the pursuit of alternative strategies or opportunities. This Court has previously expressed a reluctance to extend pure economic loss in this manner. See *D'Amato, supra*, at para. 51.

69

Notwithstanding Martel's hope that the negotiations would produce a favourable outcome, it could at any point have concluded that the Department was not serious or interested in concluding a renewal of the Martel Building lease, but simply delaying for an undisclosed reason and seeking other potential landlords. While Martel may have suffered from its innocence and optimism, at least some of the responsibility for the delays in communication evident in this appeal can be attributed to it. The retention of self-vigilance is a necessary ingredient of commerce.

70

Fourth, to extend the tort of negligence into the conduct of commercial negotiations would introduce the courts to a significant regulatory function, scrutinizing the minutiae of pre-contractual conduct. It is undesirable to place further scrutiny upon commercial parties when other causes of action already provide remedies for many forms of conduct. Notably, the doctrines of undue influence, economic duress and unconscionability provide redress against bargains obtained as a result of

Imposer une obligation de diligence aux parties à une négociation et tenir pour négligente l'omission d'une partie de dévoiler la limite qu'elle s'est fixée, les motifs qui l'animent et sa position finale seraient contraires à l'essence même de la négociation et entraverait le fonctionnement du marché. En effet, les parties devraient alors nécessairement communiquer l'information obtenue privément et perdraient tout avantage concurrentiel en découlant, ce qui serait incompatible avec la notion de négociation.

Troisièmement, imposer une obligation dans les circonstances de la présente affaire pourrait faire jouer le droit de la responsabilité civile délictuelle comme une assurance après coup contre l'omission d'agir avec la diligence voulue ou de se protéger contre l'échec éventuel des négociations en ayant recours à d'autres stratégies ou possibilités. Notre Cour s'est déjà montrée réticente à permettre ainsi l'indemnisation de la perte purement économique. Voir l'arrêt *D'Amato*, précité, au par. 51.

Même si Martel espérait que l'issue des négociations lui serait favorable, elle aurait pu conclure à tout moment que le ministère n'était ni sérieux ni intéressé à renouveler le bail de l'immeuble Martel, mais retardait simplement le processus pour une raison inconnue, et cherchait d'autres locataires éventuels. Bien que Martel ait pu être victime de sa naïveté et de son optimisme, elle est à tout le moins en partie responsable des retards dans les communications entre les parties. La vigilance est toujours de mise en matière commerciale.

Quatrièmement, élargir la portée du délit de négligence au contexte des négociations commerciales obligerait les tribunaux à exercer une importante fonction de réglementation en scrutant les menus détails du comportement préalable à la formation d'un contrat. Il n'est pas souhaitable de soumettre les parties à une négociation commerciale à une surveillance accrue lorsque d'autres droits d'action permettent déjà d'obtenir réparation pour de nombreux types de comportement. Plus

improper negotiation. As well, negligent misrepresentation, fraud and the tort of deceit cover many aspects of negotiation which do not culminate in an agreement.

A concluding but not conclusive fifth consideration is the extent to which needless litigation should be discouraged. To extend negligence into the conduct of negotiations could encourage a multiplicity of lawsuits. Given the number of negotiations that do not culminate in agreement, the potential for increased litigation in place of allowing market forces to operate seems obvious.

For these reasons we are of the opinion that, in the circumstances of this case, any *prima facie* duty is significantly outweighed by the deleterious effects that would be occasioned through an extension of a duty of care into the conduct of negotiations. We conclude then that, as a general proposition, no duty of care arises in conducting negotiations. While there may well be a set of circumstances in which a duty of care may be found, it has not yet arisen.

As a final note, we recognize that Martel's claim resembles the assertion of a duty to bargain in good faith. The breach of such a duty was alleged in the Federal Court, but not before this Court. As noted by the courts below, a duty to bargain in good faith has not been recognized to date in Canadian law. These reasons are restricted to whether or not the tort of negligence should be extended to include negotiation. Whether or not negotiations are to be governed by a duty of good faith is a question for another time.

particulièrement, les doctrines de l'abus d'influence, de la contrainte économique et du comportement inique permettent d'annuler le marché issu de négociations irrégulières. De même, les concepts de la déclaration inexacte faite par négligence, de la fraude ou du délit de tromperie couvrent de nombreux aspects des négociations qui n'aboutissent pas à la conclusion d'une entente.

Bien qu'il ne soit pas concluant, un cinquième et dernier élément à prendre en considération est l'opportunité de décourager les poursuites inutiles. Permettre que les négociations puissent donner ouverture à un recours fondé sur la négligence pourrait en effet se traduire par une multiplication des poursuites en justice. Vu le nombre de cas où les négociations ne débouchent pas sur une entente, le risque que les tribunaux se substituent de plus en plus aux forces du marché paraît évident.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis que les effets néfastes qu'aurait, en l'espèce, l'imposition d'une obligation de diligence aux parties à la négociation l'emportent sensiblement sur les avantages de toute obligation *prima facie*. Nous concluons que, règle générale, le déroulement de négociations ne donne pas naissance à une obligation de diligence. Il se pourrait bien qu'une situation particulière engendre une obligation de diligence, mais cela ne s'est pas produit à ce jour.

Enfin, nous convenons que Martel allègue une obligation qui s'apparente à celle de négociier de bonne foi. Le manquement à une telle obligation a été allégué devant la Cour fédérale, mais non devant notre Cour. Comme l'ont signalé les tribunaux inférieurs, le droit canadien ne reconnaît pas encore l'obligation de négociier de bonne foi. Les présents motifs ne portent que sur la question de savoir s'il y a lieu d'élargir la portée du délit de négligence au contexte des négociations, et non si les parties devraient être tenues de négociier de bonne foi. Cette dernière question devra être tranchée une autre fois.

71

72

73

2. *Did the Court of Appeal err in finding that the Department owed Martel a duty of care in the tendering process and that this duty was breached?*

(a) Introduction

74

The second branch of this case deals with the tendering process which followed the unfruitful negotiations. Martel alleged that the Department was negligent in failing to exercise due care in preparing the tender documents, and in evaluating Martel's bid made in response to the call for tenders. As mentioned above, the trial judge did not address the Department's liability, if any, arising from the tendering process. However, Desjardins J.A., in the Federal Court of Appeal, addressed this issue and found that the Department owed Martel a duty of care in the tender process under tort principles. This duty imposed upon the Department the "obligation to ensure fair treatment in the tenders by avoiding such factors as undisclosed preferences and awards of contracts to non-conforming bidders" (para. 37). Desjardins J.A. explained that this duty arose out of an implied contractual obligation to treat all bidders fairly.

75

The Court of Appeal held that the Department had breached its duty to treat Martel's bid fairly. Desjardins J.A. based this conclusion on the trial judge's following findings: (1) that the contiguous space requirement had not been required initially by the AECB and had been negligently added to the tender specifications; (2) that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appear[ed] to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid" (paras. 37 F.C. and 76 F.T.R.); (3) that some of the costs arbitrarily assessed to Martel's tender were attributable to the contiguous space requirements; (4) that there had not been any mention of fit-up costs being required if the tenant stayed in the Martel building; and (5) that the costs of a secured card access system had been added to

2. *La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le cadre de l'appel d'offres et qu'il a manqué à cette obligation?*

a) Introduction

Le deuxième volet de la présente affaire a trait à l'appel d'offres qui a été lancé après l'échec des négociations. Martel soutient que le ministère a été négligent en omettant de faire preuve d'une diligence raisonnable dans l'établissement du dossier d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission présentée par Martel en réponse à l'appel d'offres. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la responsabilité éventuelle du ministère découlant de l'appel d'offres. Toutefois, le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a examiné cette question et a conclu que, suivant les principes de la responsabilité civile délictuelle, le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le contexte de l'appel d'offres. En conséquence, le ministère avait «l'obligation de garantir le traitement équitable des soumissionnaires en évitant des facteurs comme des partis pris cachés et l'attribution de marchés à des soumissionnaires qui ne respectaient pas les conditions de l'appel d'offres» (par. 37). Le juge Desjardins a expliqué que cette obligation découlait de l'obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

La Cour d'appel fédérale a conclu que le ministère avait manqué à son obligation d'accorder un traitement équitable à la soumission de Martel. Le juge Desjardins a invoqué à l'appui les conclusions suivantes du juge de première instance: (1) la CCÉA n'avait pas exigé initialement que ses locaux soient adjacents et cette exigence avait été ajoutée par négligence au devis descriptif, (2) «une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement sembl[ait] avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse» (par. 37 C.F. et 76 Q.L.), (3) certains des coûts arbitrairement ajoutés à la soumission de Martel étaient attribuables à l'exigence de contiguïté des locaux, (4) aucune mention n'avait été faite des frais d'aménagement qui devraient être engagés si

Martel's bid, and not to the Standard Life bid. Upon closer examination, it can be seen that the above findings related to both the preparation of the tender documents and the evaluation of the bid. Findings (1) and (4) related to the preparation of the tender documents, while findings (2), (3) and (5) related to the subsequent evaluation of the bid.

With respect, we believe that the Court of Appeal erred by conflating the drafting (or preparation) of the tender documents and the tender evaluation issues. The preparation of tender documents and the subsequent evaluation of bids involve different considerations, and each event must, to a certain extent, be analysed separately. As will be explained below, once the bids were submitted in response to the invitation to tender, the so-called Contract A was formed which imposed contractual obligations, both express and implied, on the parties involved in the tender process. While the evaluation of bids directly relates to the performance of this contract, the preparation of the tender documents on the other hand involves events which occurred before this contract was formed. Thus, we believe that the Department's liability with respect to the manner in which the tender documents were drafted, and the way in which the bids were subsequently evaluated, must be addressed separately.

In this connection, we note that counsel for Martel argued before our Court that the Department's duty in tort did not relate to its ability to estimate fit-up costs or evaluate the bids, but rather to its alleged failure to use reasonable care and diligence in drafting the tender specifications. More specifically, Martel contends that the Department was negligent in including the contiguous space as a requirement in the tender documents. In this Court, Martel took a narrower approach on the evaluation issue than did the Court of Appeal.

la CCÉA demeurait dans l'immeuble Martel et (5) les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire avaient été ajoutés à la soumission de Martel, et non à celle de la Standard Life. Un examen plus approfondi révèle que ces conclusions se rapportent tant à l'établissement du dossier d'appel d'offres qu'à l'évaluation de la soumission. Les conclusions (1) et (4) sont liées à l'établissement du dossier d'appel d'offres, alors que les conclusions (2), (3) et (5) ont pour objet l'évaluation subséquente de la soumission.

Avec égards, nous croyons que la Cour d'appel fédérale a eu tort de jumeler les questions relatives à la rédaction (ou à l'établissement) du dossier d'appel d'offres et à l'évaluation des soumissions. Des considérations différentes s'appliquent aux deux volets, de sorte qu'une analyse distincte doit, dans une certaine mesure, avoir lieu pour chacun d'eux. Comme nous l'expliquons ci-après, une fois les soumissions présentées en réponse à l'appel d'offres, un contrat appelé le contrat A était conclu et imposait des obligations contractuelles à la fois explicites et tacites aux parties à l'appel d'offres. Alors que l'évaluation des soumissions se rapporte directement à l'exécution de ce contrat, l'établissement du dossier d'appel d'offres se fonde sur des événements antérieurs à la formation du contrat. Par conséquent, nous estimons que la responsabilité du ministère découlant de la manière dont il a, d'une part, établi le dossier d'appel d'offres puis, d'autre part, évalué les soumissions, doit être examinée séparément.

Signalons à cet égard que l'avocat de Martel a soutenu devant notre Cour que la responsabilité civile délictuelle du ministère n'était pas liée à sa capacité d'estimer les frais d'aménagement ou d'évaluer les soumissions, mais plutôt à la prudence et la diligence raisonnables dont il aurait dû faire preuve dans l'établissement du devis descriptif. Plus précisément, Martel fait valoir que le ministère a fait preuve de négligence en incluant, dans le dossier d'appel d'offres, une exigence portant que les locaux devaient être adjacents. Devant notre Cour, Martel a réduit la portée de l'argumentation qu'elle avait présentée à la Cour d'appel. Nous avons néanmoins examiné la question de

However, we have reviewed the evaluation issue as dealt with in the Court of Appeal.

l'évaluation des soumissions telle qu'elle a été considérée par la Cour d'appel.

78 But before doing so, we should briefly recall the general principles of the law of tenders to set the stage for discussing the alleged negligence in the preparation of the tender documents and any liability arising in the evaluation of the bids. We will also review how the law of contract applies to the tender process in this case, as we find it important to discuss the nature of the tender process and the duties which generally flow from it. A discussion of Martel's negligence claim will then follow.

Auparavant, toutefois, nous rappellerons brièvement les principes généraux du droit applicable aux appels d'offres afin de situer dans son contexte l'analyse de la négligence dont l'appelante aurait fait preuve en établissant le dossier d'appel d'offres et l'examen de toute responsabilité découlant de l'évaluation des soumissions. Nous rappellerons en outre comment le droit contractuel s'applique à la procédure d'appel d'offres en l'espèce, étant donné qu'il nous paraît important d'analyser la nature du processus et les obligations qui en découlent généralement. Nous examinerons ensuite l'allégation de négligence formulée par Martel.

(b) The Tendering Process

b) La procédure d'appel d'offres

(i) *General Principles of the Law of Tenders*

(i) *Principes généraux du droit applicable à l'appel d'offres*

79 Any discussion of the duties or obligations arising from the tender process must begin with reference to *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. This case established that an invitation to tender may constitute an offer to contract which, upon the submission of a bid in response to the call for tenders, may become a binding contract. Estey J. explained that this contract, which he labelled "Contract A", imposed certain obligations upon the contractor who had submitted a tender. He differentiated this contract from "Contract B", the ultimate construction contract resulting from the award of one of the tenders.

Le point de départ de toute analyse des obligations découlant d'un appel d'offres est l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111. Notre Cour a statué que l'invitation à présenter une soumission peut constituer une offre de contracter qui, dès la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres, peut donner naissance à un contrat obligatoire. Le juge Estey a expliqué que ce contrat, appelé «contrat A», impose des obligations à l'entrepreneur qui a présenté une soumission. Il a établi une distinction entre ce contrat et le «contrat B», soit le contrat d'entreprise résultant de l'acceptation de l'une des soumissions.

80 In *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, this Court confirmed that Contract A also imposes obligations on the owner. It further explained that *Ron Engineering* does not stand for the proposition that Contract A will always be formed, nor that the irrevocability of the tender will always be a term of such contract. Whether the tendering process creates a preliminary contract is dependant upon the terms and conditions of the tender call. This Court stated as follows, at para. 19:

Dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, notre Cour a confirmé que le contrat A imposait également des obligations au propriétaire. Elle a nié avoir statué, dans l'arrêt *Ron Engineering*, que le contrat A est toujours formé ou qu'il stipule toujours l'irrévocabilité de la soumission. La formation d'un contrat préalable dans le cadre de l'appel d'offres dépend toujours des conditions de ce dernier. Notre Cour a dit ce qui suit au par. 19:

What is important, therefore, is that the submission of a tender in response to an invitation to tender may give rise to contractual obligations, quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender, depending upon whether the parties intend to initiate contractual relations by the submission of a bid. If such a contract arises, its terms are governed by the terms and conditions of the tender call.

The Court also held that, while the terms stipulated in tender documents created express obligations in the context of Contract A, this contract, like all contracts, could also include implied obligations. The inclusion of implied terms may be based on custom or usage, as the legal incidents of a particular class or kind of contract, or based on the presumed intention of the parties where it is necessary to give a contract business efficacy or where it meets the “officious bystander” test: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775; *M.J.B. Enterprises, supra*, at para. 27.

The tender documents involved in *M.J.B. Enterprises* included, as in the case at bar, a privilege clause stating that the lowest or any tender would not necessarily be accepted. The Court noted that in determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract. In light of the privilege clause, the Court rejected the proposition that the party who had instigated the tender call was required to accept the lowest compliant tender. The express language of the tender documents, which manifested a contrary intention, governed. However, an obligation to accept only compliant bids could be implied based on the presumed intention of the parties. This obligation was not incompatible with the privilege clause.

It is now well established that parties to a tender process may have reciprocal obligations arising from Contract A either expressly or impliedly. In the case at bar, Desjardins J.A. held that the appel-

L'important, donc, c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres.

Notre Cour a également statué que même si les stipulations énoncées dans le dossier d'appel d'offres créaient des obligations explicites dans le contexte du contrat A, ce dernier, comme tous les contrats, pouvait aussi créer des obligations implicites. Il peut y avoir de telles conditions implicites fondées sur une coutume ou un usage, en tant que particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrat ou fondées sur l'existence d'une intention présumée des parties, lorsque cela est nécessaire pour donner de l'efficacité commerciale à un contrat ou pour permettre de satisfaire au critère de l'«observateur objectif»: *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, à la p. 775, et *M.J.B. Enterprises*, précité, au par. 27.

Dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*, le dossier d'appel d'offres renfermait, comme en l'espèce, une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne serait nécessairement retenue. Notre Cour a indiqué que, pour déterminer l'intention des parties, il faut tenir compte des conditions expressément stipulées dans le contrat. Au vu de la clause de réserve, elle a écarté la prétention voulant que l'auteur de l'appel d'offres soit tenu d'accepter la soumission conforme la plus basse. Le libellé exprès du dossier d'appel d'offres, qui traduisait l'intention contraire, prévalait. Toutefois, l'obligation de n'accepter que des soumissions conformes découlait implicitement de l'intention présumée des parties. Cette obligation n'était pas incompatible avec la clause de réserve.

Il est désormais bien établi que les parties à un appel d'offres peuvent avoir des obligations synallagmatiques en vertu du contrat A et que ces obligations peuvent être explicites ou implicites. Dans

81

82

83

lant owed the respondent a duty of care in tort to treat all bidders fairly and equally. However, she explained that such duty arose out of a coextensive implied contractual obligation.

la présente affaire, le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a estimé que, suivant le droit de la responsabilité civile délictuelle, l'appelante avait envers l'intimée une obligation de diligence selon laquelle elle devait traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle a cependant expliqué qu'une telle obligation découlait d'une obligation contractuelle implicite concomitante.

84 Various appellate courts have found the need to imply a contractual term into Contract A to treat all bidders fairly and equally. *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), is often referred to as one of the earlier cases suggesting such a duty. Also, in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241, the British Columbia Court of Appeal unanimously held at p. 248 that the party calling for tenders was under a duty to "treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others". Legg J.A., speaking for the Court, concluded that the owner had breached this implied contractual obligation by adopting a policy of preferring local contractors whose bids were within 10 percent of the lowest bid in awarding the contract, when that preference was not revealed by, nor stated in, the tender documents. The tenderers were not notified of this policy to avoid alerting local contractors to the fact that they were afforded a preference. It was held that the privilege clause did not give the owner the right to attach an undisclosed condition to its offer.

Différentes cours d'appel ont conclu à la nécessité d'interpréter le contrat A comme comportant l'obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. On cite souvent l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), comme l'une des premières décisions rendues en ce sens. De même, dans *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 248, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué à l'unanimité à la p. 248 que l'auteur de l'appel d'offres avait l'obligation de [TRADUCTION] «traiter tous les soumissionnaires équitablement et de n'accorder aucun avantage injustifié à l'un d'eux». S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Legg a conclu que le propriétaire avait manqué à cette obligation contractuelle implicite en adoptant une politique conférant un avantage aux entrepreneurs de la région dont les soumissions étaient d'au plus 10 pour 100 supérieures à la soumission la plus basse aux fins de l'adjudication du contrat, alors que le dossier d'appel d'offres n'en faisait aucune mention. Les soumissionnaires n'étaient pas informés de cette politique afin que les entrepreneurs régionaux ne sachent pas qu'ils bénéficiaient d'un avantage. La Cour d'appel a conclu que la «clause de réserve» ne conférait pas au propriétaire le droit d'appliquer une condition non divulguée dans le dossier d'appel d'offres.

85 The implied contractual duty of fair and equal treatment was also discussed in *Martselos Services Ltd. v. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65 (N.W.T.C.A.), leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. viii. The majority held that in order to protect the integrity of the bidding system, there should be "a duty to treat all bidders equally but

L'obligation contractuelle implicite de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité fait également l'objet d'une analyse dans *Martselos Services Ltd. c. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65 (C.A.T.N.-O.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii. La majorité a conclu que, pour protéger l'intégrité du mécanisme

still with due regard to the contractual terms incorporated into the tender call” (p. 71). See also: *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132 (C.A.); *Tarmac Canada Inc. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236 (Ont. C.A.); *Vachon Construction Ltd. v. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307 (B.C.C.A.); *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609 (Nfld. C.A.). Many other lower courts have also recognized an implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally: *Murphy v. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34 (P.E.I.S.C.T.D.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.); *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Yorkton Flying Services Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184 (Sask. Q.B.). It should be noted that to the extent that any of the foregoing cases may be interpreted as suggesting that the lowest bid must be accepted despite the presence of a privilege clause, or that the irrevocability of the tender must form part of Contract A, we reiterate that such approach has clearly been rejected by this Court: *M.J.B. Enterprises, supra*.

(ii) *Application of the Law of Tenders*

Pursuant to the foregoing, we are of the view that the parties in the case at bar intended to initiate contractual relations by the call for and submission of the tender. The Department offered to consider bids for the lease of the AECB space through a two-stage tender process. An expression of interest first appeared in the *Ottawa Citizen* newspaper on October 27, 1992. Then, on November 26, the Department couriered to four parties, including Martel, a formal invitation to submit a tender for

d’appel d’offres, il devait exister [TRADUCTION] «une obligation de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d’égalité, mais en tenant dûment compte des stipulations contractuelles intégrées à l’appel d’offres» (p. 71). Voir également *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l’Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132 (C.A.); *Tarmac Canada Inc. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236 (C.A. Ont.); *Vachon Construction Ltd. c. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307 (C.A.C.-B.); et *Health Care Developers Inc. c. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609 (C.A.T.-N.). De nombreux autres tribunaux inférieurs ont également reconnu l’existence d’une obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité: *Murphy c. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34 (C.S.Î.-P.-É., 1^{re} inst.); *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.); *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (C. Ont. (Div. gén.)); et *Yorkton Flying Services Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184 (B.R. Sask.). Rappelons que, même si on peut déduire de certaines de ces décisions que la soumission la plus basse doit être retenue malgré l’existence d’une clause de réserve ou que l’irrévocabilité de la soumission doit découler du contrat A, notre Cour a clairement rejeté ces hypothèses (voir *M.J.B. Enterprises*, précité).

(ii) *Application du droit régissant les appels d’offres*

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis que les parties au présent pourvoi ont voulu établir des rapports contractuels par le lancement de l’appel d’offres et par la présentation d’une soumission. Au moyen d’un appel d’offres comportant deux étapes, le ministère a offert de considérer des soumissions pour la location de locaux destinés à la CCÉA. Un premier appel sollicitant des manifestations d’intérêt a été publié dans le quotidien *Ottawa Citizen* le 27 octobre 1992. Le 26 novembre suivant, le ministère a transmis à quatre parties, dont Martel, une invitation officielle à présenter une offre de location de locaux destinés à la

the AECB space requirement, together with the Lease Tender Document package.

87

While the tender documents contained detailed terms and conditions pertaining to the ultimate leasing contract to be entered into, they also included terms and conditions governing the relations of the parties under Contract A (see especially the Instructions to Offerors, the Statement of Requirements, and the Offer Form). The bidders were required to comply with the provisions, requirements and standards of the Lease Tender Document, as established by the Department (see clause 3.2 of the Instructions to Offerors). Tenderers were also instructed to include a security deposit with their sealed tender. In submitting a tender in response to the formal invitation, Martel accepted the Department's offer and agreed to comply with its requirements (see clauses 2.1 and 2.2.1 of the Offer Form). Following the analysis in *Ron Engineering* and *M.J.B. Enterprises*, Contract A clearly came into being in the circumstances of this case. Significantly, counsel do not dispute the emergence of Contract A.

88

In the circumstances of this case, we believe that implying a term to be fair and consistent in the assessment of the tender bids is justified based on the presumed intentions of the parties. Such implication is necessary to give business efficacy to the tendering process. As discussed above, this Court agreed to imply a term in *M.J.B. Enterprises* that only compliant bids would be accepted since it believed that it would make little sense to expose oneself to the risks associated with the tendering process if the tender calling authority was "allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid" (para. 41). Similarly, in light of the costs and effort associated with preparing and submitting a bid, we find it difficult to believe that the respondent in this case, or any of the other three tenderers, would have submitted a bid unless it was understood by those involved that all bidders would be treated fairly and equally. This implication has a certain degree of obviousness to it to the extent that the parties, if questioned, would clearly agree that this obligation had been assumed. Implying an obligation to treat all

CCÉA, de pair avec le document d'offre de location.

Le dossier d'appel d'offres renfermait des stipulations détaillées concernant le bail éventuel, mais il énonçait également les stipulations régissant les rapports entre les parties suivant le contrat A (voir en particulier les Instructions aux proposants, l'Énoncé des besoins et la formule de soumission). Les soumissionnaires étaient tenus de se conformer aux dispositions, aux exigences et aux normes du document d'offre de location établies par le ministère (se reporter à la clause 3.2 des Instructions aux proposants). La soumission cachetée devait également renfermer un dépôt de garantie. En présentant une soumission en réponse à l'invitation formelle, Martel a accepté l'offre du ministère et s'est engagée à respecter ses exigences (voir les clauses 2.1 et 2.2.1 de la formule de soumission). Suivant l'analyse à laquelle s'est livrée notre Cour dans les affaires *Ron Engineering* et *M.J.B. Enterprises*, le contrat A a clairement vu le jour dans les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, les avocats ne contestent pas l'existence de ce contrat.

Vu les faits de la présente affaire, nous croyons qu'il est justifié de conclure, à partir de l'intention présumée des parties, qu'il existait une obligation implicite d'évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme. Une telle condition implicite s'impose aux fins de l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres. Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre Cour a accepté, dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*, de présumer l'existence d'une condition selon laquelle seules les soumissions conformes seraient acceptées, car elle croyait qu'aucun soumissionnaire raisonnable ne s'exposerait aux risques inhérents à l'appel d'offres si l'administration adjudicative «peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme» (par. 41). De même, compte tenu des sommes et des efforts exigés par l'établissement et la présentation d'une offre, il nous est difficile de croire que l'intimée, ou l'un ou l'autre des trois autres soumissionnaires, auraient présenté une offre s'ils n'avaient pas cru que tous les soumissionnaires seraient traités équitablement et sur un pied d'égalité. Le

bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process, and benefits all participants involved. Without this implied term, tenderers, whose fate could be predetermined by some undisclosed standards, would either incur significant expenses in preparing futile bids or ultimately avoid participating in the tender process.

A privilege clause reserving the right not to accept the lowest or any bids does not exclude the obligation to treat all bidders fairly. Nevertheless, the tender documents must be examined closely to determine the full extent of the obligation of fair and equal treatment. In order to respect the parties' intentions and reasonable expectations, such a duty must be defined with due consideration to the express contractual terms of the tender. A tendering authority has "the right to include stipulations and restrictions and to reserve privileges to itself in the tender documents" (*Colautti Brothers, supra*, at para. 6).

For ease of reference, we reproduce below the relevant clauses of the tender documents.

Instructions to Offerors

3. EVALUATION PROCESS

3.1 The evaluation of Offers received is an on-going process and the Lessee reserves the right to terminate any further consideration of any Offer at any time during the Acceptance Period.

3.4 In undertaking the financial analysis, the Lessee will discount all cash flows, including front-end costs, and incentives, as they happen over the origi-

bien-fondé de cette déduction est assez manifeste, car si on les avait interrogées, les parties auraient clairement convenu qu'elles supposaient l'existence d'une telle obligation. L'existence présumée d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité est compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres et bénéficie à tous les participants en cause. Sans cette condition implicite, les soumissionnaires, dont le sort pourrait être réglé à l'avance par des normes inconnues d'eux, soit engageraient des frais considérables pour l'établissement de soumissions inutiles, soit éviteraient de prendre part à l'exercice.

Une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne sera nécessairement retenue n'exclut pas l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Il faut néanmoins soumettre le dossier d'appel d'offres à un examen attentif pour déterminer toute la portée de cette obligation. Afin de respecter l'intention des parties et leurs attentes raisonnables, il faut circonscrire cette obligation en tenant dûment compte des conditions contractuelles expresses de l'appel d'offres. L'administration adjudicative a [TRADUCTION] «le droit, en établissant le dossier d'appel d'offres, de stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges» (*Colautti Brothers*, précité, au par. 6).

Voici les extraits pertinents du dossier d'appel d'offres.

Instructions aux proposant

3. MÉTHODE D'ÉVALUATION

3.1 L'évaluation des offres est un processus continu et le Locataire se réserve le droit de mettre fin à l'évaluation de n'importe quelle offre n'importe quand au cours de la période d'acceptation.

3.4 Lorsqu'il entreprendra l'analyse financière, le Locataire actualisera tous les flux de liquidité comme ils se produiront tout au cours du terme initial du bail

nal term of the Lease, (extensions are excluded). All cash flows are then depicted as a net present value cost to the Crown fixed as of the commencement date of the Lease.

- (a) In completing the financial analysis, the Lessee will make certain estimates for this project, including, but not limited to, the following:

.1 fit-up costs (including but not limited to, all or part of the Unit Costs supplied for estimated quantities deemed necessary in the Lessee's opinion to fulfil the fit-up requirements);

.2 moving costs;

.3 signage;

.4 screens; and,

.5 consultants.

- (b) In addition to the above, in cases where the premises offered are currently under lease by the Lessee and it is estimated by the Lessee, in its sole opinion, that a temporary relocation of the occupants and/or furniture could become necessary to allow for the completion of all or any portion of the improvements to be made to the premises (this includes the improvements to be completed by both the Offeror and the Lessee), the Lessee may also make certain estimates of the additional costs expected to be incurred by the Lessee including, but not limited to, the following:

(aa) moving of furniture and equipment;

(bb) fit-up costs of temporary accommodation;

(cc) all rental costs of suitable temporary accommodation; and,

(dd) installation of telecommunications equipment.

- (c) For the purpose of the financial analysis, the following provisions will apply:

(i) all costs estimated by the Lessee shall be final;

(ii) the measurements quoted in the Offer will be utilized;

(iii) with respect to any allowance which is unclear, the Lessee's decision on how to apply the allowance in the analysis shall be final.

- 3.5 Notwithstanding 3.3 above, the Lessee reserves the unqualified right to do a comparative evaluation of all Offers received and evaluate them based on con-

(les prolongations seront exclues), y compris les coûts initiaux et les allocations. Tous les flux de liquidité seront alors représentés en coûts actualisés nets à la Couronne à la date du début du bail.

- a) Le Locataire fera certaines estimations pour ce projet, incluant, mais ne se limitant pas aux suivantes:

.1 frais d'aménagement (incluant, en entier ou en partie, mais ne se limitant pas à ceux-ci, les coûts unitaires fournis pour les estimations de quantités que le Locataire jugera nécessaires, à sa seule discrétion, pour rencontrer (sic) les besoins de l'aménagement;

.2 frais de déménagement;

.3 signalisation;

.4 cloisons; et

.5 experts-conseils.

- b) Dans les cas où les locaux offerts sont déjà pris à bail par le Locataire et qu'il estime, à sa seule discrétion, qu'un déménagement temporaire des occupants ou du mobilier pourrait s'avérer nécessaire pour permettre l'achèvement d'une partie ou de toutes les améliorations à être apportées aux locaux, (ce qui comprend les améliorations apportées par le Proposant et le Locataire), le Locataire pourra également faire certaines estimations des frais additionnels qu'il pourrait engager, incluant, mais ne se limitant pas aux suivantes:

i) déménagement du mobilier et du matériel;

ii) frais d'aménagement pour les locaux temporaires;

iii) tous les frais de location pour des locaux temporaires acceptables; et

iv) installation d'équipement de télécommunication.

- c) Aux fins de l'analyse financière, les dispositions suivantes s'appliqueront:

i) toutes les estimations de coût faites par le Locataire seront finales;

ii) les superficies cotées dans l'Offre seront utilisées;

iii) lorsqu'il existera des doutes à l'égard du traitement des allocations, la décision faite (sic) par le Locataire lors de l'analyse sera finale.

- 3.5 Malgré ce qui précède à la clause 3.3, le Locataire se réserve le droit absolu de comparer les offres reçues et de les évaluer en fonction du meilleur rap-

siderations which in the sole opinion of the Lessee would yield to the Lessee the best value. This evaluation may be on such matters as, but not limited to, quality of space offered, the efficiency of the space offered, building design and access, and the level at which all requirements are met or achieved in comparison to the rental rate being requested.

4. ACCEPTANCE

- 4.1. The Lessee may accept any Offer whether it is the lowest or not or may reject any or all Offers. [Emphasis added.]

Moreover, the document referred to as “Statement of Requirements” outlined the type of space required:

5. SPACE

5.1 Category and amount of space required:

- (a) Basic office space: approximately but not less than 7,420 contiguous square metres. [Emphasis added.]

The express terms of the tender call clearly conferred upon the Department significant latitude in evaluating the tenders. Not only did the Lease Tender Document include the standard privilege clause, but it also outlined factors which could be considered by the Department in evaluating the tenders. Notably, the provisions of the Lease Tender Document explicitly left it up to the lessee to determine which fit-up costs were necessary (see clause 3.4(a).1), and indicated that the Department’s cost estimates would be final (see clause 3.4(c)(i)). The breadth of the Department’s discretion in analysing the bids is further highlighted by clause 3.5 of the Instructions to Offerors. This language is clear and unequivocal, and was included in the specifications which were sent to Martel.

While the Lease Tender Document affords the Department wide discretion, this discretion must nevertheless be qualified to the extent that all bidders must be treated equally and fairly. Neither the privilege clause nor the other terms of Contract A nullify this duty. As explained above, such an

port qualité-prix tel que déterminé par le Locataire, à sa seule discrétion. Cette évaluation peut porter [sur] des aspects tels que, mais ne se limitant pas à ceux-ci, la qualité et la fonctionnalité des locaux offerts, la conception de l’édifice et son accessibilité, ainsi que le niveau auquel l’édifice satisfait à toutes les exigences par rapport au total des coûts actualisés nets à la Couronne.

4. ACCEPTATION

- 4.1. Le Locataire peut accepter quelque offre que ce soit, qu’elle soit de moindre coût ou non, ou peut rejeter l’une quelconque des offres ou toutes les offres. [Nous soulignons.]

Par ailleurs, le document intitulé «Énoncé des besoins» précisait le type de locaux recherché:

5. DESCRIPTION DES LOCAUX

5.1 Catégorie et superficie exigées:

- a) locaux de base à usage de bureaux: environ mais pas moins de [7 420] mètres carrés [adjacents]; [Nous soulignons.]

Le libellé exprès de l’appel d’offres confère clairement au ministère une grande latitude dans l’évaluation des soumissions. Non seulement le document d’offre de location renferme la «clause de réserve» habituelle, mais il énonce les facteurs dont le ministère pourra tenir compte pour évaluer les soumissions. Plus particulièrement, les dispositions de ce document laissent explicitement au locataire le soin de déterminer le montant des frais d’aménagement qui devront être engagés (clause 3.4a).1) et indiquent que les estimations de coût faites par le ministère seront finales (clause 3.4c)i)). L’étendue du pouvoir discrétionnaire du ministère aux fins de l’évaluation des soumissions ressort en outre de la clause 3.5 des Instructions aux proposants. Ce libellé clair et sans équivoque faisait partie du devis descriptif transmis à Martel.

Bien que le document d’offre de location investisse le ministère d’un large pouvoir discrétionnaire, celui-ci est limité du fait que tous les soumissionnaires doivent néanmoins être traités sur un pied d’égalité et de manière équitable. Ni la clause de réserve ni les autres conditions du contrat A

implied contractual duty is necessary to promote and protect the integrity of the tender system.

93 In assessing the competing bids, the Department engaged in a financial analysis. In the courts below, questions were raised with respect to the costs added to the respondent's bid relating to fit-ups, the contiguous space requirement, and a secured card access system.

94 Admittedly, \$812,736 was added to the Martel bid for fit-up costs. However, as the Department pointed out, the Court of Appeal appears to have ignored that fit-up costs were also added to the other three bidders. In fact, \$2,362,231.20 was added to the Commonwealth Building bid, \$2,951,750.20 to the Constitution Square Tower II bid, and \$1,808,179.80 to the Standard Life bid. These figures were derived from the Unit Price Tables submitted by each tenderer as part of their bid, using a general scenario to fit-up a 900 square metre area. This resulted in an average cost per square metre of fitted-up space. A certain percentage was then added uniformly to the four rates to account for increased costs that the Department had experienced in the past when using this computation.

95 We cannot find any breach of Contract A related to the addition of fit-up costs. The Department was expressly entitled to add fit-up costs which it deemed necessary. Furthermore, fit-up costs were added to all bids, using the same standard or method of calculation. In this regard, the Department complied with its implied contractual obligation to treat all bidders fairly and equally. A duty to treat all bidders fairly in this context means treating all bids consistently, applying assumptions evenly. There is no evidence of any colourable attempt to use fit-ups to achieve a desired result. In light of the trial judge's finding that "it was fit-up

n'ont pour effet de soustraire le ministère à cette obligation. Comme nous l'expliquons précédemment, l'existence d'une telle obligation contractuelle implicite est nécessaire pour promouvoir et protéger l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres.

Pour évaluer les soumissions concurrentes, le ministère a eu recours à une analyse financière. Devant les tribunaux inférieurs, des questions ont été soulevées relativement aux coûts ajoutés à la soumission de l'intimée pour l'exécution de travaux d'aménagement, le respect de l'exigence de contiguïté des locaux et l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire.

Il est établi que la somme de 812 736 \$ a été ajoutée à la soumission de Martel au titre des frais d'aménagement. Cependant, comme le signale le ministère, la Cour d'appel fédérale paraît avoir fait fi de l'ajout de tels frais aux trois autres soumissions. De fait, la somme de 2 362 231,20 \$ a été ajoutée à la soumission de Commonwealth Building, la somme de 2 951 750,20 \$ à la soumission de Constitution Square Tower II et la somme de 1 808 179,80 \$ à la soumission de la Standard Life. Ces montants ont été établis à partir du tableau du prix unitaire joint à chacune des soumissions, en fonction de l'aménagement hypothétique de locaux ayant une superficie de 900 mètres carrés. L'exercice a permis d'établir le coût moyen d'un mètre carré aménagé. Un certain pourcentage a ensuite été ajouté uniformément aux quatre tarifs de location pour tenir compte des dépassements de coûts que le ministère avait connus dans le passé après s'être fié à de tels calculs.

Nous sommes d'avis que l'ajout des frais d'aménagement n'emporte pas l'inexécution du contrat A. Le ministère était expressément habilité à ajouter les frais d'aménagement jugés nécessaires. En outre, ces frais ont été ajoutés à toutes les soumissions suivant la même norme ou méthode de calcul. À cet égard, le ministère s'est conformé à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Dans ce contexte, l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement consiste à évaluer les soumissions uniformément en se fondant sur les mêmes hypothèses.

costs . . . that made the plaintiff's bid the second lowest rather than the lowest bid" (para. 57), the respondent's claim is considerably weakened.

Martel also argued that, in evaluating its bid, the Department should have taken into account its recent expenditure of \$1.4 million to improve the AEBCB's premises in the Martel Building. With respect, we disagree. Martel is essentially asking to be given special treatment based on its previous relationship with the Department. However, this would clearly give Martel an unfair advantage over the other bidders. It must be remembered that upon submitting a tender in response to the invitation to tender, the other three bidders also entered into Contracts A with the Department. Therefore, pursuant to the implied obligation of fair and equal treatment, the Department acted properly in disregarding any past or planned improvements of the Martel Building by not accounting for them in Martel's bid.

With respect to the costs related to the contiguous space specification, it cannot be maintained that these costs should not have been added to Martel's bid where such requirement was an express term of Contract A: Statement of Requirements, clause 5.1(a). In assessing Martel's bid, the Department prepared two "scenarios" which illustrated the costs involved should the AEBCB remain in the Martel Building. The first scenario detailed the costs to be incurred should AEBCB be reorganized onto contiguous floors (Scenario A), while the second provided the figures to be added for non-contiguous space should the tenant remain *in situ* (Scenario B). At trial, when asked why Scenario A was ultimately chosen for the purpose of the

Rien ne permet de conclure que le ministère s'est servi des frais aménagement comme prétexte pour obtenir le résultat souhaité. Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle «ce sont les coûts d'aménagement [...] qui faisaient en sorte que la demanderesse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57), la position défendue par l'intimée est considérablement affaiblie.

Martel a par ailleurs fait valoir que, pour évaluer sa soumission, le ministère aurait dû tenir compte de la somme de 1 400 000 \$ qu'elle avait récemment engagée pour apporter des améliorations aux locaux de l'immeuble Martel occupés par la CCÉA. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. Martel souhaite essentiellement bénéficier d'un traitement de faveur en raison de ses rapports antérieurs avec le ministère. Or, accéder à sa demande lui conférerait manifestement un avantage injuste par rapport aux autres soumissionnaires. Il faut se rappeler que les trois autres soumissionnaires ont également conclu des contrats A avec le ministère en présentant une soumission en réponse à l'appel d'offres. Par conséquent, conformément à l'obligation implicite du ministère de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité, c'est à bon droit qu'il a fait fi des améliorations passées ou prévues à l'immeuble Martel en omettant d'en tenir compte dans l'évaluation de la soumission de Martel.

En ce qui concerne les coûts liés à l'exigence de contiguïté des locaux, on ne peut soutenir que ces coûts n'auraient pas dû être ajoutés à la soumission de Martel puisque cette exigence correspondait à une condition expresse du contrat A (Énoncé des besoins, clause 5.1a). Pour évaluer la soumission de Martel, le ministère a établi deux «scénarios» illustrant les coûts qu'occasionnerait le maintien de la CCÉA dans l'immeuble Martel. Le premier scénario donnait le détail des coûts qui seraient engagés si la CCÉA emménageait à des étages adjacents (scénario A), tandis que le second indiquait les sommes devant être ajoutées à la soumission en raison de la non-contiguïté des étages si la locataire conservait les mêmes locaux (scénario

calculation, Mr. Mahar explained that “Scenario A is what was required in the tender”. Mr. Mahar also testified that “Scenario A follows the letter of the tender document. We had asked for 7,420 usable square metres of contiguous space”.

98

Consistent with the principles canvassed above, we find that not only was the Department entitled to apply the contiguous space requirement to Martel’s bid, but the Department was also in fact required to adopt that scenario consistent with the Lease Tender Document. The contiguous space requirement was an express term of Contract A. To ignore that requirement would have resulted in a violation of that provision. Moreover, as all other bidders were expected to take into account and to comply with the contiguous space requirement in responding to the tender, the Department was bound, under its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally, to apply this specification to Martel. Martel could not be given any unfair advantage based on its previous relationship with the Department. Thus, in subjecting Martel to the explicit words of the tender document, the Department fulfilled its obligation to all parties.

99

As discussed above, we believe that in conducting its financial analysis, the Department did not breach any duty by adding costs for fit-ups and contiguous space to Martel’s bid. However, the addition of \$60,000 solely to Martel’s bid to account for a secured card system is problematic. At trial, Mr. Mahar explained that the costs for this option had been added to Martel’s figures because the “other three buildings that [they] were looking at had that capability”. However, the trial judge noted that “[t]his was not entirely true” since the Department “subsequently had to install systems in

B). En première instance, lorsqu’on lui a demandé pourquoi le scénario A avait finalement été retenu aux fins de l’estimation, M. Mahar a expliqué que [TRADUCTION] «[l]e scénario A correspondait à ce qui était exigé dans l’appel d’offres». M. Mahar a ajouté que [TRADUCTION] «[l]e scénario A se conformait à la lettre au dossier d’appel d’offres. Nous avions demandé des locaux adjacents d’une superficie utilisable de 7 420 mètres carrés».

Conformément aux principes énoncés précédemment, nous arrivons à la conclusion que non seulement le ministère pouvait appliquer la condition de la contiguïté des locaux en évaluant la soumission de Martel, mais également que le ministère était en fait tenu de retenir le scénario compatible avec le document d’offre de location. La contiguïté des locaux était une condition expresse du contrat A et en faire fi aurait constitué une inexécution contractuelle. De plus, comme on s’attendait à ce que tous les autres soumissionnaires tiennent compte de cette exigence et s’y conforment en donnant suite à l’appel d’offres, le ministère devait, en raison de son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité, évaluer la soumission de Martel en fonction de cette exigence. Aucun avantage injuste ne pouvait être accordé à cette dernière en raison de ses rapports antérieurs avec le ministère. Partant, en assujettissant Martel au libellé explicite du dossier d’appel d’offres, le ministère s’est acquitté de son obligation envers toutes les parties.

Comme nous l’avons indiqué précédemment, nous croyons que le ministère, en procédant à l’analyse financière de la soumission de Martel, n’a pas manqué à ses obligations en ajoutant à celle-ci les coûts afférents à l’aménagement et à la contiguïté des locaux. Cependant, la majoration de 60 000 \$ de la seule soumission de Martel pour l’installation d’un système de cartes d’accès sécuritaire suscite des interrogations. Au procès, M. Mahar a expliqué que cette somme avait été imputée à la soumission de Martel parce que les [TRADUCTION] «trois autres immeubles en cause étaient dotés d’un tel système». Or, le juge de première instance a fait remarquer que «[c]ela n’était

two of the Standard Life building elevators” (para. 60).

Given the clear provision included in the tender document which specified that the Department reserved to itself broad rights in evaluating the bids based on its own considerations, we do not find that the addition of such costs was problematic *per se*. However, the Department failed to add the secured card costs consistently to all bids. Consequently, the appellant breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally in this respect only.

However, counsel for the Department argued before our Court that the addition of the secured card system of \$60,000 is a non-issue since the difference between the successful bid and Martel’s bid was over \$500,000. This leads us to the question of causation.

To be recoverable, a loss must be caused by the contractual breach in question. As noted above, the only breach of Contract A is limited to the addition of the security system costs to Martel’s bid. However, we conclude that damages for this breach of Contract A are precluded for want of causation. We also find that the Department’s breach did not cause Martel to lose a reasonable expectation of receiving Contract B. Even if the costs for a security system were deducted from Martel’s bid (or also added to the Standard Life bid), the difference between the two bids would remain significant. While the trial judge noted that “it was fit-up costs . . . that made the plaintiff’s bid the second lowest rather than the lowest” (para. 57 (emphasis added)), the fit-up costs, as explained above, were added fairly and consistently to all bidders. At the end of the day, we also believe that Martel lost Contract B because Standard Life made a better offer. In this respect, we note that Standard Life included compelling inducements in its bid which the Department discounted in evaluating that bid, as clause 3.4 of the Instructions to Offerors en-

pas entièrement exact», étant donné que le ministère «a dû, plus tard, installer de tels systèmes dans deux des ascenseurs de l’immeuble de la Standard Life» (par. 60).

Comme le dossier d’appel d’offres renfermait une disposition claire selon laquelle le ministère se réservait des droits étendus pour évaluer les soumissions en fonction de ses propres critères, nous ne croyons pas que l’ajout des coûts en question posait un problème en soi. Toutefois, le ministère n’a pas ajouté uniformément à toutes les soumissions les frais d’installation d’un système de cartes d’accès sécuritaire. Par conséquent, il a manqué, à cet égard seulement, à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité.

L’avocat du ministère a cependant soutenu devant notre Cour que la majoration de 60 000 \$ au titre de l’installation d’un système de sécurité est sans conséquence, puisque l’écart entre la soumission retenue et celle de Martel se chiffrait à plus de 500 000 \$. Ce qui nous amène à la question du lien de causalité.

Pour être susceptible d’indemnisation, la perte doit avoir été causée par le manquement à l’obligation contractuelle en cause. Comme nous l’avons mentionné précédemment, la seule inexécution du contrat A consiste dans l’ajout à la soumission de Martel des coûts d’installation du système de sécurité. Toutefois, nous arrivons à la conclusion que l’absence d’un lien de causalité exclut l’adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat A. Nous concluons également que le manquement du ministère n’est pas la cause de la perte, par Martel, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat B. Même si les coûts afférents au système de sécurité étaient soustraits du montant de la soumission de Martel (ou également ajoutés à celui de la soumission de la Standard Life), l’écart entre les deux soumissions demeurerait important. Le juge de première instance a indiqué que «ce sont les coûts d’aménagement [. . .] qui faisaient en sorte que la demanderesse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57 (nous soulignons)). Or,

100

101

102

bled the Department to do. In effect, Standard Life submitted a significant leasehold improvement allowance plus 18 months of free rent which considerably lowered its bid. While the tender document included a clause that the lowest or any bid would not necessarily be accepted, the Department properly exercised its discretion in awarding Contract B to Standard Life, whose bid in its opinion yielded the best value.

les frais d'aménagement, comme nous l'expliquons précédemment, ont été ajoutés équitablement et uniformément à toutes les soumissions. Enfin, nous croyons par ailleurs que Martel n'a pas obtenu le contrat B parce que la Standard Life a présenté une meilleure offre. À cet égard, précisons que la Standard Life offrait des avantages intéressants que le ministère a actualisés comme le lui permettait la clause 3.4 des Instructions aux proposants. En effet, la Standard Life offrait une allocation importante au titre des améliorations locatives ainsi que 18 mois d'occupation gratuite, ce qui abaissait considérablement le montant de sa soumission. Même si le dossier d'appel d'offres précisait que ni la soumission la plus basse ni aucune autre soumission ne serait nécessairement acceptée, le ministère a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant le contrat B à la Standard Life, dont la soumission, à son avis, offrait le meilleur rapport qualité-prix.

103 We conclude that Martel did not suffer any loss as a result of the conduct of the Department in the evaluation of the bids. The addition of the secured card access system costs by the Department to Martel's bid did not deprive Martel of an opportunity of being selected as the successful bidder.

Nous concluons que Martel n'a subi aucun préjudice imputable au comportement du ministère dans l'évaluation des soumissions. L'ajout à sa soumission du coût d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire n'a pas privé Martel de la possibilité de se voir adjudger le marché.

104 In passing, we note that Desjardins J.A. also framed the loss in question as "the loss of opportunity to fairly participate in the tender" (para. 40). Assuming without deciding that the loss of opportunity to participate fairly is analytically different from, and independent of, the loss of a reasonable expectation of receiving the contract, it is arguable that the addition of the costs for the secured card system caused Martel to lose the opportunity to participate fairly (i.e., subject to equal treatment) in the tender. However, in the circumstances of this case, the addition of \$60,000 to Martel's bid is of such negligible significance that damages would be nominal and judgement on this limited item is

Nous signalons au passage que le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a également estimé que «le préjudice qu'a subi [Martel] consiste à avoir été privée de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable» (par. 40). En supposant que, d'un point de vue analytique, la privation de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable diffère et est indépendante de la privation d'une attente raisonnable d'obtenir le marché, on peut soutenir que l'ajout des coûts afférents au système de cartes d'accès sécuritaire a privé Martel de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable (c.-à-d. d'être traitée sur un pied d'égalité). Or, vu les circonstances de l'espèce, la majoration de la soumission de Martel à raison de 60 000 \$ revêt si peu d'importance que les dommages-intérêts éventuels seraient symboliques et un jugement fondé

not warranted. Accordingly, we would not make any finding of recovery on this point.

(c) General Negligence Claims

(i) *Evaluation of Tenders*

While the tendering relationship is one which is defined by contract, Martel bases its cause of action on tort law. As discussed above with respect to negotiations, recognizing a duty of care in the tendering process would represent an extension of the categories under which recovery for pure economic loss has been granted. As noted above, the Federal Court of Appeal acceded to Martel's tort claim and accepted that the Department owed Martel a tortious duty of care arising out of the implied contractual obligation to treat all bidders fairly. In relation to the evaluation of the tenders, Desjardins J.A. held at para. 37 that the Department had breached its duty of care in tort to act fairly toward Martel based on the trial judge's findings of fact that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appear[ed] to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid"; that some of the costs arbitrarily assessed to Martel's tender were attributable to the contiguous space requirements; and that the cost of a secured card access system had been added to the Martel bid, and not to the Standard Life bid.

In our view, the enumeration of the alleged foregoing breaches clearly reveals that the contract analysis, as canvassed above, subsumes any duty of care that Martel seeks to have recognized under tort. In this connection, we acknowledge that it is well established that an action in tort may lie notwithstanding the existence of a contract. However, it is equally clear that in assessing whether a tortious duty should be recognized where a contract already defines the rights and obligations of the

sur cet élément de portée limitée n'est pas justifié. En conséquence, nous ne reconnaissons aucun droit à l'indemnisation pour ce préjudice.

c) Allégations de négligence générale

(i) *Évaluation des soumissions*

Bien que les rapports entre les parties à l'appel d'offres soient régis par contrat, Martel fonde son droit d'action sur la responsabilité civile délictuelle. Imposer une obligation de diligence aux parties à un appel d'offres, tout comme aux parties à une négociation, élargirait les catégories de pertes purement économiques susceptibles d'indemnisation. Comme nous l'avons signalé précédemment, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'action de Martel fondée sur la responsabilité civile délictuelle et a statué que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel en raison de son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. En ce qui concerne l'évaluation des soumissions, le juge Desjardins a conclu au par. 37 que le ministère avait manqué à son obligation de diligence, suivant le droit de la responsabilité civile délictuelle, savoir à l'obligation de traiter Martel équitablement. Elle s'est fondée sur les conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles «une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement sembl[ait] avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse», une partie des coûts arbitrairement ajoutés à la soumission de Martel était imputable à l'exigence de contiguïté des locaux prévue dans l'appel d'offres et le coût d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire avait été ajouté à la soumission de Martel, et non à celle de la Standard Life.

À notre avis, il ressort de l'énumération des manquements allégués que l'analyse précédente faite sous l'angle contractuel couvre toute obligation de diligence que Martel souhaite voir reconnue en droit de la responsabilité civile délictuelle. À cet égard, nous reconnaissons qu'il est bien établi qu'une action peut être intentée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle malgré l'existence d'un contrat. Cependant, il est également clair que le tribunal appelé à déterminer si

105

106

parties in a chosen relationship, courts will look to the contract as informing that duty. Nothing prevents reliance on a concurrent or alternative liability in tort if the contract does not limit or negative the right to sue in tort. Where concurrent liability in tort and contract exists a party may elect to bring an action in tort in place of an action for breach of contract: see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

l'existence d'une obligation de diligence devrait être reconnue lorsqu'un contrat définit déjà les droits et les obligations des parties dans le contexte de liens librement établis tient compte du contrat pour définir cette obligation éventuelle. Rien n'empêche le tribunal de prendre en considération une obligation concurrente ou subsidiaire en droit de la responsabilité civile délictuelle lorsque le contrat ne restreint pas ou n'exclut pas le droit d'exercer un recours sous ce régime. Lorsqu'il existe des obligations concurrentes en droit de la responsabilité civile délictuelle et en droit de la responsabilité contractuelle, une partie peut opter pour une action délictuelle plutôt que contractuelle: voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, et *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

107 However, in the circumstances of this case, regardless of whether there exists a coextensive duty in tort to treat tenderers fairly and equally in evaluating the bids, Martel's tort claim cannot succeed for the same reasons that a contractual claim would fail. The duty of care alleged in tort in the case at bar is the same as the duty which is implied as a term of Contract A; this is not a case where Martel is suing in tort to avail itself of a more generous limitation period, or some other advantage offered only by tort law.

Or, dans les circonstances de l'espèce, qu'il existe ou non, en droit de la responsabilité civile délictuelle, une obligation concomitante de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité lors de l'évaluation des soumissions, l'action intentée par Martel sous ce régime ne pourrait pas davantage être accueillie qu'une action en responsabilité contractuelle et ce, pour les mêmes motifs. L'obligation de diligence d'origine délictuelle alléguée est identique à l'obligation implicite découlant du contrat A; il ne s'agit pas d'un cas où Martel, en exerçant un recours fondé sur la responsabilité civile délictuelle, cherche à bénéficier d'un délai de prescription plus long ou d'un autre avantage qu'offre ce régime.

108 Finally, we note that Desjardins J.A. relied on two cases to support the view that a duty to treat all bidders fairly and equally has been recognized in the context of tort claims. However, we note that both cases have subsequently been reversed by appellate courts: *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (Ont. C.A.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.), rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). In addition, reliance in tort was necessary because

Enfin, le juge Desjardins invoque deux décisions à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'existence d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité a été reconnue dans le contexte de recours fondés sur la responsabilité civile délictuelle. Or, ces deux décisions ont été infirmées en appel: *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (C.A. Ont.); *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.), inf. par (1999), 62

both cases involved situations where a subcontractor sought redress against the tender calling authority who had received bids from the general contractor. Since there was no privity of contract between the subcontractor and the owner, liability could only be founded in tort. In both cases, the appellate courts refrained from deciding whether or not a duty of care was owed in such situations, and preferred to limit their decisions to the fact that a breach could not be established. We believe that the issue of whether a duty of care can arise between a subcontractor and an owner must be left to a case in which it arises.

(ii) *Drafting of Tender Documents*

We now turn to the Department's alleged negligence in drafting the tender documents. Counsel for Martel focussed on this issue and argued that the requirement for contiguous space had been carelessly inserted into the tender specifications. Martel submitted that without this carelessly added term, no further fit-up assessment would have been necessary.

In the Court of Appeal, Desjardins J.A. found that the Department had been negligent in failing to exercise due care in preparing the tender documents. She stated, at para. 37, that:

[The trial judge] also found that some of the costs arbitrarily assessed to the [respondent]'s bid were attributable to the tender's contiguous space requirements, which had not been required initially by AECB and which, obviously, had been negligently added to the tender specifications by Mr. Mahar, resulting in a higher bid for the [respondent]. [Emphasis added.]

In Desjardins J.A.'s view, this further supported the conclusion that the Department had breached its duty to act fairly towards Martel. Our response is two-fold.

B.C.L.R. 308 (C.A.). De plus, l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle s'imposait, car dans les deux cas, un sous-traitant demandait un redressement contre l'administration adjudicative qui avait reçu des soumissions de l'entrepreneur général. Comme il n'y avait pas de lien contractuel entre le sous-traitant et le propriétaire, la responsabilité ne pouvait être que délictuelle. Dans les deux affaires, la cour d'appel s'est abstenue de trancher la question de savoir s'il existait ou non une obligation de diligence en pareils cas et elle s'est contentée de statuer qu'aucun manquement ne pouvait être établi. Nous croyons que la question de savoir s'il peut exister une obligation de diligence entre un sous-traitant et un propriétaire devra être tranchée plus tard, lorsque les circonstances d'une affaire s'y prêteront.

(ii) *Rédaction du dossier d'appel d'offres*

Nous examinerons maintenant la prétendue négligence du ministère relativement à la rédaction du dossier d'appel d'offres. L'avocat de Martel met l'accent sur ce point et fait valoir que le ministère a fait preuve de négligence en exigeant, dans le devis descriptif, que les locaux soient adjacents. Il prétend que, n'eût été de cette adjonction faite par négligence, aucune évaluation supplémentaire des coûts d'aménagement n'aurait été nécessaire.

Le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a conclu que le ministère avait fait preuve de négligence en omettant de préparer le devis descriptif avec une diligence raisonnable (au par. 37):

[Le juge de première instance] a également conclu que certains des coûts qui avaient été arbitrairement ajoutés à la soumission de [l'intimée] étaient attribuables aux conditions de l'appel d'offres relatives aux locaux adjacents, condition que la CCEA n'avait pas exigée au départ et qui avait été de toute évidence ajoutée par négligence au [devis descriptif] par M. Mahar, d'où la soumission plus élevée de [l'intimée]. [Nous soulignons.]

Selon le juge Desjardins, cet élément confirmait que le ministère avait manqué à son obligation d'agir équitablement envers Martel. Notre avis sur ce point repose sur deux conclusions.

111 First, while Desjardins J.A.'s foregoing passage appears to suggest otherwise, the trial judge did not find that the contiguous space requirements had been negligently added to the tender specifications. This conclusion was reached only in the Federal Court of Appeal. That is not to say that the trial judge did not comment on the preparation of the tender documents. On the contrary, she noted that in the past, Mr. Mahar had only prepared one or two other expression of interest advertisements and that he had been working from a precedent which called for tenders on contiguous space. Reed J. added at para. 36: "if one were seeking *new* space for the AECEB, it would only make sense to require that the space be contiguous" (emphasis in original). We question whether Martel's submission that the contiguous space requirement had been mistakenly added to the specifications can be supported by the trial judge's findings. Martel conceded that contiguous space was a requirement with which all other bidders needed to comply. Therefore, it would be difficult to accept (though we make no finding on this issue) that this requirement was carelessly added in the tender specifications.

112 Second, contrary to Desjardins J.A.'s conclusion, the costs attributable to the contiguous space requirements did not "resul[t] in a higher bid for [Martel]" (para. 37). On the contrary, as we noted above, the trial judge explicitly concluded that "it was fit-up costs over and above these [costs attributable to the tender's contiguous space requirements] that made the plaintiff's bid the second lowest rather than the lowest" (para. 57). Thus, as the Department points out, the short answer to this debate is that the inclusion of the contiguous space requirements and the fit-up costs associated thereto did not, at the end of the day, make Martel's bid more expensive than the Standard Life bid. As mentioned above, in conducting its evaluation, the Department calculated fit-ups, both on the basis of contiguous space in the Martel Building, and on the basis of the AECEB remaining *in situ*. Scenario B illustrates that the Department concluded that fit-up costs would still have been required even if

Premièrement, même si cet extrait des motifs du juge Desjardins paraît indiquer le contraire, le juge de première instance n'a pas conclu que l'exigence de contiguïté des locaux avait été insérée par négligence dans le devis descriptif. Cette conclusion n'a été tirée qu'en Cour d'appel fédérale. Cela ne veut pas dire que le juge de première instance n'a pas formulé de remarques concernant la préparation du dossier d'appel d'offres. Au contraire, elle a signalé que, par le passé, M. Mahar n'avait rédigé qu'une ou deux annonces sollicitant des manifestations d'intérêt et qu'il s'était inspiré d'une annonce antérieure visant la location de locaux adjacents. Le juge Reed a ajouté au par. 36 que «pour obtenir de *nouveaux* locaux pour la CCÉA, il serait normal de demander des locaux adjacents» (en italique dans l'original). Nous doutons que les conclusions du juge de première instance puissent étayer la prétention de Martel selon laquelle l'exigence de locaux adjacents a été ajoutée par erreur au devis descriptif. Martel a reconnu que la contiguïté des locaux était une exigence à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. Partant, il serait difficile d'admettre (bien que nous ne tirions aucune conclusion sur ce point) que cette exigence a été insérée par négligence dans le devis descriptif.

Deuxièmement, contrairement à la conclusion tirée par le juge Desjardins, le coût imputable à l'exigence de contiguïté des locaux n'a pas fait en sorte que la soumission de Martel soit plus élevée (par. 37). Au contraire, comme nous le l'avons signalé précédemment, le juge de première instance a dit explicitement: «ce sont les coûts d'aménagement en sus [des coûts imputables à l'exigence de contiguïté des locaux] qui faisaient en sorte que la demanderesse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57). Partant, comme le ministère le fait valoir, pour répondre brièvement à la question qui se pose, l'ajout de l'exigence de contiguïté au devis descriptif et l'ajout des frais d'aménagement connexes à la soumission de Martel n'ont pas, en bout de ligne, fait en sorte que cette dernière soit plus élevée que celle de la Standard Life. Comme nous l'avons mentionné précédemment, lorsqu'il a éva-

the tenant remained *in situ* in the Martel Building. Absent the contiguous space requirement, Martel's bid would still have been approximately \$300,000 more expensive than the successful bid.

In any event, we conclude that the Department did not owe Martel a duty of care in drafting the tender specifications. Martel's claim that the tender specifications were prepared negligently alleges a duty in an area not previously recognized. To determine whether the sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover the circumstances surrounding the preparation of the tender specifications in this case, the *Ann's* two-step analysis must be applied.

Assuming without deciding that sufficient proximity existed between the parties, any *prima facie* duty of care would be negated by policy considerations. Indeed, considerations unique to the tendering process nullify any duty of care sought by Martel. First and foremost, we agree with the Department that it would call into question the integrity of the tender process if, by reason of a past relationship with, or special knowledge of, a potential bidder, there could be an enforceable obligation to take the interests of that particular bidder into account. While Martel argues that a duty of care would not entail taking into account the interests of a particular bidder, we note that all of its arguments relate to factors that are specific to its previous relationship with the Department.

In effect, all of Martel's submissions on this point pertain to information it obtained during the course of its previous negotiations with the Depart-

lué les soumissions, le ministère a calculé les frais d'aménagement, tant en fonction de locaux adjacents dans l'immeuble Martel qu'en fonction des locaux qu'occupait déjà la CCÉA. Ce dernier scénario démontre que, de l'avis du ministère, des frais d'aménagement devraient quand même être engagés si la locataire continuait d'occuper les mêmes locaux dans l'immeuble Martel. Si la contiguïté des locaux n'avait pas été exigée, la soumission de Martel aurait quand même été d'environ 300 000 \$ supérieure à la soumission retenue.

Quoi qu'il en soit, nous arrivons à la conclusion que le ministère n'avait pas d'obligation de diligence envers Martel lorsqu'il a rédigé le devis descriptif. L'allégation de Martel selon laquelle le devis descriptif a été établi avec négligence se fonde sur une obligation dont l'existence n'a pas encore été reconnue dans ce contexte. Pour déterminer si les catégories de cas dans lesquels la perte purement économique est susceptible d'indemnisation devraient être élargies pour englober la préparation du devis descriptif en l'espèce, il faut appliquer le critère à deux volets dégagé dans l'arrêt *Ann's*.

En supposant, sans pour autant trancher cette question, qu'un lien suffisamment étroit existait entre les parties, des considérations de principe militent contre la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*. En effet, des considérations propres à la procédure d'appel d'offres annulent l'obligation de diligence alléguée par Martel. Tout d'abord, nous convenons avec le ministère que l'intégrité du processus d'appel d'offres serait compromise si, en raison de ses rapports antérieurs avec un soumissionnaire éventuel ou parce qu'elle le connaît bien, l'administration adjudicative avait l'obligation exécutoire de tenir compte des intérêts particuliers de ce soumissionnaire. Même si Martel soutient que l'obligation de diligence n'engloberait pas l'obligation de tenir compte des intérêts d'un soumissionnaire en particulier, nous remarquons que tous ses arguments se rapportent à ses rapports antérieurs avec le ministère.

En effet, toutes les allégations de Martel à ce sujet ont trait à de l'information obtenue lors de ses négociations antérieures avec le ministère. Pen-

113

114

115

ment. During the course of its negotiations with the Department, there was no suggestion that further fit-ups would be required in the Martel building or that the AECB, as tenant, desired contiguous space. Therefore, Martel alleges that the tender specifications “did not reflect the reality of the situation”. While Martel concedes that once the bids were opened the Department could not hold private conversations with any bidder, it nevertheless maintains that the Department should have advised it beforehand of the requirements that would be considered.

116 With respect, we do not find this line of argument very persuasive. Once the Department decided to proceed by way of tender, it was not required to take into account its past relationship with Martel. To recognize that the Department owed a duty to Martel would be inconsistent with the basic rationale of tendering. As explained in *M.J.B. Enterprises, supra*, this rationale seeks to replace negotiation with competition. In this respect, it is imperative that all bidders be treated on an equal footing, and that no bidder be provided differential treatment on the basis of some previous relationship with the party making the call for tenders. It would defeat the purpose of fair competition to allow one bidder to be given some advantage from its previous dealings. The submission of a tender bid requires a great deal of effort and expense. Parties should at the very least be confident that their initial bids will not be skewed by some underlying advantage in the drafting of the call for tenders conferred upon only one potential bidder.

117 A party calling for tenders has the discretion to set out its own specifications and requirements. This includes the discretion to change its mind with respect to the terms or preferences that were discussed in the course of non-committal negotiations. Tender requirements are not negotiable. To decide otherwise would in fact force the party making the call for tenders to continue in its nego-

dant celles-ci, le ministère n’aurait aucunement laissé entendre que d’autres aménagements seraient exigés dans l’immeuble Martel ni que la CCÉA, en qualité de locataire, souhaitait obtenir des locaux adjacents. Par conséquent, Martel allègue que les clauses du devis descriptif [TRADUCTION] «n’étaient pas conformes à la réalité». Même si Martel admet que, après l’ouverture des soumissions, le ministère ne pouvait avoir d’entretiens privés avec l’un ou l’autre des soumissionnaires, elle soutient néanmoins que le ministère aurait dû l’informer au préalable de ces exigences supplémentaires.

Avec égards, nous ne jugeons pas cette argumentation très convaincante. Après avoir décidé de lancer un appel d’offres, le ministère n’avait pas à tenir compte de ses rapports antérieurs avec Martel. Conclure que le ministère avait une obligation envers Martel serait incompatible avec l’objet même de la procédure d’appel d’offres. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises*, précité, un appel d’offres vise à remplacer la négociation par la concurrence. Il est donc impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d’égalité et qu’aucun soumissionnaire ne jouisse d’un traitement de faveur en raison de rapports antérieurs avec l’administration adjudicative. Il serait incompatible avec une juste concurrence de permettre qu’un soumissionnaire tire avantage de ses rapports antérieurs. La présentation d’une soumission exige des efforts et des sommes considérables. Un soumissionnaire devrait à tout le moins être assuré que l’évaluation de sa soumission initiale ne sera pas biaisée par quelque avantage sous-entendu dans le dossier d’appel d’offres et dont ne bénéficie qu’un seul soumissionnaire éventuel.

L’auteur de l’appel d’offres a le pouvoir discrétionnaire d’établir ses propres exigences. Il peut notamment changer d’idée quant aux conditions ou aux préférences dont il a été question lors de négociations qui n’engageaient en rien les parties. Les exigences énoncées dans un appel d’offres ne sont pas négociables. S’il en était autrement, l’administration adjudicative serait contrainte de poursuivre

tiations with one potential bidder even after those negotiations have proven unfruitful.

The terms of the call may grant a great deal of discretion upon the tender calling authority in evaluating the bid, and tenderers must make various assumptions and estimations in submitting a tender. As such, inherent risks are involved in submitting a tender bid, risks of which Martel was aware. Martel cannot by reason of its previous relationship with the Department expect or require under general principles of negligence some special position when it comes to tendering. Absent negligent misrepresentation upon which Martel would have relied to its detriment in entering into Contract A, we believe that it would be contrary to the underlying principles of the tender regime to accept that the Department owed it a duty of care in drafting the tender documents.

Finally, recognizing a duty of care in such a context could have significant repercussions on the tendering process and create many uncertainties. In this case, contiguous space was explicitly required in the tender specifications. Martel is essentially asking this Court to import a common law duty of care in the drafting of the call for the express purpose of avoiding this contractual provision. Accepting Martel's argument would have the effect of providing an out for those people who do not submit compliant bids. Indeed, other unsuccessful, non-compliant bidders could attempt to sue in negligence and argue that various terms of Contract A "did not reflect the reality of the situation". We believe that this further consideration clearly illustrates why a duty of care should not be imposed on the tender calling authority in drafting the tender documents.

ses négociations avec un soumissionnaire éventuel malgré une impasse.

Le libellé de l'appel d'offres peut autoriser l'administration adjudicative à exercer un large pouvoir discrétionnaire au moment d'évaluer une soumission, et les soumissionnaires doivent faire diverses hypothèses et estimations lorsqu'ils présentent une offre. La présentation d'une soumission comporte donc des risques inhérents, et Martel en était consciente. Martel ne peut, du fait de ses rapports antérieurs avec le ministère, s'attendre à ce qu'un statut particulier lui soit reconnu en qualité de soumissionnaire, ni exiger un tel statut sur le fondement des principes généraux applicables en matière de négligence. En l'absence de déclarations inexactes faites par négligence et auxquelles Martel se serait fiée à son détriment pour conclure le contrat A, nous croyons qu'il serait contraire aux principes qui sous-tendent le mécanisme de l'appel d'offres de reconnaître que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel lorsqu'il a rédigé le dossier d'appel d'offres.

Enfin, reconnaître l'existence d'une obligation de diligence dans un tel contexte aurait de sérieuses répercussions sur la procédure d'appel d'offres et créerait de nombreuses incertitudes. En l'occurrence, la contiguïté des locaux était explicitement exigée dans le devis descriptif. Martel demande essentiellement à notre Cour d'assujettir la rédaction de l'appel d'offres à une obligation de diligence issue de la common law et ce, à la fin manifeste de se soustraire aux conséquences de cette stipulation contractuelle. Faire droit à l'argument de Martel aurait pour effet d'offrir une échappatoire aux personnes dont les soumissions ne sont pas conformes. En effet, d'autres personnes dont la soumission non conforme n'a pas été retenue pourraient tenter d'exercer un recours en responsabilité civile délictuelle et faire valoir que différentes conditions du contrat A «n'étaient pas conformes à la réalité». Nous croyons que cette autre considération montre bien qu'il serait inopportun d'imposer à l'administration adjudicative une obligation de diligence lors de la rédaction du dossier d'appel d'offres.

V. Disposition

120

In our view, the Federal Court of Appeal erred in allowing the respondent's claim. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside with costs in this Court and the courts below, and the judgment of the Federal Court, Trial Division, is restored.

Appeal allowed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

V. Dispositif

À notre avis, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en accueillant l'action de l'intimée. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel fédérale est annulé avec dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs et le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale est rétabli.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

François Simard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIMARD

Neutral citation: 2000 SCC 61.

File No.: 27767.

2000: December 5.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Criminal law — Standard of proof — Evidence of
propensity.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 2000-634, dismissing the accused's appeal from his convictions on charges of sexual assault with a weapon, procuring and theft. Appeal dismissed, LeBel J. dissenting.

Louis Gélinas and Alain Leclerc, for the appellant.*Joëlle St-Germain and Henri-Pierre Labrie*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — The Court would dismiss the appeal substantially for the reasons of Proulx and Dussault JJ.A. in the Quebec Court of Appeal, LeBel J. dissenting. LeBel J. would allow the appeal substantially for the reasons given by Fish J.A. in the Quebec Court of Appeal.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.***François Simard** *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIMARD

Référence neutre: 2000 CSC 61.

N° du greffe: 27767.

2000: 5 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Norme de preuve — Preuve de propension.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 2000-634, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'agression sexuelle armée, de proxénétisme et de vol. Pourvoi rejeté, le juge LeBel est dissident.

Louis Gélinas et Alain Leclerc, pour l'appelant.*Joëlle St-Germain et Henri-Pierre Labrie*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — La Cour rejeterait le pourvoi substantiellement pour les motifs des juges Proulx et Dussault de la Cour d'appel du Québec, le juge LeBel étant dissident. Le juge LeBel accueillerait le pourvoi substantiellement pour les motifs exposés par le juge Fish de la Cour d'appel du Québec.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Pasquin & Associés, Montréal.

Procureurs de l'appellant: Pasquin & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Longueuil.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Longueuil.

Commission scolaire de Rivière-du-Loup *Appellant*

v.

Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage *Respondent*

and

Jean M. Morency *Mis en cause*

INDEXED AS: SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DU GRAND-PORTAGE v. MORENCY

Neutral citation: 2000 SCC 62.

File No.: 27003.

2000: December 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Collective agreement — Arbitral award — Judicial review — Standard of patently unreasonable error — Arbitrator's award containing no error justifying intervention of superior court.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 3157 (QL), J.E. 98-2357, D.T.E. 98T-1212, affirming a judgment of the Superior Court, rendered May 19, 1995, granting the respondent's application for judicial review of an arbitral award. Appeal allowed.

Jean-Claude Girard, Pierre Bégin and Daniel Bourgeois, for the appellant.

Linda Lavoie and Annie Laprade, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LEBEL J. — This appeal raises the problem of the proper application of the appropriate standard

Commission scolaire de Rivière-du-Loup *Appelante*

c.

Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage *Intimé*

et

M^e Jean M. Morency *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DU GRAND-PORTAGE c. MORENCY

Référence neutre: 2000 CSC 62.

N^o du greffe: 27003.

2000: 11 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Convention collective — Sentence arbitrale — Révision judiciaire — Norme de l'erreur manifestement déraisonnable — Sentence arbitrale ne comportant aucune erreur justifiant une intervention d'un tribunal supérieur.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. n^o 3157 (QL), J.E. 98-2357, D.T.E. 98T-1212, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, rendu le 19 mai 1995, qui avait accueilli la requête en révision judiciaire de l'intimé contre une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli.

Jean-Claude Girard, Pierre Bégin et Daniel Bourgeois, pour l'appelante.

Linda Lavoie et Annie Laprade, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LEBEL — Ce pourvoi soulève le problème de l'application correcte de la norme de

of judicial review. That standard remained, as the parties recognize, the standard of patently unreasonable error. It is clear from a reading of the arbitrator's award that it contains no error that would justify the intervention of the superior courts when such a standard is applied, as it should be. The award is based on an interpretation of the collective agreement, which is itself based on certain of its provisions as well as on their situation in the overall context of the employer's powers with respect to assignment of teaching staff and organization of teaching in schools within its territory. The arbitrator's approach also takes into account the education legislation which provides the framework for the school board's powers in this matter.

2 In these circumstances, although the provisions of the agreement in issue were open to various interpretations, the Superior Court should have dismissed the application for judicial review. There was a rationality in the arbitrator's award which meant that it could not be challenged before the court.

3 For these reasons, the Court allows the appeal, sets aside the decision of the Court of Appeal and the judgment of the Superior Court and dismisses the respondent's application for judicial review with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pothier Delisle, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondent: Cain, Lamarre, Casgrain, Wells, Québec.

révision judiciaire pertinente. Cette norme demeurerait, comme le reconnaissent les parties, celle de l'erreur manifestement déraisonnable. La lecture de la sentence arbitrale convainc qu'elle ne comporte aucune erreur justifiant une intervention des tribunaux supérieurs lorsqu'on applique, comme il se doit, une telle norme. Elle se base sur une interprétation de la convention collective, fondée elle-même sur certaines de ses dispositions ainsi que sur leur situation dans le cadre global des pouvoirs détenus par l'employeur en matière d'affectation du personnel enseignant et d'organisation de l'enseignement dans les écoles de son territoire. L'approche de l'arbitre prend également en compte la législation scolaire qui encadre les pouvoirs de la Commission scolaire en cette matière.

Dans ces circonstances, bien que les dispositions conventionnelles en litige aient été susceptibles d'interprétation diverses, la Cour supérieure aurait dû rejeter la requête en révision judiciaire. La sentence arbitrale conservait un caractère de rationalité qui la rendait inattaquable devant elle.

Pour ces motifs, la Cour accueille le pourvoi, infirme l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que le jugement de la Cour supérieure et rejette la requête en révision judiciaire de l'intimé avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Pothier Delisle, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intimé: Cain, Lamarre, Casgrain, Wells, Québec.

Mohamed Ameerulla Khan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KHAN

Neutral citation: 2000 SCC 63.

File No.: 27395.

2000: June 22.

Present: Binnie J.

MOTION TO ADDUCE NEW EVIDENCE

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Supreme Court of Canada — Crown seeking to introduce fresh evidence consisting of transcript of “discussions” between trial judge and two jurors 10 days after accused convicted of first degree murder — Motion denied.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 649 [am. 1998, c. 9, s. 7].

MOTION to adduce new evidence. Motion denied.

Written submissions by *Martin D. Glazer*, for the appellant/respondent on the motion.

Written submissions by *Richard A. Saull*, for the respondent/applicant.

The following is the order delivered by

BINNIE J. — This is an application by the respondent Crown for an order admitting new evidence and for an order extending the time to serve and file the Crown’s factum and record for 30 days beyond the date of the order disposing of the motion.

Mohamed Ameerulla Khan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KHAN

Référence neutre: 2000 CSC 63.

N° du greffe: 27395.

2000: 22 juin.

Présent: Le juge Binnie.

REQUÊTE EN PRODUCTION DE NOUVEAUX ÉLÉMENTS DE PREUVE

Droit criminel — Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Cour suprême du Canada — Demande par le ministère public de présentation de nouveaux éléments de preuve consistant en la transcription de «discussions» entre le juge du procès et deux jurés 10 jours après la déclaration de culpabilité de l’accusé pour meurtre au premier degré — Requête rejetée.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 649 [mod. 1998, ch. 9, art. 7].

REQUÊTE en production de nouveaux éléments de preuve. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Martin D. Glazer*, pour l’appelant/intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Richard A. Saull*, pour l’intimée/requérante.

Version française de l’ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Il s’agit d’une demande présentée par le ministère public intimé pour l’obtention d’une ordonnance visant l’admission de nouveaux éléments de preuve, ainsi que d’une ordonnance visant à porter à 30 jours suivant la date de l’ordonnance disposant de la requête le délai dans lequel il doit signifier et déposer son mémoire et son dossier.

2 The new evidence consists of the affidavit of Tracey Lord, a Crown Attorney who was initially assigned to the prosecution of the appellant in July of 1996. Her affidavit is essentially a vehicle to put before the Court a transcript of what is described as “discussions” between the trial judge and two jurors, in the presence of the jury coordinator, 10 days *after* the appellant was convicted by the jury of first degree murder in the death of his wife Sureta Khan on February 13, 1998.

3 One of the grounds of the appeal is that the Khan jury was mistakenly provided with copies of conversations that took place between lawyers and the trial judge in the jury’s absence. The copies were in the possession of the entire jury for approximately seven hours. This issue created a controversy at the conclusion of the trial and was reported in the Winnipeg press. Apparently these news reports came to the attention of at least two of the jurors. According to further press reports, these two jurors then asked to meet with the trial judge. The meeting took place in open court, but neither the appellant nor his counsel (nor Crown trial counsel) was invited to attend. A transcript was made of the discussion. The Crown says that the transcripts establish that the copies of conversations given to the jury “had no impact because the jury did not read the inadmissible parts of the transcripts before they were taken away from the jury”.

4 In my view, the transcript of the discussion by the trial judge with two jurors as to what was read or was not read while the jury was deliberating on its verdict should not be admitted as fresh evidence. The law prohibits disclosure by jury members of any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom “that was not subsequently disclosed in open court” (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 649). I do not think that a discussion between the trial judge and two of the jurors 10 days after the conclusion of the trial, in the absence not only of

Le nouvel élément de preuve en cause est l’affidavit de Tracey Lord, la substitut du procureur général initialement chargée de la poursuite intentée en juillet 1996 contre l’appelant. Son affidavit constitue essentiellement un moyen de saisir notre Cour de la transcription de ce qui a été décrit comme étant des «discussions» tenues entre le juge du procès et deux jurés en présence du coordonnateur des jurés 10 jours *après* la déclaration de culpabilité de l’appelant par le jury, le 13 février 1998, pour le meurtre au premier degré de son épouse Sureta Khan.

L’un des moyens d’appel invoqués porte que le jury dans l’affaire Khan a reçu par mégarde des copies des conversations qui ont eu lieu entre les avocats et le juge du procès en l’absence du jury. Ces copies sont demeurées entre les mains de tous les membres du jury pendant environ sept heures. Cet incident a soulevé une controverse au terme du procès et la presse de Winnipeg en a fait état. Au moins deux jurés auraient pris connaissance de ces nouvelles. Selon d’autres articles de presse, ces deux jurés auraient alors demandé à rencontrer le juge du procès. La réunion s’est déroulée en audience publique, mais ni l’appelant ni son avocat (pas plus que la substitut du procureur général au procès) n’ont été invités à y assister. On a procédé à la transcription de la discussion qui a eu lieu. Selon le ministère public, la transcription démontre que les copies des conversations qui ont été distribuées au jury [TRADUCTION] «n’ont eu aucune incidence parce que le jury n’a pas pris connaissance des passages inadmissibles de la transcription avant qu’elles leur aient été retirées».

À mon avis, la transcription de la discussion qu’a eue le juge du procès avec deux jurés sur la question de savoir quels passages ont été lus au cours des délibérations du jury ne devrait pas être admise à titre de nouvelle preuve. Le droit interdit aux jurés de divulguer tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d’audience, «qui n’a pas été par la suite divulgué en plein tribunal» (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 649). Je ne suis pas d’avis qu’une discussion survenue 10 jours après la fin du procès entre le juge du procès

the accused but of the other 10 jurors whose activities were also the subject matter of the discussion, is a disclosure "in open court" for these purposes.

The two jurors were not sworn as witnesses to give evidence. As stated, neither Crown counsel at the trial nor defence counsel nor the appellant was present. Admission of the proffered evidence would trigger a controversy as to what individual jurors did or did not review of material that was clearly, if mistakenly, provided for their consideration. The appeal would risk being converted into a juror-by-juror inquiry into the proceedings in the jury room, one of the concerns that led to the prohibition on disclosure in the first place.

Even if the unsworn evidence of the two jurors was admissible, it would not convincingly put to rest any concern the Court may have with respect to the other 10 jurors.

I note that the transcript was offered to Chief Justice Scott of the Manitoba Court of Appeal on October 22, 1998 during the Crown's unsuccessful effort to have the Court of Appeal review the chambers order of Twaddle J.A. granting the appellant judicial interim release pending the hearing of his appeal against conviction. In his reasons for judgment, Scott C.J.M. stated:

I wish to make it clear, as I did to counsel during argument, that I have not had regard to para. 7 of the affidavit of Ms. Lord which adverts to the interview between the trial judge and two jurors concerning the effect of the disclosure to the jury of inadmissible evidence. Doubtless the admissibility of this information and its impact will be matters that will be fully addressed when the appeal is heard on its merits.

((1998), 131 Man. R. (2d) 101, at para. 9)

et deux des jurés, en l'absence non seulement de l'accusé mais également des 10 autres jurés, dont les activités faisaient elles aussi l'objet de la discussion, constitue une divulgation «en plein tribunal» au sens de cette disposition.

Les deux jurés n'ont pas été assermentés à titre de témoins. Comme je l'ai indiqué précédemment, ni la substitut du procureur général au procès, ni l'avocat de la défense, ni l'appellant n'étaient présents à l'audience. L'admission des éléments de preuve présentés déclencherait un litige quant à savoir quels jurés ont ou n'ont pas pris connaissance des documents qui leur ont été, bien que par mégarde, clairement adressés. Le pourvoi risquerait de se transformer en enquête au cas par cas sur les jurés à propos des délibérations du jury, une des craintes qui a initialement mené à l'interdiction de divulgation.

Même si le témoignage sans serment des deux jurés était admissible, il ne réglerait pas de façon convaincante les questions que la Cour pourrait se poser quant aux 10 autres jurés.

Je note que la transcription a été communiquée au juge en chef Scott, de la Cour d'appel du Manitoba, le 22 octobre 1998, au moment où le ministère public tentait en vain d'obtenir le contrôle, par la Cour d'appel, de l'ordonnance rendue en son cabinet par le juge Twaddle, qui a accordé à l'appellant une mise en liberté provisoire dans l'attente de l'audition de l'appel que ce dernier avait interjeté de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Dans ses motifs, le juge en chef Scott a déclaré:

[TRADUCTION] Je souhaite préciser, comme je l'ai fait pour les avocats lors des plaidoiries, que je n'ai pas tenu compte du par. 7 de l'affidavit de Mme Lord qui fait référence à la rencontre du juge du procès et de deux jurés relativement aux conséquences de la divulgation au jury d'éléments de preuve inadmissibles. L'admissibilité de ce renseignement et les incidences qu'il aura sont des questions qui seront sans aucun doute examinées plus en détail lorsque l'appel sera entendu quant au fond.

((1998), 131 Man. R. (2d) 101, au par. 9)

8 It is common ground that the Crown did not pursue the admission of this evidence before the Manitoba Court of Appeal. This omission further weakens the Crown's effort to have it introduced for the first time on appeal to this Court.

Il n'est pas contesté que le ministère public n'a pas plaidé l'admission de cet élément de preuve devant la Cour d'appel du Manitoba. Cette omission fait d'autant plus obstacle aux tentatives du ministère public de le présenter pour la première fois dans le cadre du pourvoi devant notre Cour.

9 In the circumstances, the application to admit fresh evidence is denied. The time within which the respondent is to serve and file her factum and the respondent's record is extended to Friday, July 7, 2000.

Dans les circonstances, la demande visant l'admission de nouveaux éléments de preuve est rejetée. Le délai imparti pour la signification et le dépôt du mémoire et du dossier de l'intimée est prorogé jusqu'au vendredi 7 juillet 2000.

Motion denied.

Requête rejetée.

Solicitor for the appellant/respondent on the motion: Martin D. Glazer, Winnipeg.

Procureur de l'appelant/intimé à la requête: Martin D. Glazer, Winnipeg

Solicitor for the respondent/applicant: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intimée/requérante: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Pacific National Investments Ltd. *Appellant*

v.

**The Corporation of the City of
Victoria** *Respondent*

and between

**The Corporation of the City of
Victoria** *Appellant*

v.

**Pacific National Investments
Ltd.** *Respondent*

**INDEXED AS: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. v.
VICTORIA (CITY)**

Neutral citation: 2000 SCC 64.

File No.: 27006.

2000: May 25; 2000: December 14.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie,
Arbour and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Municipal law — Zoning — Development of lands —
Developper suing municipality for breach of contract fol-
lowing “down-zoning” of lots — Whether municipality
liable to pay damages under implied contractual term
that municipality would not rezone before expiration of
reasonable period of time — Whether implied term ultra
vires and contrary to public policy — Whether implied
term illegally fettering municipality’s discretionary leg-
islative powers.*

*Land titles — Subdivision of land — Transfer of title
to Crown — Land title legislation providing in certain
circumstances for a deemed transfer of title to Crown
and extinguishment of fee simple — Water lots part of
subdivided area on subdivision plan — Whether land
title legislation applicable to any subdivided land or*

Pacific National Investments Ltd. *Appelante*

c.

**La Corporation de la ville de
Victoria** *Intimée*

et entre

**La Corporation de la ville de
Victoria** *Appelante*

c.

Pacific National Investments Ltd. *Intimée*

**RÉPERTORIÉ: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. c.
VICTORIA (VILLE)**

Référence neutre: 2000 CSC 64.

N° du greffe: 27006.

2000: 25 mai; 2000: 14 décembre.

Présents: Les juges Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE**

*Droit municipal — Zonage — Aménagement de ter-
rains — Promoteur immobilier poursuivant une munici-
palité pour inexécution de contrat à la suite de la modi-
fication du zonage de certains lots — La municipalité
est-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu
d’une clause contractuelle implicite selon laquelle elle
ne modifiera pas le zonage avant l’expiration d’un délai
raisonnable? — La clause implicite est-elle ultra vires et
contraire à l’ordre public? — La clause implicite
constitue-t-elle une entrave illicite aux pouvoirs de
réglementation discrétionnaires de la municipalité?*

*Titres de propriété — Lotissement — Cession du droit
de propriété à l’État — Mesure législative concernant
les titres fonciers établissant, dans certaines circons-
tances, une présomption de cession du droit de propriété
à l’État et d’extinction de la propriété en fief simple —
Plans d’eau faisant partie du secteur loti figurant dans*

only to adjoining land — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2).

In 1987, the respondent City and BCEC, a Crown corporation, signed an umbrella agreement (“Master Agreement”) to redevelop certain lands located around the City’s harbour. Under the Master Agreement, BCEC would develop “Phase I” and would sell the “Phase II” area. The Master Agreement was authorized by City Council and was registered as a restrictive covenant under s. 215 of the *Land Title Act*. The appellant developer (“PNI”) entered into an agreement to purchase the Phase II area from BCEC. The agreement was binding only if the City granted the subdivision of the lands and passed the requisite zoning, which it did. In 1988, PNI deposited the subdivision plan. It developed and sold three lots but when PNI’s plans for the development of the two water lots became known, objections were raised to the transformation of the harbourfront. These plans included three-storey buildings, restaurants and other commercial establishments. City Council decided to rezone the water lots so as to prevent additional residential development and to restrict the height of the buildings. PNI sued for breach of contract and maintained that this “down-zoning” was in breach of the City’s implied obligations under the Master Agreement and thus in breach of PNI’s rights as successor to BCEC under the Master Agreement. In the alternative, it claimed restitution for unjust enrichment for the parks and other amenities that it had constructed and which the City would benefit from. The trial judge found the City liable for breach of contract. The Court of Appeal set aside the judgment and remitted the matter for trial on the remaining issue of restitution for unjust enrichment.

Held (Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

(1) *Cross-appeal*

The City’s argument that PNI did not own the water lots must fail. Section 108(2) of the *Land Title Act* did not vest these lots in the Province when PNI deposited its subdivision plan at the land titles office. Given its clear confiscatory effect, s. 108(2) should be strictly

le plan de lotissement — La mesure législative concernant les titres fonciers s’applique-t-elle à tout terrain loti ou uniquement aux biens-fonds contigus? — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 108(2).

En 1987, la ville intimée et la BCEC, une société d’État, ont conclu un accord-cadre visant le réaménagement de certains terrains situés autour du port de la Ville. Aux termes de cet accord-cadre, la BCEC aménagerait la «phase I» et vendrait le secteur de la «phase II». L’accord-cadre a été approuvé par le conseil municipal et a été enregistré à titre d’engagement de ne pas faire en vertu de l’art. 215 de la *Land Title Act*. Le promoteur immobilier appelant («PNI») a conclu avec la BCEC un contrat d’achat du secteur de la phase II, qui ne serait exécutoire que si la Ville approuvait le lotissement des terrains et adoptait le zonage nécessaire, ce qu’elle a fait. En 1988, la PNI a déposé le plan de lotissement. Elle a aménagé et vendu trois lots, mais lorsque les plans de la PNI concernant l’aménagement des deux plans d’eau devinrent connus, on s’est opposé à la transformation de la façade portuaire. Ces plans comprenaient la construction d’immeubles de trois étages, de restaurants et d’autres établissements commerciaux. Le conseil municipal a décidé de modifier le zonage des plans d’eau afin d’interdire la construction d’un autre ensemble résidentiel et de limiter la hauteur des immeubles. La PNI a intenté une action pour inexécution de contrat et a soutenu que cette modification de zonage contrevenait aux obligations implicites qui incombaient à la Ville aux termes de l’accord-cadre, et ainsi aux droits que la PNI possédait, à titre de successeur de la BCEC, en vertu du même accord. Subsidiairement, elle a demandé la restitution pour enrichissement sans cause à l’égard des parcs et des autres installations qu’elle avait aménagés et dont la Ville bénéficierait. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité de la Ville pour inexécution de contrat. La Cour d’appel a infirmé ce jugement et renvoyé l’affaire à procès sur la question résiduelle de la restitution pour enrichissement sans cause.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

(1) *Pourvoi incident*

L’argument de la Ville selon lequel la PNI ne possédait pas les plans d’eau doit être rejeté. Le paragraphe 108(2) de la *Land Title Act* n’a pas eu pour effet d’attribuer ces lots à la province au moment où la PNI a déposé son plan de lotissement au bureau d’enregistre-

construed. The section is not concerned with the lots created through subdivision but with other areas within the titled land that amount to remainders. On this interpretation, the water lots do not fall within the scope of s. 108(2) since they are part of the subdivided area on the subdivision plan and are in no way remainders.

(2) Appeal

Per Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.: Under the provincial legislation, the City did not have the capacity to make and be bound by an implied term to keep the zoning in place for a number of years and to pay damages if it modified it. Section 963 of the *Municipal Act* provides for the power to zone by by-law. On its face, the statute provides for no power to constrain the future use of this legislative power and the legislature has generally considered that municipalities should not pay compensation for how they use this legislative power. These principles all militate against PNI's case from the outset. Nor can PNI find the capacity it seeks through s. 215 of the *Land Title Act* or through s. 980(5) of the *Municipal Act*. Under s. 215(3), although the BCEC covenant in favour of the City was registered, the City is not bound to keep zoning that would allow BCEC or its successor PNI to fulfill its plans. Section 215(3) was clearly intended to provide that a covenant was still binding on the covenantor, even when the covenantee had not signed it. Section 980(5), which provided that a development permit was binding on the municipality once issued and might even prevent rezoning, has no application in this case since PNI did not have a development permit for the water lots. Lastly, a comparison with the prior and subsequent legislative schemes in B.C. makes it clear that under the legislation applicable at the time of the events in this case, implied terms such as the one alleged by PNI were without any statutory authorization. B.C. abolished the land use contracts system enabling municipalities to commit to particular zoning by contract in 1978, and it is only in 1993 that B.C. municipalities were permitted to request amenities in exchange for zoning. As well, prior to 1998, although municipalities could enter into long-term commitments related to their business and proprietary

ment foncier. Étant donné son effet clairement spoliatoire, le par. 108(2) doit être interprété strictement. Il vise non pas les lots résultant d'un lotissement, mais plutôt les autres secteurs qui constituent le reste du bien-fonds visé par le droit de propriété. Suivant cette interprétation, les plans d'eau ne sont pas visés par le par. 108(2) étant donné qu'ils font partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement et qu'ils ne sont aucunement résiduels.

(2) Pourvoi principal

Les juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel: Selon la mesure législative provinciale en cause, la Ville ne pouvait pas établir une clause implicite (ni être liée par une telle clause) selon laquelle elle maintiendrait le zonage pendant un certain nombre d'années et payerait des dommages-intérêts si elle le modifiait. L'article 963 de la *Municipal Act* confère le pouvoir de zoner par règlement. À première vue, la Loi n'accorde aucun droit de limiter l'exercice futur de ce pouvoir de réglementation et le législateur a considéré, de manière générale, que les municipalités ne devraient verser aucune indemnité pour la façon dont elles exercent ce pouvoir de réglementation. Au départ, ces principes militent tous contre la thèse de la PNI. La PNI ne peut pas non plus trouver la capacité qu'elle cherche dans l'art. 215 de la *Land Title Act* ou le par. 980(5) de la *Municipal Act*. En vertu du par. 215(3), même si l'engagement de la BCEC en faveur de la Ville était enregistré, la Ville n'était pas tenue de maintenir en vigueur le zonage qui permettrait à la BCEC, ou à son successeur la PNI, de réaliser ses projets. Le paragraphe 215(3) visait clairement à prévoir qu'un engagement liait toujours son auteur même lorsque la personne à qui il bénéficiait ne l'avait pas signé. Le paragraphe 980(5), qui prévoyait qu'une fois délivré un permis d'aménagement liait la municipalité et pouvait même empêcher une modification de zonage, ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la PNI ne détenait aucun permis d'aménagement pour les plans d'eau. Enfin, si on fait une comparaison avec les régimes législatifs qui l'ont précédée et ceux qui l'ont suivie en Colombie-Britannique, il est clair que, sous le régime de la loi qui était applicable au moment des événements survenus en l'espèce, les clauses implicites comme celle dont la PNI allègue l'existence restaient illégales. La Colombie-Britannique a aboli le système de contrats d'utilisation du sol qui habilitait les municipalités à s'engager par contrat à adopter un zonage particulier en 1978, et ce n'est qu'en 1993 que les municipalités de la Colombie-Britannique ont été autorisées à demander des améliorations en échange d'un zonage. De même, avant 1998, même si les municipalités

powers under the *Municipal Act*, these commitments were subject to the statute's close controls.

Moreover, while a municipality may engage in business and proprietary contracts, it cannot agree to terms that fetter its legislative power unless there is legislation expressing a public policy permitting it to do so. In this respect, s. 19 of the *Municipal Act* does not provide the statutory basis for a municipality to enter into long-term agreements with a developer about the exercise of its zoning powers. The distinction between indirect and direct fettering cannot be accepted as it is likely without any legal basis. The supposed distinction is also unhelpful in rationalizing the case law and, more importantly, is inconsistent with the principles that undergird this area of the law. Here, the alleged implied term would have been an illegal fetter on the municipality's discretionary legislative powers.

The wording of the legislation, its history, consistent case law, and established public policy against municipalities being bound in ways that constrain their legislative powers all support the conclusion that the City had no implied or express powers to agree to an implied term such as the one PNI has alleged. Whether such an implied term might or might not have made sense for business efficiency reasons, any such term was *ultra vires* and contrary to legislatively established public policy.

Per Major, Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): Based on an analysis of the Master Agreement and the relevant external documentary evidence, and from all of the circumstances of this case, it can be concluded that the contract contained the implied term not to rezone for a reasonable time. Zoning was an essential pre-condition of the Master Agreement. The implied term does not bind the City from rezoning for any length of time: it simply recognizes that in consideration of PNI's initial investment, a change in zoning must be offset by compensation. It would be contrary to business sense and to all obligations of fairness to conclude that the condition precedent regarding zoning had to be met but was not protected in any way from unilateral retraction. While the parties did not agree to a bare term preventing the City from down-zoning, since it is acknowledged that they were cognizant of the rule against binding

pourvaient prendre des engagements à long terme liés aux pouvoirs en matière de droits de propriété et d'activités commerciales que leur conférerait la *Municipal Act*, ces engagements étaient assujettis au contrôle strict de la Loi.

De plus, même si une municipalité peut conclure des contrats relatifs à des droits de propriété et à des activités commerciales, elle ne peut pas souscrire à des conditions qui entravent son pouvoir de réglementation, à moins qu'une mesure législative n'énonce une politique officielle l'autorisant à le faire. À ce propos, l'art. 19 de la *Municipal Act* n'habilite pas une municipalité à conclure avec un promoteur immobilier des contrats à long terme concernant l'exercice de ses pouvoirs en matière de zonage. La distinction entre l'entrave indirecte et l'entrave directe ne saurait être acceptée parce qu'elle est probablement dépourvue de fondement juridique. La supposée distinction n'aide pas non plus à rationaliser la jurisprudence et, qui plus est, elle est incompatible avec les principes qui sous-tendent ce domaine du droit. En l'espèce, la clause implicite dont l'existence est alléguée aurait constitué une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité.

Le libellé de la mesure législative, son historique, la jurisprudence constante et la politique officielle qui empêche de lier les municipalités d'une manière qui restreigne leurs pouvoirs de réglementation étayent tous la conclusion que la Ville n'avait aucun pouvoir implicite ou exprès de consentir à une clause implicite comme celle dont la PNI allègue l'existence. Peu importe que cette clause implicite ait pu être justifiée ou non pour des raisons d'efficacité commerciale, elle était *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi par le législateur.

Les juges Major, Bastarache et Binnie (dissidents): À la suite d'une analyse de l'accord-cadre et compte tenu de la preuve documentaire externe pertinente et de toutes les circonstances de la présente affaire, on peut conclure que le contrat comportait la clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié pendant une période raisonnable. Le zonage était une condition préalable essentielle de l'accord-cadre. La clause implicite n'empêche pas la Ville de modifier le zonage pendant un certain temps: elle ne fait que reconnaître qu'en contrepartie de l'investissement initial de la PNI, une modification de zonage doit être compensée par une indemnité. Il serait contraire au bon sens commercial et à toutes les obligations d'équité de conclure que la condition préalable relative au zonage devait être remplie sans toutefois être protégée d'aucune façon contre la rétractation unilatérale. Même si les parties n'ont pas

future councils, they carefully arranged the contract as an innovative means of achieving the parties' differing objectives by hinging binding obligations on each piece going into place. The implied term must be present to give the contract business efficacy. In view of the condition precedent in the contract, an officious bystander would necessarily hold the view that the City believed it would owe compensation in the event it down-zoned without the passage of a reasonable time.

Although a municipality cannot be held liable for breaching a term that is *ultra vires*, in this case the implied term in the Master Agreement not to rezone for a reasonable time is *intra vires* the City. The general municipal power to contract in furtherance of municipal objectives is a solid basis for the City's authority to agree to the zoning commitments in the Master Agreement. Sections 19(1) and 963 (read in conjunction with s. 287) of the *Municipal Act* establish that the subject matter of the implied term was within the City's jurisdiction. The express power to contract for materials and services, coupled with the municipality's power to zone, provided the City with the authority to agree to a contract that contained a term which temporarily maintains zoning. Even if the authorization did not flow directly from these provisions, this power would necessarily or fairly be implied under these express powers. Significantly, the City conceded that the Master Agreement was lawful despite being unable to identify a specific statutory basis which granted it the authority to enter into this type of contract. Finally, a review of the history of zoning power in British Columbia confirms that in 1987, the City had the power to agree to the term that the City would not rezone for a reasonable time. The repeal in 1978 of s. 702A of the *Municipal Act* did not signify that the City gained the power to exercise the discretion to rezone, in violation of a lawful contract, with no consequences. The repeal of s. 702A removed the right of municipalities to enter contracts where specific performance was guaranteed but did not prevent them from entering long-term development contracts.

The implied term of the Master Agreement does not offend against public policy. The well-established rule that a city council does not have the authority to fetter

souscrit à une simple clause empêchant la Ville de modifier le zonage puisqu'il est reconnu qu'elles connaissent la règle qui interdit de lier les futurs conseils, elles ont pris soin de structurer le contrat de façon à ce qu'il constitue un moyen innovateur de réaliser leurs objectifs divergents en rattachant des obligations à chaque composante. La clause implicite doit être présente pour conférer l'efficacité commerciale au contrat. Compte tenu de la condition préalable du contrat, un observateur objectif serait nécessairement d'avis que la Ville croyait qu'elle devrait verser une indemnité si elle procédait à une modification de zonage avant l'écoulement d'un délai raisonnable.

Même si une municipalité ne peut pas être tenue responsable de la violation d'une clause *ultra vires*, en l'espèce, la clause implicite de l'accord-cadre selon laquelle le zonage ne sera pas modifié pendant une période raisonnable est conforme au pouvoir de la Ville. Le pouvoir municipal général de contracter en vue de réaliser des objectifs municipaux est un fondement solide du pouvoir de la Ville de consentir aux engagements en matière de zonage contenus dans l'accord-cadre. Le paragraphe 19(1) et l'art. 963 (interprétés conjointement avec l'art. 287) de la *Municipal Act* établissent que l'objet de la clause implicite de l'accord-cadre relevait de la compétence de la Ville. Le pouvoir explicite de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services, conjugué au pouvoir municipal de zonage, conférait à la Ville le pouvoir de conclure un contrat assorti d'une clause selon laquelle le zonage serait maintenu temporairement. Même si l'autorisation ne découlait pas directement de ces dispositions, ce pouvoir ressortait nécessairement ou à juste titre de façon implicite des pouvoirs explicites susmentionnés. Fait important, la Ville a reconnu que l'accord-cadre était licite même si elle était incapable de relever une disposition législative qui l'habilitait expressément à conclure ce genre de contrat. Enfin, l'historique du pouvoir de zonage en Colombie-Britannique confirme qu'en 1987 la Ville avait le pouvoir de s'engager à ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. L'abrogation, en 1978, de l'art. 702A de la *Municipal Act* ne signifiait pas que la Ville était désormais habilitée à exercer sans conséquence le pouvoir discrétionnaire de modifier le zonage en contravention d'un contrat licite. L'abrogation de l'art. 702A a éliminé le droit des municipalités de conclure des contrats dans lesquels l'exécution en nature serait garantie, mais elle ne les a pas empêchées de conclure des contrats d'aménagement à long terme.

La clause implicite de l'accord-cadre ne va pas à l'encontre de l'ordre public. Cette clause ne contrevient pas à la règle bien établie selon laquelle un conseil municipi-

the ability of a future council to exercise its legislative power is not violated by the implied term of the Master Agreement since the agreement does not restrict the City's authority to rezone. A distinction must be made between preventing council from exercising its legislative discretion and requiring it to consider its contractual obligations before exercising that discretion. To require a municipal council to consider its contractual obligations does not violate public policy but promotes the public interest. Councils are free to legislate as they like, but they cannot ignore the contractual obligations that they owe. Having such an indirect fetter does not subject the municipal legislative process to undue influence or embarrassment. It is sound policy to allow municipalities to enter complex, long-term development contracts which provide developers with a promise that existing zoning will continue for a period sufficient to allow for development. In this case, there is no direct fettering of the municipality's legislative power and there is no reason to fear that the duty to pay damages will affect in a detrimental way the public interest in preserving the legislative independence of all municipal governments.

In sum, where a municipality enters a contract with a legitimate purpose, that contract must be honoured. The City should not be able to terminate with impunity a contract that it uniquely crafted, thoughtfully entered into, received the full benefit of, and concedes is lawful. Here, PNI spent over \$2.5 million on infrastructure upgrades in anticipation of the commercial development that would result from the land transfer and zoning provided for in the contract. The public interest would not be served by allowing the City to escape its commitments. PNI is entitled to damages for breach of contract. Awarding compensation does not amount to a fettering of the municipal power over zoning that adversely affects the public's interest in local government.

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; **referred to:** *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3

pal n'a pas le pouvoir d'entraver l'exercice du pouvoir de réglementation d'un futur conseil, étant donné que l'accord-cadre ne restreint pas le pouvoir de la Ville de modifier le zonage. Il faut faire la distinction entre empêcher un conseil d'exercer son pouvoir discrétionnaire de réglementation et l'obliger à tenir compte de ses obligations contractuelles avant d'exercer ce pouvoir. Exiger qu'un conseil municipal tienne compte de ses obligations contractuelles n'est pas contraire à l'ordre public, mais favorise l'intérêt public. Les conseils sont libres d'adopter les règlements qu'ils veulent, mais ils ne sauraient faire fi des obligations contractuelles qui leur incombent. Une telle entrave indirecte n'expose pas le processus municipal de réglementation à une influence ou à une charge indue. Il convient de permettre aux municipalités de conclure des contrats complexes d'aménagement à long terme, dans lesquels elles promettent à des promoteurs immobiliers que le zonage existant sera maintenu pendant une période suffisante pour permettre l'aménagement. En l'espèce, il n'y a aucune entrave directe au pouvoir de réglementation de la municipalité et il n'y a aucune raison de craindre que l'obligation de verser des dommages-intérêts ait une incidence négative sur l'intérêt du public dans le maintien de l'indépendance de toutes les administrations municipales sur le plan de la réglementation.

Somme toute, lorsqu'une municipalité conclut un contrat dans un but légitime, ce contrat doit être respecté. La Ville ne devrait pas pouvoir mettre fin impunément à un contrat qu'elle a conçu avec soin, qu'elle a conclu de façon réfléchie, dont elle a pleinement bénéficié et dont elle reconnaît la légalité. En l'espèce, la PNI a dépensé plus de 2,5 millions de dollars pour l'amélioration des infrastructures en prévision des travaux d'aménagement commercial qui résulteraient de la cession de biens-fonds et du zonage prévus dans le contrat. Il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre à la Ville d'échapper à ses engagements. La PNI a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Consentir une indemnité pour inexécution de contrat n'équivaut pas à une entrave au pouvoir de zonage municipal, qui préjudicie à l'intérêt du public dans l'administration locale.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt: *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; **arrêts mentionnés:** *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledeu's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*,

S.C.R. 349; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *City of Vancouver v. B.C. Telephone Co.*, [1951] S.C.R. 3; *Martin Corp. v. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305; *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Birkdale District Electric Supply Co. v. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355; *Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284; *Capital Regional District v. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768; *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, leave to appeal granted, [1948] 3 D.L.R. 851; *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Wall and Redekop Corp. v. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436, aff'd (1976), 16 N.R. 435; *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *William Cory & Son Ltd. v. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476.

By Bastarache J. (dissenting on appeal)

M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd., [1999] 1 S.C.R. 619; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa*

[1991] 3 R.C.S. 349; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *City of Vancouver c. B.C. Telephone Co.*, [1951] R.C.S. 3; *Martin Corp. c. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305; *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Birkdale District Electric Supply Co. c. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355; *Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284; *Capital Regional District c. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768; *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, autorisation de pourvoi accordée, [1948] 3 D.L.R. 851; *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Wall and Redekop Corp. c. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436, conf. par (1976), 16 N.R. 435; *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *William Cory & Son Ltd. c. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476.

Citée par le juge Bastarache (dissident quant au pourvoi principal)

M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée, [1999] 1 R.C.S. 619; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledeu's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa*

(1918), 44 O.L.R. 284; *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693; *First City Development Corp. v. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241; *Stourcliffe Estates Co. v. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785; *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Muskoka Mall Ltd. v. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Municipal Act, S.B.C. 1971, c. 38, s. 52.
Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, ss. 23(1) [am. 1982, c. 60, s. 3], 108(2) [*idem*, s. 25(a)], 215 [*idem*, s. 58; am. 1989, c. 69, s. 22].
Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250, s. 108(2).
Local Elections Reform Act, 1993, S.B.C. 1993, c. 54, s. 23.
Local Government Statutes Amendment Act, 1998, S.B.C. 1998, c. 34, preamble.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 702A [ad. 1968, c. 33, s. 166; am. 1970, c. 29, s. 21; rep. & sub. 1971, c. 38, s. 52; am. 1972, c. 36, s. 28; am. 1972 (2nd Sess.), c. 9, s. 1; rep. 1977, c. 57, s. 13(1)], 702AA [ad. *idem*, s. 13(2)].
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 19, 287, 290 [am. 1993, c. 41, s. 32], 292, 313, 321 [rep. & sub. 1993, c. 54, s. 23], 322 [am. 1980, c. 50, s. 63; am. 1982, c. 76, s. 28; am. 1987, c. 38, s. 4], 344(1), 717 [rep. 1985, c. 79, s. 4], 963 [ad. *idem*, s. 8; am. 1987, c. 14, s. 27], 963.1(2) [ad. 1993, c. 58, s. 4; am. 1994, c. 43, s. 71], 972 [ad. 1985, c. 79, s. 8], 976 [*idem*], 980(5) [*idem*], (6) [*idem*], 982 [*idem*], 989(4) [ad. 1987, c. 14, s. 45(e)].
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 176, 903.
Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993, S.B.C. 1993, c. 58, s. 4.
Municipal Amendment Act, 1977, S.B.C. 1977, c. 57, s. 13.
Municipal Amendment Act, 1985, S.B.C. 1985, c. 79, ss. 4, 8.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 6, 2nd Sess., 31st Parl., pp. 4353-54.

(1918), 44 O.L.R. 284; *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693; *First City Development Corp. c. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241; *Stourcliffe Estates Co. c. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785; *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Muskoka Mall Ltd. c. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768.

Lois et règlements cités

Act to Amend the Municipal Act, S.B.C. 1971, ch. 38, art. 52.
Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 23(1) [mod. 1982, ch. 60, art. 3], 108(2) [*idem*, art. 25a)], 215 [*idem*, art. 58; mod. 1989, ch. 69, art. 22].
Land Title Act, R.S.B.C. 1996, ch. 250, art. 108(2).
Local Elections Reform Act, 1993, S.B.C. 1993, ch. 54, art. 23.
Local Government Statutes Amendment Act, 1998, S.B.C. 1998, ch. 34, préambule.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, ch. 255, art. 702A [aj. 1968, ch. 33, art. 166; 1970, ch. 29, art. 21; abr. & rempl. 1971, ch. 38, art. 52; mod. 1972, ch. 36, art. 28; mod. 1972 (2^e sess.), ch. 9, art. 1; abr. 1977, ch. 57, art. 13(1)], 702AA [aj. *idem*, art. 13(2)].
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 19, 287, 290 [mod. 1993, ch. 41, art. 32], 292, 313, 321 [abr. & rempl. 1993, ch. 54, art. 23], 322 [mod. 1980, ch. 50, art. 63; mod. 1982, ch. 76, art. 28; mod. 1987, ch. 38, art. 4], 344(1), 717 [abr. 1985, ch. 79, art. 4], 963 [aj. *idem*, art. 8; mod. 1987, ch. 14, art. 27], 963.1(2) [aj. 1993, ch. 58, art. 4; mod. 1994, ch. 43, art. 71], 972 [aj. 1985, ch. 79, art. 8], 976 [*idem*], 980(5) [*idem*], (6) [*idem*], 982 [*idem*], 989(4) [aj. 1987, ch. 14, art. 45e)].
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 176, 903.
Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993, S.B.C. 1993, ch. 58, art. 4.
Municipal Amendment Act, 1977, S.B.C. 1977, ch. 57, art. 13.
Municipal Amendment Act, 1985, S.B.C. 1985, ch. 79, art. 4, 8.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 6, 2nd Sess., 31st Parl., pp. 4353 et 4354.

- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Héту, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Macaulay, Robert W., and Robert G. Doumani. *Ontario Land Development: Legislation and Practice*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 (loose-leaf updated 1999, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal, Qué.: Thémis, 1999.
- Héту, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Macaulay, Robert W., and Robert G. Doumani. *Ontario Land Development: Legislation and Practice*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 (loose-leaf updated 1999, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, 165 D.L.R. (4th) 577, [1999] 7 W.W.R. 265, 112 B.C.A.C. 161, 182 W.A.C. 161, 1 M.P.L.R. (3d) 58, [1998] B.C.J. No. 2302 (QL), allowing the city's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL). Appeal dismissed, Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

L. John Alexander and Charles Edward Hanman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Guy McDannold, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

Land law may look like a dry, forbidding, and not very fashionable subject. Sometimes, however,

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, 165 D.L.R. (4th) 577, [1999] 7 W.W.R. 265, 112 B.C.A.C. 161, 182 W.A.C. 161, 1 M.P.L.R. (3d) 58, [1998] B.C.J. No. 2302 (QL), qui a accueilli l'appel de la ville contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL). Pourvoi principal rejeté, les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

L. John Alexander et Charles Edward Hanman, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Guy McDannold, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le droit foncier peut sembler un sujet aride, rébarbatif et peu à la mode. Cependant, il fait par-

it involves broad issues of policy and the principles of municipal governance, as will be found in the present appeal.

2

This case concerns land in and around Victoria's Inner Harbour. The parties argued vigorously over a question that ultimately amounted to whether the City of Victoria could sell zoning for, or at least commit itself to a freeze in the zoning of, a particular piece of property. They also discussed the application of an obscure subsection of the *Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2), the effect of which could have deprived the respondent on the cross-appeal of any interest in the property. After tracing the factual background of the case and the judgments below, I turn to these questions and to why both the appeal and the cross-appeal must be dismissed. Indeed, I conclude that any decision otherwise would go against the wording, history, and object of British Columbia's land titles and municipal government legislation and would potentially threaten longstanding principles of municipal law jurisprudence.

II. Factual Background

3

From 1911 until the 1970s, the "Songhees lands" located around Victoria's Inner Harbour had been used for industrial purposes by various parties who leased them from the Province of British Columbia. In the 1980s, the Province became interested in redeveloping the area. The Province and the City of Victoria engaged in discussions, and the City published a concept plan in 1984. In 1986, the Province shifted control of the land to the Crown corporation that would become the British Columbia Enterprise Corporation ("BCEC").

4

On August 28, 1987, the City and BCEC signed an umbrella agreement called the "Songhees Master Agreement" ("Master Agreement"). Under the Master Agreement, BCEC would itself develop some of the lands in a part of the development

fois intervenir de grandes questions d'ordre public et les principes de régie municipale, comme nous le verrons dans le présent pourvoi.

Le présent litige concerne des terrains situés dans le port intérieur de Victoria et autour de celui-ci. Les parties ont vigoureusement débattu la question de savoir, en fin de compte, si la ville de Victoria pouvait vendre un type de zonage ou, à tout le moins, s'engager à maintenir le zonage d'un bien-fonds particulier. Elles ont également traité de l'application d'un paragraphe obscur de la *Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 219, par. 108(2), qui pouvait avoir privé l'intimée au pourvoi incident de tout droit sur le bien en cause. Après avoir exposé les faits du pourvoi et les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure, j'examinerai ces questions et les motifs pour lesquels le pourvoi principal et le pourvoi incident doivent être rejetés tous les deux. En fait, j'en arrive à la conclusion que toute autre décision irait à l'encontre du libellé, de l'historique et de l'objet de la législation de la Colombie-Britannique relative aux titres fonciers et à l'administration municipale, et pourrait mettre en péril les principes établis depuis longtemps par la jurisprudence en matière de droit municipal.

II. Les faits

De 1911 jusque dans les années 70, les «terres Songhees», qui appartenaient à la province de la Colombie-Britannique et qui étaient situées autour du port intérieur de Victoria, étaient louées à diverses parties pour des fins industrielles. Au cours des années 80, la province a voulu réaménager ce secteur. Elle a entamé des discussions avec la ville de Victoria et, en 1984, cette dernière a publié un plan conceptuel d'aménagement. En 1986, la province a cédé le contrôle du bien-fonds à la société d'État qui allait devenir la British Columbia Enterprise Corporation («BCEC»).

Le 28 août 1987, la Ville et la BCEC ont conclu un accord-cadre appelé le «Songhees Master Agreement» (l'«accord-cadre»). Aux termes de cet accord-cadre, la BCEC aménagerait elle-même quelques-uns des terrains situés dans le secteur

called "Phase I", and it would sell other land consisting of some 22 acres to a private developer in a part of the development called "Phase II". The City Council shortly thereafter gave its official authorization to the Master Agreement at a Council meeting. The Master Agreement was registered as a restrictive covenant under s. 215 of the *Land Title Act*, presumably, as explained in oral argument, in order that BCEC would subject itself to the City's legislative powers over land use (from which, as part of the provincial government, it would ordinarily be exempt).

Contemporaneously with these events, after two years of planning, Pacific National Investments Ltd. ("PNI") was negotiating with BCEC to buy the Phase II area in order that it could construct a commercial and residential development on this land. Under the purchase agreement, PNI would take over BCEC's rights and obligations under the Master Agreement as successor to BCEC. This meant that PNI would fulfill BCEC's commitments, among others, with respect to providing for roads, parkland, a seawall, and walking paths. PNI envisioned its development as eventually including three-storey structures on platforms on two proposed water lots within the Phase II area. As found by the trial judge ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), at para. 22), what PNI would pay for the land obviously depended on what kinds of developments it might have the opportunity to undertake. PNI's agreement to purchase the land from BCEC was binding only if the City granted the subdivision of the Phase II land into five lots and passed the requisite zoning.

The City granted the subdivision and passed the zoning that would give PNI an opportunity to develop the land as it envisioned, this zoning permitting three-storey structures with mixed commercial and residential uses on the proposed water lots. In 1988, PNI deposited subdivision plan 47008, which would subdivide the Phase II land into five lots. These included Lots 3 and 4, the two water lots that have been the subject of so much litigation in this case. Most of the area of Lots 3

appelé «phase I», et vendrait à un promoteur immobilier d'autres terrains d'une superficie d'environ 22 acres, situés dans le secteur appelé «phase II». Peu après, l'accord-cadre a été approuvé officiellement lors d'une réunion du conseil municipal. Il a été enregistré à titre d'engagement de ne pas faire en vertu de l'art. 215 de la *Land Title Act* vraisemblablement, comme cela a été expliqué au cours des plaidoiries, pour que la BCEC s'assujettisse aux pouvoirs de la Ville de réglementer l'utilisation du sol (auxquels elle échapperait normalement en tant que partie du gouvernement provincial).

En même temps, après deux années de planification, la Pacific National Investments Ltd. («PNI») négociait avec la BCEC en vue d'acquérir la phase II afin d'y procéder à un aménagement commercial et résidentiel. Aux termes du contrat d'achat, les droits et obligations que l'accord-cadre attribuait à la BCEC étaient transférés à la PNI, en sa qualité de successeur de la BCEC. Cela signifiait que la PNI respecterait les engagements de la BCEC notamment au sujet de l'aménagement de routes, d'espaces verts, d'une digue et de sentiers pour piétons. La PNI prévoyait aménager éventuellement, sur deux plans d'eau projetés dans la phase II, des ouvrages de trois étages reposant sur des plates-formes. Comme l'a conclu le juge de première instance ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), au par. 22), le montant que la PNI payerait pour le bien-fonds dépendrait manifestement de la nature des aménagements qu'elle pourrait entreprendre. Le contrat en vertu duquel la PNI achèterait le bien-fonds de la BCEC ne serait exécutoire que si la Ville approuvait la division de la phase II en cinq lots et adoptait le zonage nécessaire.

La Ville approuva le plan de lotissement et adopta le zonage qui donnerait à la PNI la possibilité d'aménager le bien-fonds tel que prévu, puisqu'il permettait la construction d'ouvrages de trois étages à des fins commerciales et résidentielles sur les plans d'eau projetés. En 1988, la PNI déposa le plan de lotissement 47008, selon lequel la phase II serait divisée en cinq lots, dont les lots 3 et 4 qui représentent les deux plans d'eau ayant fait l'objet de tant de débats en l'espèce. Les lots 3 et 4 étaient

5

6

and 4 was covered by water when the subdivision plan was deposited and at other relevant times. Immediately to the north would be parkland and an area set aside for roads. Since the lands set aside for parks and roads were lands set aside for the Crown, Lots 3 and 4 thereby adjoined Crown lands. The City of Victoria would take the position in its reply to PNI's claim that these specific details about the lots triggered a special section, s. 108(2), of the *Land Title Act* when PNI deposited the subdivision plan. Under s. 108(2), according to the City, title to the lots would have reverted to the Crown upon the filing of the subdivision plan.

en grande partie recouverts d'eau au moment du dépôt du plan de lotissement et à toute autre époque pertinente. Un espace vert et une aire réservée à l'aménagement de routes étaient situés immédiatement au nord. Étant donné que les biens-fonds réservés à l'aménagement de parcs et de routes étaient réservés à l'État, les lots 3 et 4 étaient de ce fait contigus à des terres publiques. La ville de Victoria a répondu à la réclamation de la PNI que les particularités de la situation de ces lots avaient déclenché l'application d'une disposition spéciale, soit le par. 108(2), de la *Land Title Act* au moment où la PNI avait déposé le plan de lotissement. La Ville était d'avis que l'application du par. 108(2) aurait entraîné la réversion de la propriété des lots à l'État à la suite du dépôt du plan de lotissement.

7

In any case, the initial development by PNI did not take place on Lots 3 and 4. It began with landscaping of the parks and the other servicing work that it had to do to fulfill its obligations. It constructed condominiums on the south half of Lot 2 and began development on Lots 1 and 5, the other upland lots. No buildings were put up on the water lots. Through the sale of Lots 1 and 5 and the developed half of Lot 2, the trial judge found, at para. 41, that PNI recovered about \$7 million compared to its costs for all the Phase II lands of \$5 million; in other words, with land remaining to sell, PNI already had a 40 percent profit.

Quoi qu'il en soit, les travaux d'aménagement initiaux de la PNI n'ont pas été effectués sur les lots 3 et 4. La PNI a d'abord procédé à l'aménagement paysager des parcs et à l'exécution des autres travaux de viabilisation auxquels elle était tenue. Elle a construit des condominiums dans la partie sud du lot 2 et a procédé à l'aménagement des lots 1 et 5, les autres biens-fonds littoraux. Aucun immeuble n'a été érigé sur les plans d'eau. Comme le juge de première instance l'a conclu au par. 41, la vente des lots 1 et 5 ainsi que de la partie aménagée du lot 2 a permis à la PNI de récupérer environ 7 millions de dollars, comparativement aux 5 millions de dollars déjà déboursés pour acquérir tous les terrains de la phase II; autrement dit, la PNI avait déjà réalisé un profit de 40 pour 100 sans compter les terrains qui n'étaient pas encore vendus.

8

PNI's development of residential property amid landscaped parks and near the newly constructed seawall resulted in the creation of a peaceful, tranquil setting. Residents and visitors would frolic in the parks and might stroll along the seawall to watch the sunset.

La construction par la PNI d'immeubles résidentiels au cœur de parcs paysagés et près de la nouvelle digue créa un environnement tranquille et paisible. Les résidents et les visiteurs pouvaient se prélasser dans les parcs et se promener sur la digue pour admirer les couchers de soleil.

9

So, as the trial judge noted at para. 17, it was not surprising when those enjoying this oasis of tran-

Comme le juge de première instance l'a souligné au par. 17, il n'était donc pas étonnant que

quility objected to the plans that PNI brought forth for Lots 3 and 4. About five years after PNI purchased the land and began development on the other lots, PNI's architect had designed for the water lots three-storey edifices that would sit atop concrete slabs. Such buildings were allowed under the City's 1987 zoning by-law. The concrete slabs would rest on piles going down into the Harbour. With a combination of restaurants and other commercial establishments planned in conjunction with additional residential development, PNI aspired to the creation of a waterfront that would be full of people, energy, and noise.

As the public became aware of these plans that would transform the harbourfront as they now knew it, they began to express their discontent. They voiced their concerns to their elected representatives on the City Council, and all but one member of the Council voted on August 26, 1993 to rezone the water lots so as to prevent additional residential development on them and so as to limit buildings on these lots to one storey in height. In implementing new limits, the Council asserted that it was trying to strike a balance appropriate to the values and interests of the community in 1993 and that, in so doing, it was not bound by the zoning adopted by a previous council.

Because this rezoning would significantly impact on PNI's intentions for these lots, PNI took the position that this "down-zoning" was in breach of the City's implied obligations under the Master Agreement and thus infringed PNI's rights as successor to BCEC under the Master Agreement. Accordingly, it sued for breach of contract. Alternatively, it claimed restitution for unjust enrichment for the parks and other amenities that it had constructed and from which the City would benefit. With major issues at stake, the matter has gradually made its way toward our Court.

les personnes qui jouissaient de cet oasis de tranquillité se soient opposées aux plans que la PNI avait soumis pour les lots 3 et 4. Environ cinq ans après que la PNI eut fait l'acquisition du bien-fonds et commencé l'aménagement des autres lots, l'architecte de la PNI avait conçu des immeubles de trois étages, reposant sur des dalles de béton, qui seraient construits sur les plans d'eau. La construction de tels immeubles était permise en vertu du règlement de zonage municipal de 1987. Les dalles de béton reposeraient sur des pieux enfoncés dans le lit du port. Avec son projet d'aménagement de restaurants et d'autres établissements commerciaux, et de construction d'un autre ensemble résidentiel, la PNI voulait faire du secteur riverain un lieu achalandé, bruyant et débordant d'activités.

En prenant connaissance de ces plans de nature à transformer la façade portuaire à laquelle il était habitué, le public a commencé à exprimer son mécontentement. Des citoyens ont fait part de leurs inquiétudes à leurs représentants élus au conseil municipal. Celui-ci, avec la dissidence d'un seul de ses membres, décida, le 26 août 1993, de modifier le zonage des plans d'eau afin d'y interdire la construction d'un autre ensemble résidentiel et de limiter à un étage la hauteur des immeubles qui y seraient érigés. En appliquant de nouvelles restrictions, le conseil déclara qu'il tentait d'établir un équilibre conforme aux valeurs et aux intérêts de la collectivité de 1993 et que, ce faisant, il n'était pas lié par le zonage adopté par un conseil antérieur.

En raison de l'incidence importante que cette modification de zonage aurait sur ses intentions relatives à ces lots, la PNI a soutenu qu'elle contrevenait aux obligations implicites qui incombaient à la Ville aux termes de l'accord-cadre, et ainsi aux droits que la PNI possédait, à titre de successeur de la BCEC, en vertu du même accord. La PNI a donc intenté une action pour inexécution de contrat. Subsidièrement, elle a demandé la restitution pour enrichissement sans cause à l'égard des parcs et des autres installations qu'elle avait aménagés et dont la Ville bénéficierait. En raison de l'importance des questions qui y étaient soulevées, la présente affaire s'est finalement retrouvée devant notre Cour.

10

11

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL)

12 In the British Columbia Supreme Court trial before Mackenzie J., PNI claimed against the City for damages for breach of contract or, alternatively, restitution for unjust enrichment. After considering one preliminary issue, the trial judge held that the City was liable to pay damages and, thus, did not consider the alternative argument on restitution.

13 On a preliminary question at a *voir dire*, the City argued that s. 108(2) of the *Land Title Act* had operated to vest Lots 3 and 4 in the Province when PNI deposited its subdivision plan at the land titles office. This would mean that PNI did not even own the land that had given rise to its claim against the City. The trial judge rejected this argument, holding that s. 108(2) did not apply to areas within subdivided lots on the subdivision plan but only to remainders within the titled land. Thus, it did not apply to Lots 3 and 4.

14 On the contractual issue, the trial judge was prepared to find for PNI. Although there was no explicit term to this effect, he considered that there was a necessary implication in the Master Agreement that the City's zoning would remain in place for a reasonable period of time. Such an implied term did not bind future councils to particular zoning but simply dictated that a future council would be liable for damages if it broke this contractual term. In arriving at his conclusion that it was appropriate to find this implied term, the trial judge took into consideration the policy reasons that "[t]o the extent that certainty reduces business risk, it reduces the cost of development . . ." (para. 39) and that "[t]he members of council . . . were in the best position to assess public attitudes and the risk that those attitudes might change during the course of a development intended to be built over a

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL)

Lors du procès qui s'est déroulé devant le juge Mackenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la PNI a réclaté de la Ville des dommages-intérêts pour inexécution de contrat ou, subsidiairement, une restitution pour enrichissement sans cause. Après avoir examiné une question préliminaire, le juge de première instance a statué que la Ville était tenue de verser des dommages-intérêts et n'a donc pas examiné l'argumentation subsidiaire sur la restitution.

Pour répondre à une question préliminaire soulevée lors d'un voir-dire, la Ville a plaidé que le par. 108(2) de la *Land Title Act* avait eu pour effet d'attribuer à la province les lots 3 et 4 au moment où la PNI avait déposé son plan de lotissement au bureau d'enregistrement foncier. Cela signifiait que la PNI ne possédait même pas le bien-fonds à l'origine de son action contre la Ville. Le juge de première instance a rejeté cet argument, après avoir conclu que le par. 108(2) s'appliquait non pas à des secteurs compris dans des lots figurant sur le plan de lotissement, mais uniquement au reste du bien-fonds visé par le droit de propriété. Il ne s'appliquait donc pas aux lots 3 et 4.

Quant à la question contractuelle, le juge de première instance était disposé à trancher en faveur de la PNI. Malgré l'inexistence d'une clause expresse en ce sens, il a estimé qu'il était nécessairement implicite dans l'accord-cadre que le zonage municipal serait maintenu pendant un délai raisonnable. Une telle clause implicite n'obligeait pas les futurs conseils à maintenir un zonage particulier, mais voulait simplement qu'un futur conseil soit tenu de verser des dommages-intérêts s'il violait cette stipulation contractuelle. En décidant qu'il convenait de conclure à l'existence de cette clause implicite, le juge de première instance a tenu compte des raisons de principe selon lesquelles [TRADUCTION] «[d]ans la mesure où la certitude diminue le risque commercial, elle réduit les coûts d'aménagement» (par. 39), et [TRADUCTION] «[l]es membres du conseil [. . .] étaient les mieux placés pour évaluer les

period of time” (para. 40). The trial judge found that PNI had proceeded within a reasonable time in the circumstances. He rejected any argument that the City was exempt from paying damages when it breached a contract. Therefore, in his written judgment, he held the City liable for breach of contract.

The trial judge did not reach any conclusion on the quantum of damages, which he considered was still very much a live issue, nor on the alternative claim of restitution for unjust enrichment.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390

Esson J.A. wrote for a unanimous Court of Appeal. He set aside the trial judgment and remitted the matter for trial on the remaining issue of restitution for unjust enrichment.

In the judgment, Esson J.A. had to consider first the City’s attempt to revive the s. 108(2) argument from the *voir dire*. Based on principles of indefeasibility of title, he came close to saying that the City had no standing to make the argument. In any event, the City lost on the merits of the point. Esson J.A. considered that the obscure language of s. 108(2) was directed toward the recovery of foreshore previously granted away and thus did not apply to the case at bar. Indeed, he considered that any application of s. 108(2) here would lead to an absurd and unconscionable result. Thus, the Court of Appeal’s judgment rejected the City’s argument on this point and even went on to make a special costs award to show its disdain for the argument.

On the contractual issue, Esson J.A. referred first to the foundational principle that a municipal council cannot bind future councils. Previous legislation in British Columbia had made special provisions for a municipality to do just this in certain

mentalités et le risque que ces dernières changent pendant l’exécution d’un projet d’aménagement qui doit se prolonger pendant un certain temps» (par. 40). Le juge de première instance a conclu que, dans les circonstances, la PNI avait agi dans un délai raisonnable. Il a rejeté tout argument que la Ville n’avait pas à verser des dommages-intérêts si elle rompait un contrat. Dans ses motifs écrits, il a donc conclu à la responsabilité de la Ville pour inexécution de contrat.

Le juge de première instance n’a tiré aucune conclusion sur la question du montant des dommages-intérêts qui, selon lui, n’était toujours pas réglée, ni sur la demande subsidiaire de restitution pour enrichissement sans cause.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390

Le juge Esson a rédigé les motifs unanimes de la Cour d’appel. Il a infirmé le jugement de première instance et renvoyé l’affaire à procès sur la question résiduelle de la restitution pour enrichissement sans cause.

Dans l’arrêt, le juge Esson a d’abord dû examiner la tentative de la Ville de relancer l’argument du par. 108(2) qui avait été avancé lors du *voir dire*. Compte tenu des principes de l’intangibilité des titres, il s’en est fallu de peu qu’il affirme que la Ville n’avait pas qualité pour avancer ce moyen. Quoi qu’il en soit, la Ville n’a pas eu gain de cause quant au fond de cette question. Le juge Esson a estimé que le texte obscur du par. 108(2) visait la récupération de l’estrans cédé antérieurement et ne s’appliquait donc pas à l’affaire en cause. En fait, il était d’avis que toute application du par. 108(2) entraînerait un résultat absurde et inique en l’espèce. Par conséquent, la Cour d’appel a rejeté l’argument de la Ville sur ce point et a même accordé des dépens spéciaux pour montrer le peu d’importance accordé à cet argument.

Au sujet de la question contractuelle, le juge Esson a d’abord mentionné le principe fondamental selon lequel un conseil municipal ne saurait lier les conseils qui le suivront. En Colombie-Britannique, des mesures législatives antérieures,

15

16

17

18

circumstances, but this legislation had been repealed. In the absence of that kind of legislation, the proper approach to municipal powers was to interpret them so that a present council could not bind future citizens. Based on *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (B.C.C.A.), and *Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (B.C.S.C.), Esson J.A. held that even making the City liable for damages could effectively bind a future municipal government. In the context of an agreement like the alleged implied term, Esson J.A. concluded that the City lacked the power to fetter future councils.

19

Moreover, Esson J.A. considered that s. 972(1) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, created a statutory bar on claims against a municipality related to changes in value from changed zoning. The legislature had created one exception to this in s. 972(2). It could have created other exceptions, but it did not. This further supported Esson J.A.'s view that the scheme of the legislation was against a council being liable on implied terms like in the case at bar. Esson J.A. considered that these kinds of policy questions were appropriately questions for the legislature.

20

Esson J.A. concluded, then, that it was doubtful that contracting not to down-zone would be *intra vires*. However, he preferred to rule based on whether the allegedly implied term was actually implicit or not. On his reading of the record, there had been acknowledgments in the negotiation process that the City retained ultimate control over matters like zoning. After examining the business efficacy rule, he stated that the term could not be implied in fact because the City would not have agreed to it and could not be implied in law because it contradicted the legislature's pro-

qui comportaient des dispositions particulières permettant à une municipalité de faire exactement cela dans certaines circonstances, avaient été abrogées. En l'absence d'une telle mesure législative, il convenait d'interpréter les pouvoirs municipaux de manière à ce que le conseil municipal d'aujourd'hui ne puisse pas lier de futurs citoyens. Se fondant sur les affaires *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (C.A.C.-B.), et *Ingledeu's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (C.S.C.-B.), le juge Esson a statué que le seul fait de prévoir que la Ville serait tenue de verser des dommages-intérêts pouvait effectivement lier une future administration municipale. Le juge Esson a conclu que la Ville n'avait pas compétence pour lier de futurs conseils dans un contexte comme celui de la soi-disant clause implicite.

De plus, le juge Esson était d'avis que le par. 972(1) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, empêchait d'intenter contre une municipalité des actions fondées sur les changements de valeur résultant d'une modification de zonage. Le législateur avait établi une exception à cette règle au par. 972(2). Il aurait pu créer d'autres exceptions, mais il ne l'a pas fait. Cela était d'autant plus le point de vue du juge Esson, selon lequel l'économie de la mesure législative militait contre l'idée que la responsabilité d'un conseil municipal soit engagée en vertu de clauses implicites comme celle dont il est question en l'espèce. Le juge Esson considérait qu'il appartenait au législateur de trancher de telles questions de politique générale.

Le juge Esson a alors conclu qu'il était douteux que s'engager par contrat à ne pas modifier le zonage soit *intra vires*. Cependant, il a préféré fonder sa décision sur la question de savoir si la soi-disant clause implicite était vraiment implicite. Selon son interprétation du dossier, il avait été reconnu, au cours du processus de négociation, que la Ville conserverait en fin de compte le contrôle de certaines matières comme le zonage. Après avoir examiné la règle de l'efficacité commerciale, le juge Esson a déclaré que la clause ne pouvait être ni implicite en fait parce que la Ville n'y aurait

nounced policy. Thus, the implication of the term had to be set aside.

In the circumstances, Esson J.A., writing for the unanimous Court of Appeal, held that the alleged term could not be implied and would likely be *ultra vires*. Thus, the City could not be liable in contract. However, because the matter had not been dealt with below, the case would be remitted for trial on the unjust enrichment issue.

IV. Relevant Statutory Provisions

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219 (now R.S.B.C. 1996, c. 250)

23. (1) Every indefeasible title, as long as it remains in force and uncancelled, shall be conclusive evidence at law and in equity, as against the Crown and all other persons, that the person named in the title is indefeasibly entitled to an estate in fee simple to the land described in the indefeasible title, subject to. . . .

108. . . .

(2) Where the subdivided area shown in and included in a subdivision or reference plan deposited in the land title office before or after this section comes into force adjoins land covered by water, and the land is included in the subdivider's indefeasible title and adjoins land the title to which is vested in Her Majesty the Queen in right of the Province, the deposit shall be deemed to be a transfer in fee simple of the first mentioned land to Her Majesty the Queen in right of the Province, and the title of the registered owner to the first mentioned land covered by water shall be deemed to be extinguished.

215. (1) A covenant, whether of a negative or positive nature,

(a) in respect of

- (i) the use of land; or
- (ii) the use of a building on or to be erected on land;

pas souscrit, ni implicite en droit parce qu'elle allait à l'encontre de la politique explicite du législateur. Ainsi, l'existence implicite de cette clause devait être écartée.

Dans les circonstances, le juge Esson a statué, au nom d'une cour d'appel unanime que la clause dont l'existence était alléguée ne pouvait être implicite et qu'elle serait vraisemblablement *ultra vires*. La responsabilité contractuelle de la Ville ne pouvait donc pas être engagée. Cependant, du fait que cette question n'avait pas été examinée en première instance, l'affaire a été renvoyée à procès sur la question de l'enrichissement sans cause.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 250)

[TRADUCTION]

23. (1) Tant qu'il reste en vigueur et n'a pas été révoqué, le titre inattaquable est une preuve concluante en common law et en *equity*, opposable à l'État et à toute autre personne, que la personne dont le nom figure sur ce titre possède de façon irrévocable le droit de propriété foncière en fief simple sur le bien-fonds y décrit, sous réserve de . . .

108. . . .

(2) Lorsque le secteur loti qui figure sur le plan de lotissement ou de renvoi déposé au bureau d'enregistrement foncier avant la date d'entrée en vigueur du présent article, ou après cette date, est contigu à un bien-fonds recouvert d'eau et que celui-ci est assujéti au titre de propriété inattaquable du lotisseur et est contigu à un bien-fonds dévolu à Sa Majesté la Reine du chef de la province, le dépôt en question est réputé constituer une cession en fief simple du bien-fonds recouvert d'eau à Sa Majesté la Reine du chef de la province, et le titre du propriétaire inscrit du bien-fonds recouvert d'eau est réputé éteint.

215. (1) L'engagement de faire ou de ne pas faire qui, selon le cas:

a) concerne:

- (i) soit l'utilisation d'un bien-fonds,
- (ii) soit l'utilisation d'un immeuble situé sur un bien-fonds ou devant y être érigé;

21

22

- (b) that land is or is not to be built on;
- (c) that land is not to be subdivided, or if subdivision is permitted by the covenant, is not to be subdivided except in accordance with the covenant; or
- (d) that several parcels of land designated in the covenant and registered under one or more indefeasible titles are not to be sold or transferred separately

in favour of the Crown or a Crown corporation or agency or of a municipality or a regional district, in this section referred to as the "covenantee", may be registered as a charge against the title to that land and is enforceable against the covenantor and his successors in title, even if the covenant is not annexed to land owned by the covenantee.

. . .

(3) Where an instrument contains a covenant registrable under this section, the covenant is binding on the covenantee and his successors in title, notwithstanding that the instrument or other disposition has not been signed by the covenantee.

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290 (now R.S.B.C. 1996, c. 323)

963. (1) A local government may, by bylaw,

- (a) divide the whole or part of the municipality or regional district, as the case may be, into zones, name each zone and show by map or describe by legal description the boundaries of the zones,
- (b) limit the vertical extent of a zone and provide other zones above or below it, and
- (c) regulate within the zones
 - (i) the use of land, buildings and structures,
 - (ii) the density of the use of land, buildings and structures, and
 - (iii) the siting, size and dimensions of
 - (A) buildings and structures, and
 - (B) uses that are permitted on the land, and

- b) prévoit que des ouvrages pourront ou ne pourront pas être construits sur un bien-fonds;
- c) prévoit que le bien-fonds ne doit pas être loti, sauf conformément à l'engagement;
- d) prévoit que certaines parcelles qui y sont désignées et pour lesquelles un seul ou plusieurs titres inattaquables ont été enregistrés ne doivent être ni vendues ni cédées séparément

en faveur de l'État, d'une société d'État ou de tout autre organisme public, ou encore d'une municipalité ou d'un district régional, appelés dans le présent article «bénéficiaire de l'engagement», peut être enregistré comme une charge grevant le titre de ce bien-fonds et est opposable à l'auteur de l'engagement et à ses ayants droit, même si cet engagement n'est pas annexé au bien-fonds appartenant au bénéficiaire de l'engagement.

. . .

(3) Lorsqu'un acte contient un engagement qui peut être enregistré en vertu du présent article, celui-ci lie le bénéficiaire de l'engagement et ses ayants droit, même s'il n'a pas signé l'acte ni souscrit à une autre forme d'aliénation.

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 323)

[TRADUCTION]

963. (1) Une administration municipale peut, par règlement:

- a) diviser en zones la totalité ou une partie de la municipalité ou du district régional, selon le cas, nommer chacune d'elles et les délimiter au moyen d'une carte ou d'une description légale;
- b) limiter l'étendue verticale d'une zone et établir d'autres zones au-dessus ou au-dessous de celle-ci;
- c) régir à l'intérieur des zones:
 - (i) l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (ii) la densité de l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (iii) le choix de l'emplacement, la taille et les dimensions:
 - (A) des immeubles et ouvrages,
 - (B) des usages qui peuvent être faits du sol;

(d) regulate the shape, dimensions and area, including the establishment of minimum and maximum sizes, of all parcels of land that may be created by subdivision, and

(i) the regulations may be different for different areas, and

(ii) the boundaries of those areas need not be the same as the boundaries of zones created under subsection 1(a).

(2) The regulations under subsection (1) may be different for different

(a) zones,

(b) uses within a zone,

(c) standards of works and services provided, and

(d) siting circumstances

as specified in the bylaw.

(3) The power to regulate under subsection (1) includes the power to prohibit any use or uses in any zone or zones.

972. (1) Compensation is not payable to any person for any reduction in the value of that person's interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan, a rural land use bylaw or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division (5).

980. . . .

(5) A local government may issue more than one permit for an area of land, and the land shall be developed strictly in accordance with the permit or permits issued, which shall also be binding on the local government.

V. Issues

There are two basic issues in this case. First, on the appeal, the question is whether the City was liable to pay damages under an implied contractual term that the municipality would not rezone before the expiration of a reasonable period of time. Second, on the cross-appeal, the question is whether the City can successfully argue that s. 108(2) of the *Land Title Act* means that PNI does not even have

d) régir la forme, les dimensions et la superficie, y compris l'établissement des tailles minimale et maximale, de toutes les parcelles qui peuvent être créées par lotissement, sauf que:

(i) la réglementation peut varier d'un secteur à l'autre,

(ii) les limites de ces secteurs peuvent être différentes de celles des zones créées en vertu de l'alinéa a).

(2) La réglementation en vertu du paragraphe (1) peut, selon ce qui est prévu par le règlement, varier selon:

a) les zones;

b) les usages à l'intérieur d'une zone;

c) les normes des travaux effectués et des services fournis;

d) les circonstances du choix de l'emplacement.

(3) Le pouvoir de réglementation prévu au paragraphe (1) comprend le pouvoir d'interdire toute utilisation dans une zone donnée.

972. (1) Aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds, ou pour toute perte ou tous dommages résultant de l'adoption d'un plan communautaire officiel, d'un règlement relatif à l'utilisation de terres rurales, d'un règlement pris en vertu de la présente division ou de la délivrance d'un permis en vertu de la division (5).

980. . . .

(5) Une administration locale peut délivrer plus d'un permis pour un secteur, et les biens-fonds de ce secteur doivent être aménagés strictement en conformité avec le ou les permis délivrés, lesquels lient également l'administration locale.

V. Questions en litige

Deux questions fondamentales sont soulevées en l'espèce. Premièrement, dans le pourvoi principal, la question est de savoir si la Ville était tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle la municipalité ne modifierait pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable. Deuxièmement, dans le pourvoi incident, il s'agit de savoir si

title to the land in question. I turn now to analyzing these questions.

VI. Analysis

24 If we were to allow the City's cross-appeal, PNI would no longer have title to the land in question, and the appeal itself would thus become meaningless. Thus, I propose to deal with the cross-appeal first. After explaining why it must be dismissed, I will then turn to the appeal itself and why it too must not be allowed.

A. *Does Section 108(2) of the Land Title Act Mean that PNI Does Not even Have Title to the Land in Question?*

25 The cross-appeal presents a discrete, technical problem of statutory interpretation. It has ultimately consisted of much argument on the small, obscure, and even somewhat peculiar s. 108(2) of British Columbia's *Land Title Act*. This subsection provides in certain circumstances for a deemed transfer of title to the Crown and extinguishment of fee simple. I can find no good reason to interfere with the British Columbia Court of Appeal's interpretation of this subsection of their provincial statute. Indeed, on the contrary, there is solid reason to reject the City's interpretation and to affirm the conclusion reached by both levels of courts in British Columbia.

26 In interpreting legislation, our Court and its members must be guided by long-standing and well-accepted principles of statutory interpretation. One such principle states that potentially confiscatory legislation ought to be construed cautiously so as not to strip individuals of their rights without the legislation being clear as to this intent. As described by P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 482, "encroachments on the enjoyment of property should be interpreted rigorously and strictly. . . .

la Ville peut soutenir avec succès que, selon le par. 108(2) de la *Land Title Act*, la PNI n'a même pas un droit de propriété sur le bien-fonds en question. Je vais maintenant analyser ces questions.

VI. Analyse

Si nous devons accueillir le pourvoi incident de la Ville, la PNI n'aurait plus aucun droit de propriété sur le bien-fonds en question et le pourvoi principal deviendrait ainsi dénué de sens. Je compte donc commencer par examiner le pourvoi incident. Après avoir expliqué pourquoi il doit être rejeté, je vais examiner le pourvoi principal et expliquer pourquoi il ne doit pas, lui non plus, être accueilli.

A. *Le paragraphe 108(2) de la Land Title Act signifie-t-il que la PNI n'a même pas un droit de propriété sur le bien-fonds en question?*

Le pourvoi incident pose un problème technique distinct d'interprétation législative. On y a, en fin de compte, beaucoup débattu le par. 108(2) de la *Land Title Act* de la Colombie-Britannique, qui est une petite disposition obscure et quelque peu singulière. Ce paragraphe établit, dans certaines circonstances, une présomption de cession du droit de propriété à l'État et d'extinction de la propriété en fief simple. Je ne vois aucune raison valable de modifier l'interprétation que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donnée à ce paragraphe de la loi de cette province. En fait, il existe au contraire un motif sérieux de rejeter l'interprétation donnée par la Ville et de confirmer la conclusion tirée par les deux tribunaux de la Colombie-Britannique.

Lorsqu'ils interprètent des lois, les juges de notre Cour doivent être guidés par des principes d'interprétation législative traditionnels reconnus. L'un de ces principes veut que l'on interprète avec prudence une mesure législative potentiellement spoliatrice afin d'éviter que des individus ne soient dépouillés de leurs droits en l'absence d'une intention claire en ce sens dans la mesure législative en cause. Comme l'explique P.-A. Côté, dans *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), à la p. 607, il existe un principe d'interprétation «qui veut que

The courts require that the legislature express himself extremely clearly where there is an intention to expropriate or confiscate without compensation.” (See also *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349, at p. 357; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167, at p. 197.)

Given s. 108(2)’s clear confiscatory effect, the lower courts have appropriately given it a strict interpretation and thus avoided what the Court of Appeal termed “a result that could fairly be called absurd and unconscionable” (para. 15). The trial judge held in the oral hearing on the *voir dire* that a necessary implication of the subsection’s wording was that the subsection did not apply to any subdivided area itself but simply to adjoining land. The Court of Appeal upheld the trial judge’s “reasonable interpretation [that] accords with the purpose of the enactment” (para. 15). I too consider this to be the correct interpretation of the subsection. The subsection uses two terms, “subdivided area” and “land”, that must be read to refer to different things. The text, after all, refers to the “land” as adjoining the “subdivided area”. The subsection results in a change of title only for this “land” and thus not for the “subdivided area”. It is concerned not with the lots created through subdivision but with other areas within the titled land that amount to remainders.

On this interpretation of s. 108(2), it is clear that the subsection can have no application to the facts before us. As the courts below correctly determined, the water lots in question are part of the subdivided area on the subdivision plan and are in no way remainders. They are thus not within the scope of s. 108(2). Given this conclusion, I see no need to discuss the argument that the City lacked standing to raise this argument. I do note in passing my doubts on the proposition that the indefea-

les restrictions au droit de jouir librement des biens soient interprétées d’une manière rigoureuse et restrictive. [. . .] [L]es tribunaux exigent du législateur qui veut opérer une expropriation sans indemnité ou une confiscation qu’il s’exprime très clairement à cet effet.» (Voir également *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, à la p. 357; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167, à la p. 197.)

Étant donné l’effet clairement spoliateur du par. 108(2), les tribunaux d’instance inférieure lui ont donné à juste titre une interprétation stricte et ont ainsi évité ce que la Cour d’appel considèrerait comme un [TRADUCTION] «résultat qui pourrait vraiment être qualifié d’absurde et d’inique» (par. 15). Lors de l’audition relative au voir-dire, le juge de première instance a conclu qu’il était nécessairement implicite dans le texte du paragraphe en cause que celui-ci s’appliquait non pas au secteur loti lui-même, mais uniquement aux biens-fonds contigus. La Cour d’appel a confirmé [TRADUCTION] «l’interprétation raisonnable [du juge de première instance] [qui est] conforme à l’objet du texte législatif» (par. 15). J’estime moi aussi que c’est la bonne façon d’interpréter le paragraphe. On y retrouve deux expressions, [TRADUCTION] «secteur loti» et «bien-fonds», qui doivent s’interpréter comme désignant deux choses différentes. Après tout, le texte parle du «bien-fonds» qui est contigu au «secteur loti». Le paragraphe entraîne ainsi un changement du droit de propriété seulement à l’égard de ce «bien-fonds» et non pas à l’égard du «secteur loti». Il vise non pas les lots résultant d’un lotissement, mais plutôt les autres secteurs qui constituent le reste du bien-fonds visé par le droit de propriété.

Suivant cette interprétation du par. 108(2), il est clair qu’il ne peut pas s’appliquer aux faits dont nous sommes saisis. Comme les tribunaux d’instance inférieure l’ont décidé à juste titre, les plans d’eau en question font partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement et ne sont aucunement résiduels. Ils ne sont donc pas visés par le par. 108(2). Étant donné cette conclusion, je ne vois pas l’utilité d’analyser l’argument selon lequel la Ville n’avait pas qualité pour avancer cet argu-

sibility principle in s. 23(1), designed as a curtain against past interests, can operate as a bar to standing on the present operations of a statutory section such as s. 108(2) of the *Land Title Act*. But the principles governing standing are set out elsewhere in our jurisprudence, and I need not make any decisions on these issues here given that the cross-appeal ultimately fails on its merits.

29

Thus, there was no error in the courts below on the merits of this issue. Accordingly, I would dismiss the cross-appeal.

B. Was the City Liable to Pay Damages Under an Implied Contractual Term that the Municipality Would Not Rezone Before the Expiration of a Reasonable Period of Time?

1. Introduction

The Alleged Implied Term

30

In the end, the appellant rests its case on the argument that the City of Victoria is bound by an implied term to keep the zoning in place for a number of years and to pay damages if it modifies it. The onus was on the appellant to demonstrate that such a term would be legal and in conformity with the legislation governing municipalities and with the public policy considerations underpinning the legislative rules. It would also have to demonstrate that such an implied term has indeed been agreed to by the parties and should thus be read into their contract. (*M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 27, per Iacobucci J. citing *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775, per Le Dain J.) Reading in of such a term is an act of judicial authority particularly important in the context of a contractual relationship with municipalities, owing to the

ment. En passant, j'ai des doutes au sujet de la proposition selon laquelle le principe de l'intangibilité, prévu au par. 23(1) pour protéger contre certains droits antérieurs, peut faire disparaître la qualité pour agir en vertu d'une disposition législative comme le par. 108(2) de la *Land Title Act*. Cependant, les principes qui régissent la qualité pour agir sont énoncés ailleurs dans notre jurisprudence et je n'ai pas à trancher ces questions en l'espèce puisque le pourvoi incident est, en définitive, rejeté sur le plan du fond.

Les tribunaux d'instance inférieure n'ont ainsi commis aucune erreur quant au fond de cette question. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident.

B. La Ville était-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle la municipalité ne modifierait pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable?

1. Introduction

La clause implicite dont l'existence est alléguée

En définitive, l'appelante fait valoir que la ville de Victoria est liée par une clause implicite selon laquelle elle maintiendra le zonage pendant un certain nombre d'années et payera des dommages-intérêts si elle le modifie. Il incombait à l'appelante de démontrer qu'une telle clause serait légale et conforme à la législation régissant les municipalités et avec les considérations d'ordre public qui sous-tendent les règles législatives. Elle devrait également établir que les parties ont vraiment souscrit à une telle clause implicite qui devrait, par conséquent, être considérée comme faisant partie de leur contrat. (*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, au par. 27, où le juge Iacobucci cite l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, à la p. 775, le juge Le Dain.) Décider qu'une telle clause est incluse est un exercice de pouvoir judiciaire particulièrement important dans le contexte d'une relation contractuelle avec des municipalités,

special nature of their powers and their societal functions.

In the absence of evidence and given the onus on the party alleging the implied term, reading such a term into the contract between the parties in the case at bar would be a purely discretionary exercise of judicial power. It would lack any evidentiary foundation. Indeed, the City never conceded the existence of such a term either in its factum or at the hearing in our Court. Its counsel consistently maintained that such a term would infringe the law and negate important public policy considerations.

This alleged term would have far reaching implications. As explained by the appellant, it would amount to a clear commitment by the City to bind itself not to exercise in the future for an indefinite period some of its most important regulatory powers about zoning and construction. To give effect to the alleged term, the appellant needs to demonstrate that such a power exists and that this term is not illegal or contrary to fundamental principles of public policy. In addition to proving the existence of such a term, the party alleging it has to demonstrate that it is neither *ultra vires* nor illegal.

2. The Nature of Municipal Governments

Municipal governments are democratic institutions through which the people of a community embark upon and structure a life together. Even in this context, however, nobody can challenge the proposition that municipal governments are creatures of the legislature — a municipal government has only those powers granted to it by provincial legislation:

[TRANSLATION] A municipality is a creature of statute and has only those powers that have been expressly delegated to it or that are directly derived from the powers so delegated. . . .

(J. Héту, Y. Duplessis and D. Pakenham, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*

en raison de la nature particulière de leurs pouvoirs et de leurs fonctions sociales.

En l'absence de preuve et vu le fardeau qui incombe à la partie qui allègue l'existence de la clause implicite, considérer qu'une telle clause fait partie du contrat conclu par les parties en l'espèce constituerait un exercice purement discrétionnaire de pouvoir judiciaire, qui ne reposerait sur aucune preuve. En réalité, la Ville n'a jamais reconnu l'existence d'une telle clause, ni dans son mémoire, ni à l'audience devant notre Cour. Son avocat a constamment soutenu qu'une telle clause contreviendrait à la loi et à d'importantes considérations d'ordre public.

Cette prétendue clause aurait des conséquences d'une grande portée. Comme l'a expliqué l'appelante, elle constituerait un engagement clair de la Ville de s'abstenir d'exercer, pendant une période indéterminée, certains des pouvoirs de réglementation les plus importants qu'elle détient en matière de zonage et de construction. Pour appliquer la prétendue clause, l'appelante doit démontrer qu'un tel pouvoir existe et que cette clause n'est ni illégale ni contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public. La partie qui allègue l'existence d'une telle clause doit, en plus de prouver qu'elle existe, démontrer qu'elle n'est ni *ultra vires* ni illégale.

2. La nature des administrations municipales

Les administrations municipales forment des institutions démocratiques. Elles permettent aux membres d'une collectivité de s'organiser pour vivre ensemble. Cependant, même dans ce contexte, nul ne peut contester la proposition selon laquelle les administrations municipales sont des créatures du législateur — une administration municipale ne possède que les pouvoirs que lui confère une mesure législative provinciale:

Créature de la loi, une municipalité ne possède que les pouvoirs que lui ont été délégués expressément ou qui découlent directement de pouvoirs ainsi délégués . . .

(J. Héту, Y. Duplessis et D. Pakenham, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*

31

32

33

(1998), at p. 13; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 346)

There is no doubt about this principle, and our Court has unanimously reaffirmed it in its decision in *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, at para. 33. (See generally Héту, Duplessis and Pakenham, *supra*, at pp. 8-13.)

34

Given that provincial legislation will determine the limits on the City's powers, it is to provincial legislation that we must turn to answer the fundamental question of whether the City had the capacity to make and be bound by the contractual term that PNI alleges. Only if it did have this capacity under the relevant provincial legislation could there be any issue as to whether the set of interlocking agreements here gave rise to such a contractual obligation. Thus, the question becomes the content of the pertinent provincial legislation in force at the relevant time.

35

In embarking on my analysis of British Columbia's municipal government legislation, I am mindful of the recent words of Major J. in *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13: "There is ample authority, on the interpretation of statutes generally and of municipal statutes specifically, to support a broad and purposive approach" (para. 18). Major J. also cited this comment from Iacobucci J.'s reasons in *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, at p. 688: "a court should look to the purpose and wording of the provincial enabling legislation when deciding whether or not a municipality has been empowered to pass a certain by-law". (*Nanaimo*, at para. 19). These words do not mean that municipal jurisdiction is to be read in an unlimited way. Indeed the judgment of this Court in *Greenbaum*, *supra*, suggests that the purposive aspects of the interpretation apply only to the scope of expressly conferred powers. Municipalities have only those powers expressly conferred on them, powers necessarily following from these, or powers essential to municipal purposes (*R. v.*

(1998), à la p. 13; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la p. 346)

Ce principe est bien établi et notre Cour l'a de nouveau confirmé à l'unanimité dans son arrêt *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, au par. 33. (Voir généralement Héту, Duplessis et Pakenham, *op. cit.*, aux pp. 8 à 13.)

Vu que la mesure législative provinciale circonscrit les pouvoirs de la Ville, c'est à elle que nous devons faire appel pour répondre à la question fondamentale de savoir si la Ville pouvait établir la clause contractuelle dont la PNI allègue l'existence, et être liée par celle-ci. C'est seulement si la Ville jouissait de cette capacité en vertu de la mesure législative provinciale pertinente que pourrait se poser la question de savoir si l'ensemble de contrats interdépendants étudiés a engendré une telle obligation contractuelle. Se pose alors la question du contenu de la mesure législative provinciale pertinente en vigueur au cours de la période visée.

J'aborde l'analyse de la mesure législative applicable aux administrations municipales en Colombie-Britannique, en gardant à l'esprit les propos que tenait récemment le juge Major dans *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13: «Une abondante jurisprudence en matière d'interprétation des lois en général et des lois sur les municipalités en particulier favorise une interprétation large, fondée sur l'objet visé» (par. 18). Le juge Major a également cité le commentaire suivant tiré des motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, à la p. 688: «lorsqu'il doit déterminer si une municipalité a été habilitée à adopter un certain règlement, le tribunal devrait examiner l'objet et le texte de la mesure législative provinciale habilitante» (*Nanaimo*, au par. 19). Ces mots ne signifient pas que la compétence des municipalités doit être interprétée d'une manière illimitée. En fait, l'arrêt *Greenbaum*, précité, de notre Cour indique que les aspects téléologiques de l'interprétation ne s'appliquent qu'à l'étendue des pouvoirs expressément conférés. Les municipalités

Sharma, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668, affirmed in *Nanaimo*, *supra*, at para. 17).

In interpreting municipal powers, then, we should look at the text and context of the legislation. A careful examination of the text of the legislation, its legislative history, judicial interpretation and underlying objects and policy rationales demonstrates that the City did not have the capacity to make and be bound by a contractual term such as the one alleged to exist in this case. If there was any such term implicit in the agreements in the case before us, it was *ultra vires* and contrary to well-established public policy.

3. Legislative Text

In seeking to demonstrate that the City had the capacity to agree to the kind of term PNI alleges, it is incumbent on PNI to find some textual basis for this capacity. The general zoning capacity is found in ss. 963 and 972 of the *Municipal Act*. PNI attempts to find something binding on the City in s. 980(5) of the *Municipal Act* and s. 215 of the *Land Title Act*, as well as in arguments about an implied power that would give rise to this capacity.

Section 963 of the *Municipal Act* provides for the power to zone by by-law. Inherent in this is that a municipality may change its zoning in the same way. Moreover, s. 972(1) of the same statute states that no compensation is payable to any person for reduced land values due to changes in zoning. There is a very specific exception from this latter rule in s. 972(2). Whether or not s. 972 would serve as a specific bar to a claim such as the one in the case at bar, it and s. 963 together clearly

ne possèdent que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés, les pouvoirs qui découlent nécessairement des pouvoirs expressément conférés ou encore les pouvoirs qui sont essentiels à la réalisation des fins municipales (*R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668, confirmé dans *Nanaimo*, précité, au par. 17).

Par conséquent, en interprétant les pouvoirs municipaux, nous devrions tenir compte du texte et du contexte de la mesure législative en cause. Un examen attentif du texte de la mesure législative, de son historique législatif, de l'interprétation que lui ont donnée les tribunaux, ainsi que des objectifs et raisons de principe qui la sous-tendent démontre que la Ville ne pouvait ni inclure une stipulation contractuelle comme celle dont l'existence est alléguée en l'espèce, ni être liée par celle-ci. Si une telle clause était implicite dans les contrats dont nous sommes saisis en l'espèce, elle serait *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi.

3. Le texte législatif

Pour démontrer que la Ville pouvait souscrire au type de clause dont la PNI allègue l'existence, il incombe à la PNI de trouver un fondement textuel à cette capacité. La capacité générale en matière de zonage est conférée par les art. 963 et 972 de la *Municipal Act*. La PNI tente de trouver une disposition qui lie la Ville dans le par. 980(5) de la *Municipal Act* et l'art. 215 de la *Land Title Act*, de même que dans les arguments concernant l'existence d'un pouvoir implicite qui engendrerait cette capacité.

L'article 963 de la *Municipal Act* confère le pouvoir de zoner par règlement. Cela implique que la municipalité peut modifier son zonage de la même manière. En outre, le par. 972(1) de la même loi prévoit qu'aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds résultant d'une modification de zonage. On trouve au par. 972(2) une exception très particulière à cette dernière règle. Peu importe que l'art. 972 empêche ou non expressément un

36

37

38

show the scheme of the statute. Zoning is a legislative power. On its face, the statute provides for no power to constrain the future use of this legislative power. The legislature has generally considered that municipalities should not pay compensation for how they use this legislative power. These principles all militate against PNI's case from the outset.

recours comme celui dont il est question en l'espèce, cet article et l'art. 963, pris ensemble, démontrent clairement l'économie de la Loi. Le zonage représente un pouvoir de réglementation. À première vue, la Loi n'accorde aucun droit de limiter l'exercice futur de ce pouvoir de réglementation. Le législateur a considéré de manière générale que les municipalités ne devraient verser aucune indemnité pour la façon dont elles exercent ce pouvoir de réglementation. Au départ, ces principes militent tous contre la thèse de la PNI.

39 PNI argues, of course, that it can find the capacity it seeks through s. 215 of the *Land Title Act* or through s. 980(5) of the *Municipal Act*. In particular, first, it cites s. 215(3) of the *Land Title Act*, which reads “[w]here an instrument contains a covenant registrable under this section, the covenant is binding on the covenantee and his successors in title, notwithstanding that the instrument or other disposition has not been signed by the covenantee” (emphasis added). Based on the registered BCEC covenant, then, PNI seemingly tries to argue that the City was bound to keep zoning that would allow BCEC or its successor PNI to fulfill its plans. But this is an argument that leads ultimately to an absurd result. In making it, PNI asserts that because its predecessor has made a covenant in favour of the City in order to allow itself to be subject to the City's legislative powers, the City is bound by the covenant. In other words, the person to whom a promise was made is bound by it. One wonders if there might not be an error in this section, especially when s. 215(1) *in fine* by contrast, describes how the covenant is “enforceable against the covenantor”. And, indeed, British Columbia later corrected the words of the s. 215(3) on which PNI relies, by amending them in 1989 to read “binding on the covenantor”: *Land Title Amendment Act, 1989*, S.B.C. 1989, c. 69, s. 22.

La PNI soutient évidemment qu'elle peut trouver la capacité qu'elle cherche dans l'art. 215 de la *Land Title Act* ou le par. 980(5) de la *Municipal Act*. En particulier, elle commence par citer le par. 215(3) de la *Land Title Act*, qui prévoit que [TRADUCTION] «[l]orsqu'un acte contient un engagement qui peut être enregistré en vertu du présent article, celui-ci lie le bénéficiaire de l'engagement et ses ayants droit, même s'il n'a pas signé l'acte ni souscrit à une autre forme d'aliénation» (je souligne). Compte tenu alors de l'engagement enregistré de la BCEC, la PNI semble tenter de soutenir que la Ville était tenue de maintenir en vigueur le zonage qui permettrait à la BCEC, ou à son successeur la PNI, de réaliser ses projets. Cependant, il s'agit là d'un argument qui mène, en fin de compte, à un résultat absurde. En l'avancant, la PNI affirme que, parce que son prédécesseur a pris un engagement en faveur de la Ville de manière à s'assujettir aux pouvoirs de réglementation de cette dernière, la Ville est liée par cet engagement. Autrement dit, une personne est liée par la promesse qui lui a été faite. On peut se demander si cet article pourrait comporter une erreur, particulièrement là où, à la fin du par. 215(1), on décrit, par contre, comment l'engagement est [TRADUCTION] «opposable à [son] auteur». En fait, la Colombie-Britannique a, par la suite, corrigé les termes du par. 215(3) invoqués par la PNI en les remplaçant, en 1989, par [TRADUCTION] «lie son auteur»: *Land Title Amendment Act, 1989*, S.B.C. 1989, ch. 69, art. 22.

40 Although there are statutes whose strict reading might make this more complicated, typographical errors in legislation should not ordinarily compel

Même si l'interprétation restrictive de certaines lois peut rendre la tâche plus ardue les erreurs typographiques qui figurent dans des textes législa-

us to read statutes absurdly. As Côté, *supra*, notes at p. 390,

Material errors may slip into a legislative text during the process of drafting or publication. The result may be absurd either in itself, in relation to other provisions of the enactment, or with respect to the aim of the legislation. The law should be interpreted in the light of its aims, passing over obviously defective written expression.

Section 215(3) was clearly intended to provide that a covenant was still binding on the covenantor even when the covenantee had not signed it. The correction of this subsection confirms this understanding. I would read it sensibly in accordance with this true intent. As a result, it is of no use to PNI's case.

PNI has also tried to argue on the basis of s. 980(5) of the *Municipal Act*. As it existed in 1987, this section provided that a development permit was binding on the municipality once issued and might even prevent rezoning. Unfortunately for PNI, it did not have a development permit for Lots 3 and 4. It had obtained a development permit for its earlier work and was preparing to apply for a development permit for Lots 3 and 4 when the municipal council enacted the democratic wishes of the citizenry by changing the zoning on those lots. PNI argues that the City is bound to its earlier zoning irrespective of the rules in the statute, which provide for development permits that bind the municipality and allow the developer to undertake construction within two years (s. 702AA(5), introduced by S.B.C. 1977, c. 57, s. 13(2), consolidated as *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 717, repealed and integrated into ss. 976 and 980(6) of the *Municipal Act* by S.B.C. 1985, c. 79, ss. 4 and 8). But the very fact that the legislature has this system means that it wanted this system and not a slightly altered version thereof. PNI cannot ask us to change the rules on the development permit system so that its project fits within it. So,

tifs ne devraient pas normalement nous obliger à leur donner une interprétation absurde. Comme le fait remarquer Côté, *op. cit.*, à la p. 494:

Il peut se glisser, au moment de la rédaction d'un texte législatif ou au moment de son impression, des erreurs matérielles qui ont pour effet de rendre le texte absurde soit en lui-même, soit dans son rapport avec les autres dispositions et avec sa finalité. Dans ces cas, il est admis que l'on doive accorder plus de poids au but poursuivi par l'auteur qu'à la formulation, manifestement déficiente, du texte législatif.

Le paragraphe 215(3) visait clairement à prévoir qu'un engagement liait toujours son auteur même lorsque la personne à qui il bénéficiait ne l'avait pas signé. La correction apportée à ce paragraphe confirme cette interprétation. Je suis d'avis de l'interpréter raisonnablement en conformité avec son objet véritable. Par conséquent, il n'est d'aucune utilité à la thèse de la PNI.

La PNI a également tenté d'invoquer le par. 980(5) de la *Municipal Act*. Tel qu'il existait en 1987, cet article prévoyait qu'une fois délivré un permis d'aménagement liait la municipalité et pouvait même empêcher une modification de zonage. Malheureusement pour elle, la PNI ne détenait aucun permis d'aménagement pour les lots 3 et 4. Elle avait obtenu un tel permis pour les travaux qu'elle avait déjà effectués et se préparait à en demander un autre pour les lots 3 et 4, lorsque le conseil municipal a suivi la volonté démocratique des citoyens en modifiant le zonage de ces lots. La PNI prétend que la Ville était liée par son zonage antérieur, indépendamment des règles établies par la Loi qui prévoient la délivrance de permis d'aménagement liant la municipalité et autorisant le promoteur immobilier à entreprendre les travaux de construction dans un délai de deux ans (par. 702AA(5) introduit par S.B.C. 1977, ch. 57, par. 13(2), devenu l'art. 717 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, abrogé et incorporé dans l'art. 976 et le par. 980(6) de la *Municipal Act* par S.B.C. 1985, ch. 79, art. 4 et 8). Cependant, le fait même que législateur ait mis sur pied ce système révèle qu'il s'agit bien de celui qu'il avait en tête,

this argument also is without application in the case at bar.

42

There was some discussion in the course of the oral argument of whether there could be an implied power for the City to enter into an implied term as argued. This implication of an implication begins to tax the imagination. But the question goes to the heart of how we are going to read the legislation. I am satisfied that the text gives no support to any argument that the City could be fettered from changing its zoning. Given that this Court is not in the business of pulling rabbits out of hats, whether we should find an implied power can best be answered by turning to the context of the legislation. I begin with the appreciation of the doctrine of *ultra vires*.

43

In addition, the appellant relies on an implied power to be found more particularly in s. 19 of the *Municipal Act* which grants municipal corporations the power to enter into contracts for materials and services. The appellant also invokes s. 287 which vests incidental powers in municipalities. The appellant thus tries to assert an implied power in order to validate an implied term of the contract.

44

Municipal powers must receive a broad, purposive but, also, reasonable interpretation as the Court stated in *Nanaimo, supra*, at para. 20, per Major J. Reading in an implied power in relation to the exercise of the delegated legislative powers of the municipalities involves other policy considerations than business contracts entered into the normal exercise of the powers of the municipality, in its day-to-day life. The history of the legislative scheme in this respect may also be relied upon to assess the soundness in law of this attempt to read in an implied power to enter into the alleged implied term.

et non pas d'une légère variante de ce dernier. La PNI ne peut pas nous demander de changer les règles du système de permis d'aménagement afin de les adapter à son projet. Cet argument ne saurait s'appliquer lui non plus en l'espèce.

Au cours des plaidoiries, on a débattu la question de savoir si, comme on le faisait valoir, la Ville pouvait détenir un pouvoir implicite de souscrire à une clause implicite. La question de l'existence d'un pouvoir implicite de souscrire à une clause implicite commence à solliciter considérablement l'imagination, mais elle touche au cœur de la manière dont nous allons interpréter la mesure législative en cause. Je suis convaincu que le texte n'étaye aucun argument que la Ville pouvait être empêchée de modifier son zonage. La magie n'étant pas l'affaire de notre Cour, la meilleure façon de répondre à la question de savoir si nous devrions conclure à l'existence d'un pouvoir implicite consiste à examiner le contexte de la mesure législative. Je commence par une appréciation de la règle de l'*ultra vires*.

L'appelante se fonde, en outre, sur un pouvoir implicite conféré plus particulièrement par l'art. 19 de la *Municipal Act*, qui accorde aux corporations municipales le pouvoir de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services. Elle invoque aussi l'art. 287 qui confère des pouvoirs accessoires aux municipalités. L'appelante tente donc d'invoquer un pouvoir implicite pour valider une clause implicite du contrat.

Les pouvoirs d'une municipalité doivent recevoir une interprétation téléologique large mais aussi raisonnable, comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Nanaimo*, précité, au par. 20, le juge Major. Considérer qu'un pouvoir implicite existe relativement à l'exercice des pouvoirs délégués de réglementation des municipalités fait intervenir d'autres considérations d'ordre public que les contrats commerciaux conclus au jour le jour dans l'exercice normal des pouvoirs de la municipalité. On peut aussi se fonder sur l'historique du régime législatif à cet égard pour évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, de cette tentative de soutenir qu'il existe un pouvoir implicite de souscrire à la clause implicite dont l'existence est alléguée.

4. The Doctrine of *Ultra Vires**The Legislative History: The Absence of an Express Power*

As Rand J. once stated, “That we may look at the history of legislation to ascertain its present meaning is undoubted” (*City of Vancouver v. B.C. Telephone Co.*, [1951] S.C.R. 3, at p. 8). Looking at the legislation in place preceding and following the events at issue in this appeal provides at least a context for comparison and might even shed light on the meaning of the statutory framework as it existed at the relevant time. I propose, then, to survey briefly the land use contracts system of the 1970s as well as the later 1993 law that permits the trading of zoning for amenities.

From 1971 to 1978, British Columbia had a land use contracts system. This appears to have been the only Canadian experience with a full-fledged system of this kind: see I. M. Rogers, *Canadian Law of Planning and Zoning* (loose-leaf), at para. 5.116. This system was essentially a means of enabling municipalities to commit to particular zoning by contract. As described in one case, “[t]he land use contract process foresaw the possibility that subsequent municipal councils might take a different view of matters than their predecessors. The land use contract was intended to provide certainty for both developers and municipalities” (*Martin Corp. v. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305 (S.C.), at para. 27). As a result, a land use contract could not be displaced or altered by a subsequent by-law (*ibid.*). Section 702A of the *Municipal Act* at that time, based on certain conceptions of appropriate policy with respect to municipal governments, thus provided for zoning by contract.

However, British Columbia’s legislature chose to repeal this system: *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 57, s. 13(1) (proclaimed into

4. La règle de l’*ultra vires**L’historique législatif: l’absence de pouvoir explicite*

Comme l’a déjà affirmé le juge Rand, [TRADUCTION] «[i]l ne fait aucun doute que nous pouvons examiner l’historique d’une mesure législative pour en déterminer le sens actuel» (*City of Vancouver c. B.C. Telephone Co.*, [1951] R.C.S. 3, à la p. 8). L’examen des textes législatifs en vigueur avant et après les événements en cause dans le présent pourvoi fournit au moins un contexte à des fins de comparaison et est même susceptible de clarifier le sens du cadre législatif, tel qui existait au moment pertinent. Je compte donc examiner brièvement le système de contrats d’utilisation du sol qui existait dans les années 70, de même que la loi subséquente de 1993 qui permet l’échange d’un zonage contre des améliorations.

De 1971 à 1978, la Colombie-Britannique a disposé d’un système de contrats d’utilisation du sol, et semble avoir été la seule au Canada à avoir eu recours à un système complet de cette nature: voir I. M. Rogers, *Canadian Law of Planning and Zoning* (feuilles mobiles), au par. 5.116. Ce système permettait essentiellement d’habiliter les municipalités à s’engager par contrat à adopter un zonage particulier. Comme on l’a expliqué dans une affaire, [TRADUCTION] «[l]e processus contractuel d’utilisation du sol prévoyait que des conseils municipaux subséquents pourraient adopter un point de vue différent de leurs prédécesseurs à l’égard de certaines questions. Le contrat d’utilisation du sol visait à apporter la certitude tant aux promoteurs immobiliers qu’aux municipalités.» (*Martin Corp. c. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305 (C.S.), au par. 27). En conséquence, un contrat d’utilisation du sol ne pouvait être ni résilié ni modifié par un règlement subséquent (*ibid.*). L’article 702A de la *Municipal Act* de l’époque prévoyait donc le zonage par contrat, selon certaines conceptions de la politique à adopter relativement aux administrations municipales.

Cependant, l’assemblée législative de la Colombie-Britannique a décidé d’abroger ce système: *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C.

45

46

47

force for November 15, 1978 by B.C. Reg. 259/78). It replaced the system with the more limited development permit scheme described earlier in these reasons: s. 13(2). This system, in force at the time relevant to the case, also allowed municipalities to request certain specific works on roads prior to a subdivision or building permit (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 989(4)), but it did not allow general bargaining for amenities. The deliberate legislative choice to repeal the land use contracts system underlines the fact that the British Columbia legislature had abolished contractual zoning and any notion of zoning being restricted by contract prior to the events in the case at bar.

48 After the repeal of the land development systems, s. 982(2) of the *Municipal Act* read:

982. . . .

(2) Subject to subsections (3) and (5), a land use contract that is entered into and registered in a land title office may be amended

- (a) by bylaw . . . , or
- (b) by a development variance permit under section 974 or a development permit under section 976.

Such a provision is purely a grandfathering clause. It protected existing contracts already validly entered into by municipalities. It did not purport to grant an authority to make such agreements with developers in the future when the very purpose and effect of the repeal was to deny them such powers.

49 Since 1993, British Columbia has permitted municipalities to request amenities in exchange for zoning. With the *Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993*, S.B.C. 1993, c. 58, s. 4, the zoning power of s. 963 of the *Municipal Act* is replaced so as to include

1977, ch. 57, par. 13(1) (promulgué le 15 novembre 1978 par le B.C. Reg. 259/78). Elle l'a remplacé par le système plus limité des permis d'aménagement, décrit plus haut dans les présents motifs: par. 13(2). Ce système, encore en vigueur au moment qui nous intéresse en l'espèce, permettait également aux municipalités de demander que certains travaux particuliers soient effectués sur des routes avant la délivrance d'un permis de lotissement ou de construction (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, par. 989(4)), mais il interdisait les négociations générales visant des améliorations. Le choix délibéré du législateur d'abroger le système de contrats d'utilisation du sol démontre que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique avait aboli le zonage contractuel et écarté toute idée de restriction du zonage par contrat avant les événements survenus en l'espèce.

Après l'abrogation des systèmes d'aménagement du sol, le par. 982(2) de la *Municipal Act* se lisait ainsi:

[TRANSLATION]

982. . . .

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (5), le contrat d'utilisation du sol qui est conclu et qui est enregistré dans un bureau d'enregistrement foncier peut être modifié

- a) au moyen d'un règlement [. . .], ou
- b) au moyen d'un permis de modification d'aménagement délivré en vertu de l'article 974, ou d'un permis d'aménagement délivré en vertu de l'article 976.

Cette disposition est une simple clause de droits acquis. Elle protégeait les contrats existants que des municipalités avaient déjà conclus valablement. Elle n'était pas censée donner aux municipalités le pouvoir de conclure à l'avenir de tels contrats avec des promoteurs immobiliers, du fait que l'abrogation avait justement pour objet et pour effet de leur refuser de tels pouvoirs.

Depuis 1993, la Colombie-Britannique autorise les municipalités à demander des améliorations en échange d'un zonage. Avec l'entrée en vigueur de la *Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993*, S.B.C. 1993, ch. 58, art. 4, le pouvoir de zoner conféré par l'art. 963 de

the possibility of the municipal council imposing conditions under which an owner is entitled to a higher-density zoning (see s. 963.1(2) of the amended legislation). The basic position in Canadian law is that municipalities cannot zone in exchange for amenities without some specific statutory authority for such arrangements: *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109 (C.A.), additional reasons at [1970] 3 O.R. 492 (C.A.). The post-1993 scheme provides such specific statutory authority. As a point of comparison, it thus highlights the fact that the pre-1993 scheme simply did not provide the requisite specific statutory authority.

The legislative scheme that existed at the time PNI undertook its transactions did not include a land use contracts system, it did not include contractual zoning, and it did not authorize the trading of amenities for zoning. Comparing it to prior and subsequent systems makes all the more clear that under the legislation as it existed at the relevant point in time, implied terms such as the one alleged by PNI were without any statutory authorization.

Implied Powers

The history of the legislative scheme may be relevant to the case at bar in another way, as well. This gives further reason against trying to find an implied power to make long-term commitments with respect to zoning equivalent to the powers it might have with respect to certain long-term business arrangements. Indeed, a municipality as a corporation arguably does have an implied power to bind successor councils by a contract in the exercise of ordinary proprietary or business powers: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 199.4; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22. But the form of British Columbia's

la *Municipal Act* est remplacé de manière à permettre à un conseil municipal d'imposer les conditions auxquelles un propriétaire aura droit à un zonage de plus haute densité (voir le par. 963.1(2) de la loi modifiée). Le point de vue fondamental en droit canadien est que les municipalités ne peuvent pas zoner en échange d'améliorations sans que la loi leur accorde un certain pouvoir de le faire: *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109 (C.A.), motifs additionnels à [1970] 3 O.R. 492 (C.A.). Le système mis en place après 1993 confère un tel pouvoir légal explicite. À titre comparatif, il démontre ainsi que le système antérieur à 1993 n'accordait tout simplement pas le pouvoir légal explicite qui était requis.

Le régime législatif qui existait au moment où la PNI a effectué ses transactions ne comportait aucun système de contrats d'utilisation du sol ni aucun zonage contractuel, et il n'autorisait pas l'échange d'améliorations contre un zonage. Si on la compare avec les systèmes qui l'ont précédé et ceux qui l'ont suivi, il est d'autant plus clair que, sous le régime de la loi qui était en vigueur à l'époque pertinente, les clauses implicites comme celle dont la PNI allègue l'existence restaient illégales.

Pouvoirs implicites

L'historique du régime législatif peut aussi être pertinent d'une autre manière quant à la présente affaire, en ce sens qu'il fournit un motif additionnel de ne pas tenter de conclure à l'existence d'un pouvoir implicite de prendre des engagements à long terme en matière de zonage, qui équivaudrait aux pouvoirs dont la Ville pourrait être investie à l'égard de certaines ententes commerciales à long terme. En fait, on peut soutenir qu'une municipalité, en tant que personne morale, possède un pouvoir implicite de lier des conseils subséquents par un contrat signé dans l'exercice de pouvoirs normaux en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, au par. 199.4; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22. Cependant, la forme de législation relative aux administrations municipales en Colombie-Britannique milite con-

50

51

municipal government legislation militates against extending this to the present situation.

52

Prior to 1998, the types and modalities of long-term commitments into which municipalities might enter were enumerated quite precisely. Indeed, the *Municipal Act* then in force implemented time limits on contracts for the supply of materials, equipment, and services. The statute went so far as to require approval by municipal voters of contracts with a duration of over five years (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 290 and 321). In 1993, s. 23 of the *Local Elections Reform Act, 1993*, S.B.C. 1993, c. 54, altered the form, but not the substance of s. 321 of the *Municipal Act*. The statute also tightly regulated matters like short-term borrowing (s. 344(1)) and the leasing of property (s. 322). Although municipalities could enter into long-term commitments related to their business and proprietary powers, these commitments were subject to the statute's close controls.

53

A municipal government statute could simply allow municipalities to engage in contracts of whatever form served their proprietary and business purposes. It would seem that British Columbia's legislature later chose to implement such statutory terms. In 1998, the Province passed the *Local Government Statutes Amendment Act, 1998*, S.B.C. 1998, c. 34, whose preamble explained the new statute's philosophy as oriented toward "recogniz[ing] local government as an independent, responsible and accountable order of government . . .". The amendments in this statute removed all of the specific controls on municipalities' long-term commitments and instead provided for a more general corporate power (see s. 176 of the new *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323). Such a legislative scheme is clearly possible, since one now seems to exist, but this merely accentuates the point that prior to 1998, at the time relevant to the case at bar, British Columbia did not have such a régime. It had set up a system of tight controls on long-term business and proprietary commitments. This scheme did not even refer to

tre l'application de cet argument à la présente situation.

Avant 1998, les types d'engagements à long terme que les municipalités pouvaient prendre, et leurs modalités, étaient énumérés de façon assez précise. En effet, la *Municipal Act* qui était alors en vigueur prescrivait des délais pour les contrats de fourniture de matériaux, d'équipement et de services. La Loi exigeait même que les contrats d'une durée de plus de cinq ans soient approuvés par les électeurs municipaux (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 290 et 321). En 1993, l'art. 23 de la *Local Elections Reform Act, 1993*, S.B.C. 1993, ch. 54, a modifié la forme mais non le fond de l'art. 321 de la *Municipal Act*. La Loi réglementait aussi strictement des matières comme le prêt à court terme (par. 344(1)) et la location de biens (art. 322). Même si les municipalités pouvaient prendre des engagements à long terme liés à leurs pouvoirs en matière de droits de propriété et d'activités commerciales, ces engagements étaient assujettis au contrôle strict de la Loi.

Une loi sur les administrations municipales pouvait simplement permettre aux municipalités de conclure tout contrat qui servirait leurs fins en matière de droits de propriété et d'activités commerciales. Il semblerait que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique a, par la suite, choisi d'appliquer de telles conditions législatives. En 1998, la province a adopté la *Local Government Statutes Amendment Act, 1998*, S.B.C. 1998, ch. 34, dont le préambule expliquait que la philosophie de la nouvelle loi était axée sur la [TRADUCTION] «reconnaiss[ance] de l'administration locale comme étant un ordre de gouvernement indépendant, responsable et comptable». Les modifications que comportait cette loi éliminaient toutes les restrictions explicites relatives aux engagements à long terme des municipalités. Elles leur conféraient plutôt une compétence plus générale en tant que personnes morales (voir l'art. 176 de la nouvelle *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323). Un tel régime législatif est clairement possible puisqu'il semble en exister un actuellement, mais cela ne contribue qu'à accentuer le fait qu'avant 1998,

long-term commitments affecting the legislative power, as these powers were not envisioned.

Moreover, there is another important answer to the argument that municipalities have an implied power to enter into terms such as the one alleged. It is that an implied power to allow contracts to trump the municipality's future legislative discretion over zoning raises additional policy concerns. We will see these clearly after a survey of some of the relevant case law in the area.

5. Pertinent Case Law

As the authorities make clear, a limitation on a municipality's legislative power is a very serious matter. As Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, puts it at para. 199.4, "[u]nless expressly authorized to do so local authorities have no power to enter into an agreement the effect of which will be to restrict or divest the legislative powers of succeeding councils in respect of any matter affecting the public at large." Rogers goes on to note that this does not mean that a council acting in its proprietary or business capacity cannot make contracts. But it does mean that a council cannot somehow give up its legislative powers: cf. *Birkdale District Electric Supply Co. v. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355 (H.L.), at pp. 364 and 371-72.

Eloquent echoes of this principle have rung out through Canadian case law:

au moment qui nous intéresse, un tel régime n'existait pas en Colombie-Britannique. La province assujettissait à un système de contrôles stricts les engagements à long terme en matière de droits de propriété et d'activités commerciales. Ce système ne mentionnait même pas les engagements à long terme au sujet de l'exercice du pouvoir de réglementation, étant donné que ces pouvoirs n'étaient pas prévus.

De plus, il existe une autre réponse de poids à l'argument que les municipalités possèdent le pouvoir implicite de consentir à des clauses comme celle dont l'existence est alléguée. Cette réponse est que le pouvoir implicite de permettre que des contrats entravent l'exercice futur du pouvoir discrétionnaire de la municipalité de réglementer le zonage suscite d'autres préoccupations d'ordre public. Nous le constaterons clairement lorsque nous aurons examiné une partie de la jurisprudence pertinente en la matière.

5. La jurisprudence pertinente

Comme le démontrent clairement la jurisprudence et la doctrine, une restriction du pouvoir de réglementation d'une municipalité représente une question sérieuse. Comme Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, l'affirme au par. 199.4, [TRADUCTION] «[à] moins d'être expressément autorisées à le faire, les autorités locales n'ont pas le pouvoir de conclure un contrat ayant pour effet de restreindre ou de retirer les pouvoirs de réglementation des conseils subséquents en ce qui concerne toute matière touchant le public en général.» Rogers ajoute que cela ne signifie pas qu'un conseil qui agit dans l'exercice de ses fonctions en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales ne peut pas conclure des contrats. Cependant, cela signifie qu'un conseil ne peut pas en quelque sorte renoncer à ses pouvoirs de réglementation: cf. *Birkdale District Electric Supply Co. c. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355 (H.L.), aux pp. 364, 371 et 372.

On trouve dans la jurisprudence canadienne des passages qui reflètent de façon éloquente ce principe:

54

55

56

Our municipal councils are just as truly legislative bodies within the ambit of their jurisdiction as Parliament or the Legislature; and any contract which would interfere with the due exercise of the discretion and judgment of a member of such a council must equally be void as against public policy.

(Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa (1918), 44 O.L.R. 284 (S.C., App. Div.), at pp. 297-98)

[M]unicipalities must be free to amend or alter their by-laws as circumstances dictate. They cannot bind themselves or their successors by contract with a third party to the *status quo*.

(Capital Regional District v. District of Saanich (1980), 115 D.L.R. (3d) 596 (B.C.S.C.), at p. 605)

[A] municipality cannot bargain away its legislative powers in advance.

(Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.), at p. 63, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.))

Municipal legislative powers are an integral part of governance that municipalities cannot give up. Municipal councils cannot fetter the discretion of successor councils to engage in the legislative process without undue influences.

57 An implication of this is that in the absence of provincial legislation implementing a different public policy, municipalities cannot sell zoning: D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 181; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra*; *Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver, supra*. They cannot agree to change zoning in return for particular consideration, and they cannot agree to keep zoning unchanged in return for particular consideration.

58 In this respect, it should be noted that the judgment of the British Columbia Supreme Court in

[TRADUCTION] Nos conseils municipaux sont de véritables organismes législatifs dans les limites de leur compétence, au même titre que le Parlement ou l'assemblée législative, et tout contrat qui entraverait l'exercice régulier du pouvoir discrétionnaire et du jugement d'un membre d'un tel conseil doit également être frappé de nullité comme étant contraire à l'ordre public.

(Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa (1918), 44 O.L.R. 284 (C.S., Div. app.), aux pp. 297 et 298)

[TRADUCTION] [L]es municipalités doivent être libres de modifier leurs règlements lorsque cela se révèle nécessaire. Elles ne peuvent pas conclure avec une tierce partie un contrat dans lequel elles s'engagent et engagent leurs conseils subséquents à maintenir le *statu quo*.

(Capital Regional District c. District of Saanich (1980), 115 D.L.R. (3d) 596 (C.S.C.-B.), à la p. 605)

[TRADUCTION] [U]ne municipalité ne saurait renoncer d'avance à l'exercice de ses pouvoirs de réglementation.

(Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.), à la p. 63, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.))

Les pouvoirs de réglementation municipaux font partie intégrante d'un mode de régie auquel les municipalités ne peuvent pas renoncer. Les conseils municipaux ne sauraient entraver le pouvoir discrétionnaire des conseils subséquents de s'engager dans le processus de réglementation sans subir des influences indues.

Cela implique que, en l'absence d'une mesure législative provinciale mettant en œuvre une politique officielle différente, les municipalités n'ont pas le droit de vendre un type de zonage: D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3^e éd. 1999), à la p. 181; *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District, précité*; *Ingledeu's Ltd. c. City of Vancouver, précité*. Elles ne peuvent pas consentir à modifier un zonage ou à le maintenir en échange d'une contrepartie particulière.

À ce propos, on notera que le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique

Kendrick v. Nelson (City) (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134, does not stand as an authority to support the assertion that s. 19 of the *Municipal Act* provides the statutory basis for a municipality to enter into long-term agreements with a developer about the exercise of its zoning powers. In that case, the petitioners had claimed that an agreement made with the developer violated s. 292 of the Act in respect of the nominal transfer of land and contracts for construction and city services. No claim had been made in respect of the zoning commitments and thus the Supreme Court did not have to address that issue. The *ratio* of the judgment was that the agreement did not commit the city to assist the developer within the meaning of s. 292. Moreover, the agreement in dispute was completed in 1995. Since 1993, the province of British Columbia has permitted municipalities to request amenities in exchange for zoning. Thus, even if the matter had been in dispute, the City of Nelson would not have had to rely on s. 19 to enter into a contract concerning the exchange of zoning for amenities.

6. Illegality and Public Policy

The Rules Against Fettering

PNI, of course, tries to distinguish its claim from a simple claim that the City has contracted to provide particular zoning. PNI tries to argue that the implied term is that the City will either keep in place particular zoning or else pay compensation or damages. Some cases do seem to have distinguished indirect fettering (such as in an agreement to compensate) from direct fettering: see *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693 (N.B.S.C., App. Div.), at p. 707; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, at p. 715; and *Re Galt-Canadian* (Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 64. But such a distinction cannot be accepted, as it is likely without any legal basis and, moreover, unhelpful in rationalizing the case law.

Kendrick c. Nelson (City) (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134, n'étaye pas l'affirmation que l'art. 19 de la *Municipal Act* habilite une municipalité à conclure avec un promoteur immobilier des contrats à long terme concernant l'exercice de ses pouvoirs en matière de zonage. Dans cette affaire, les requérants avaient fait valoir qu'un contrat conclu avec le promoteur immobilier contrevenait à l'art. 292 de la Loi à l'égard de la cession de biens-fonds en échange d'une contrepartie symbolique et les contrats de construction et de services municipaux. Aucun argument n'avait porté sur les engagements en matière de zonage et la Cour suprême n'était donc pas tenue d'examiner cette question. Le raisonnement qui sous-tendait le jugement était que le contrat n'obligeait pas la ville à aider le promoteur immobilier au sens de l'art. 292. De plus, le contrat en litige avait été exécuté en 1995. Depuis 1993, la province de la Colombie-Britannique permet aux municipalités de solliciter des améliorations en échange d'un zonage. Donc, même si la question avait été litigieuse, la ville de Nelson n'aurait pas été tenue de se fonder sur l'art. 19 pour conclure un contrat concernant l'échange d'un zonage contre des améliorations.

6. Illégalité et ordre public

Les règles interdisant l'entrave

La PNI tente bien sûr d'établir une distinction entre sa prétention et un simple argument que la Ville s'est engagée par contrat à adopter un certain zonage. La PNI essaie de faire valoir que la clause implicite veut que la Ville maintienne un certain zonage, à défaut de quoi elle devra verser une indemnité ou des dommages-intérêts. Certaines décisions semblent avoir établi une distinction entre l'entrave indirecte (telle qu'une entente d'indemnisation) et l'entrave directe: voir *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693 (C.S.N.-B., Div. app.), à la p. 707; *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 715, et *Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 64. Cependant, une telle distinction ne saurait être acceptée parce qu'elle est probablement dépourvue de fondement juridique et qu'elle n'aide pas à rationaliser la jurisprudence.

60

First, the distinction is likely without any legal basis because it is unclear whether it even reflects a principle from the cases cited to support it. Different portions of the latter two cases contain language leading to quite the opposite conclusion: *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, at p. 713; *Re Galt-Canadian* (Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 63. In the case of *Saint John*, *supra*, where the *ratio decidendi* is not completely clear, the court did allow a city to commit to a six-year contract for a particular company to provide busing services and to receive compensation if the city cancelled this contract early. But the court made its decision only after it provided a reading of the contract whereby it would not be illegal, and whereby the contract did not commit the municipality to any particular by-laws: pp. 705-6. The contract at issue there could be characterized as a business agreement. In addition, it was a relevant consideration that the city was a common-law corporation, rather than a statutory municipal corporation, and thus not subject to the same doctrines of *ultra vires* as relevant in a case like the case at bar: p. 708. Moreover, although nothing further seems to have ever come of this, special leave to appeal the result of the case to the Supreme Court of Canada was granted: *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 851. Thus, with two of the cases cited for it also supporting the opposite conclusion and the last not clearly supporting the distinction at all, the supposed distinction has a dubious legal foundation.

61

The judgment of our Court in *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, has also been cited in support of the claim of an implied municipal power to contract regarding long-term development and involving the exercise of zoning powers. The *Wells* case did not deal with a contract governing the exercise of municipal legislative powers. The agreement in dispute remained a business

En premier lieu, cette distinction est probablement dépourvue de fondement juridique parce qu'il n'est pas certain qu'elle reflète même un principe tiré de la jurisprudence citée à son appui. La formulation de différentes parties des deux dernières décisions amène à conclure tout à fait le contraire: *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 713; *Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 63. Dans l'affaire *Saint John*, précité, où la *ratio decidendi* n'est pas tout à fait claire, la cour a permis à une ville de conclure avec une société un contrat de six ans pour la prestation de services de transport par autobus, aux termes duquel cette société aurait droit à une indemnité en cas de résiliation prématurée du contrat par la ville. Cependant, la cour n'a pris sa décision qu'après avoir donné au contrat une interprétation selon laquelle il n'était pas illégal et n'obligeait pas la municipalité à adopter des règlements particuliers: pp. 705 et 706. Le contrat en cause dans cette affaire pouvait être qualifié de commercial. En outre, il était pertinent que la ville soit une corporation de common law plutôt qu'une corporation municipale créée par la loi, et qu'elle ne soit donc pas assujettie aux mêmes règles de l'*ultra vires* qui peuvent s'appliquer dans un cas comme la présente affaire: p. 708. De plus, malgré l'absence apparente d'autres développements dans ce dossier, l'autorisation spéciale d'en appeler du résultat de cette affaire devant la Cour suprême du Canada a été accordée: *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 851. Par conséquent, le fondement juridique de la supposée distinction est douteux vu que deux des décisions citées à son appui étayaient également la conclusion contraire et que la dernière décision n'appuie clairement pas l'établissement d'une telle distinction.

L'arrêt de notre Cour *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, a également été cité à l'appui de l'argument selon lequel il existe un pouvoir municipal implicite de conclure des contrats d'aménagement à long terme qui comportent l'exercice de pouvoirs en matière de zonage. Il n'était pas question, dans l'affaire *Wells*, d'un contrat régissant l'exercice de pouvoirs de réglementa-

contract in relation to the hiring of senior civil servants.

Second, the supposed distinction between direct and indirect fettering is also unhelpful because it is inconsistent with other case law and, more importantly, with the principles that undergird this area of the law. Other cases (and, as cited above, even different portions of the same cases) have used language that would make even an indirect fettering illegal: see e.g. *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (S.C.), at pp. 147-48; and *Town of Eastview, supra*, at pp. 297-98. This broader language springs from the rationales for a prohibition on fettered discretion, which include protecting the municipal legislative process from undue influence and from embarrassment. Direct or indirect fettering would have the same effect on the exercise of municipal powers.

The authorities generally support the view that this broader language is appropriate and that it should apply over the direct/indirect distinction that some have tried to draw. In *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra* (a case cited as supporting the use of the distinction at p. 715), the British Columbia Court of Appeal discussed how some councillors who might consider a by-law unwise might nonetheless vote for it so as not “to expose the City to a claim for damages by defeating it” (p. 713), thereby recognizing at least from a factual standpoint the problems inherent in allowing fettering through a requirement to compensate. In *Re Galt-Canadian, supra*, the Ontario Court of Appeal analyzed a situation where a municipal council might incur a contractual liability if it failed to take a certain course of legislative action. The Court of Appeal concluded at p. 768 that this was an unacceptable situation. In the eloquent words of the lower court in that same case, “[l]egislative powers are entrusted to municipalities for the public good, and they must always be in a position to exercise them as the public good requires” (*Re Galt-Canadian*

tion municipaux. Le contrat contesté demeurait un contrat d'affaire portant sur l'engagement de hauts fonctionnaires.

En deuxième lieu, la supposée distinction entre l'entrave directe et l'entrave indirecte est également inutile en raison de son incompatibilité avec d'autres précédents et, qui plus est, avec les principes qui sous-tendent ce domaine du droit. D'autres décisions (et, comme nous l'avons vu, même différentes parties de ces mêmes décisions) ont eu recours à une formulation qui rendrait même illégale une entrave indirecte: voir, par exemple, *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (C.S.), aux pp. 147 et 148, et *Town of Eastview, précité*, aux pp. 297 et 298. Cette formulation plus générale s'inspire des motifs d'interdiction des entraves à un pouvoir discrétionnaire, qui comprennent la protection du processus de réglementation municipale contre toute influence indue et contre toute charge. L'entrave directe ou indirecte aurait le même effet à l'égard de l'exercice des pouvoirs municipaux.

La jurisprudence étaye généralement le point de vue selon lequel cette formulation plus générale est appropriée et devrait s'appliquer à la distinction entre l'entrave directe et l'entrave indirecte que certains ont tenté d'établir. Dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District, précité* (cité à l'appui du recours à la distinction, à la p. 715), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné comment certains conseillers susceptibles de juger un règlement peu judicieux pourraient néanmoins voter en faveur de son adoption, afin de ne pas [TRADUCTION] «exposer la Ville à un recours en dommages-intérêts en le rejetant» (p. 713), et a ainsi reconnu, du moins d'un point de vue factuel, les problèmes que pose l'autorisation de l'entrave au moyen d'une exigence d'indemnisation. Dans l'arrêt *Re Galt-Canadian, précité*, la Cour d'appel de l'Ontario a analysé une situation dans laquelle un conseil municipal pourrait engager sa responsabilité contractuelle s'il omettait d'adopter une certaine ligne de conduite en matière de réglementation. La Cour d'appel a statué, à la p. 768, que cette situation était inacceptable. Pour reprendre les propos éloquentes du tribu-

62

63

(Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 63). Given this principle, an agreement to compensate for a legislative decision like the one in the present case is no more acceptable than an outright restriction on the legislative power.

64

All of PNI's attempts to transform its case into a claim for compensation cannot hide the fact that it is demanding compensation precisely because the City exercised its legislative powers in a particular way. A municipality's choice to use its legislative powers to rezone land so that the municipality's zoning continues to reflect its best wisdom is a legitimate choice and a choice that is very much part of its legislative power: see *Wall and Redekop Corp. v. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436 (B.C.C.A.), aff'd (1976), 16 N.R. 435 (S.C.C.). Indeed, it must be remembered that the new zoning by-law was never attacked as illegal. A duty to compensate for a particular legislative choice along these lines would necessarily make that legislative choice subject to considerations other than an objective examination of what is best for the community of which the developer is undoubtedly also a part.

65

Contracts related to a municipality's business and proprietary functions might well affect the resources available to it and thereby hinder its legislative discretion (or bring hindrances of another kind, as in *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.)). But they simply do not inject the same kind of outside consideration into the legislative process. The distinction between direct and indirect fettering, as PNI conceives it, is simply not a useful distinction. The distinction between legislative powers, adjudicative powers, and business or proprietary powers, accepted elsewhere in our Court's jurisprudence (e.g., *Shell Canada Products*

nal d'instance inférieure dans cette affaire, [TRANSDUCTION] «[I]es municipalités sont investies de pouvoirs de réglementation dans l'intérêt public, et elles doivent toujours être en mesure de les exercer lorsqu'il est dans l'intérêt public qu'elles le fassent» (*Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 63). Compte tenu de ce principe, une entente d'indemnisation pour une décision en matière de réglementation comme celle dont il est question en l'espèce n'est pas plus acceptable qu'une restriction catégorique du pouvoir de réglementation.

Malgré toutes les tentatives de la PNI de transformer son dossier en demande d'indemnité, il n'en demeure pas moins qu'elle exige une indemnité précisément parce que la Ville a exercé ses pouvoirs de réglementation d'une certaine manière. La décision d'une municipalité d'exercer ses pouvoirs de réglementation pour modifier le zonage d'un bien-fonds en vue d'assurer que le zonage de son territoire continue de refléter le choix le plus judicieux qu'elle puisse faire est une décision légitime qui fait vraiment partie de son pouvoir de réglementation: voir *Wall and Redekop Corp. c. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436 (C.A.C.-B.), conf. par (1976), 16 N.R. 435 (S.C.C.). En fait, il faut se rappeler que le nouveau règlement de zonage n'a jamais été qualifié d'illégal. L'obligation d'indemniser pour une décision de ce genre en matière de réglementation assujettirait nécessairement cette décision à des considérations autres que l'examen objectif du meilleur intérêt de la collectivité.

Les contrats qu'une municipalité conclut dans l'exercice de ses fonctions en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales pourraient bien avoir une incidence sur les ressources dont elle dispose et entraver ainsi l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de réglementation (ou créer d'autres types d'obstacle, comme dans *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.)). Cependant, ils ne font tout simplement pas intervenir le même type de considération externe dans le processus de réglementation. La distinction que perçoit la PNI entre l'entrave directe et indirecte n'est tout simplement pas utile. La distinction entre les pouvoirs de régle-

Ltd. v. Vancouver (City), [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 273; *Nanaimo, supra*, at paras. 28 and 31), is the sole distinction that should apply (*William Cory & Son Ltd. v. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476 (C.A.), at p. 486). Unless there is legislation expressing a public policy permitting it to do so, a municipality may engage in business and proprietary contracts, but it cannot agree to terms that fetter its legislative power.

As a result, I would conclude that the alleged implied term would have been an illegal fetter on the municipality's discretionary legislative powers. Established case law and its underlying principles support my rejection of PNI's argument, powerfully reinforcing the conclusion that already flowed from the statute itself. The very illegality of such a term and its inconsistency with public policy strengthen the case against reading it into a contract entered into within a clear statutory framework. It should be added in this appeal that counsel for the City never evidenced that there was such an implied term. He rather affirmed that the contracts with PNI were legal if given the legal interpretation ascribed to them by the City of Victoria. I turn in the final part of my reasons to a brief reference to how this result is rational from a public policy perspective.

Public Policy Considerations

I wish to add a brief word as to public policy considerations since a good deal of debate in this case has been related to policy issues. To some, it will seem like a harsh result to say that PNI cannot sue the City for departing from some alleged understanding and withdrawing its consideration after the construction of costly improvements by PNI. Indeed, some would properly argue that there are policy reasons for allowing municipalities to

mentation, les pouvoirs décisionnels et les pouvoirs en matière d'activités commerciales ou de droits de propriété, qui est acceptée dans d'autres arrêts de notre Cour (par exemple, *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, à la p. 273; *Nanaimo*, précité, aux par. 28 et 31), est la seule qui devrait s'appliquer (*William Cory & Son Ltd. c. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476 (C.A.), à la p. 486). Une municipalité peut conclure des contrats relatifs à des droits de propriété et à des activités commerciales, mais elle ne peut pas souscrire à des conditions qui entravent son pouvoir de réglementation, à moins qu'une mesure législative n'énonce une politique officielle l'autorisant à le faire.

En conséquence, je suis d'avis que la clause implicite dont l'existence est alléguée aurait constitué une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité. La jurisprudence établie et les principes qui la sous-tendent étayent mon rejet de l'argument de la PNI et renforcent considérablement la conclusion qui découlait déjà de la Loi elle-même. L'illégalité même d'une telle clause et son incompatibilité avec l'ordre public militent d'autant plus contre la possibilité de la considérer comme étant incluse dans un contrat conclu à l'intérieur d'un cadre législatif clair. Il convient d'ajouter en l'espèce que l'avocat de la Ville n'a jamais admis l'existence d'une telle clause implicite. Il a plutôt confirmé que les contrats conclus avec la PNI étaient légaux si on leur donnait l'interprétation juridique que leur prêtait la ville de Victoria. Dans la dernière partie de mes motifs, je vais expliquer brièvement en quoi ce résultat est rationnel du point de vue de l'ordre public.

Considérations d'ordre public

Je tiens à ajouter quelques mots au sujet des considérations d'ordre public étant donné que la discussion en l'espèce a largement porté sur des questions d'ordre public. Pour certains, il peut paraître sévère d'affirmer que la PNI ne peut pas poursuivre la Ville pour le motif qu'elle a dérogé à une prétendue entente et retiré sa contrepartie après que la PNI eut effectué des améliorations coûteuses. En fait, certains feraient valoir à juste

derive the benefits of a fuller capacity to contract that would enable them to engage developers on a long-term basis with more certainty. This capacity would presumably help reduce the risk premiums that developers might otherwise require. But these considerations are not conclusive and should in no way alter the result.

titre qu'il existe des motifs d'ordre public de permettre aux municipalités de bénéficier d'une capacité plus complète de contracter qui les habiliterait à se lier envers des promoteurs immobiliers à long terme et avec plus de certitude. Cette capacité contribuerait probablement à réduire les primes de risque que les promoteurs immobiliers pourraient par ailleurs exiger. Cependant, ces considérations ne sont pas concluantes et ne devraient en aucun cas modifier le résultat.

68 First, the result is not as harsh as it might initially seem because those in the business know that dealing with a municipal government is different from dealing with a purely private corporation. For example, no indoor management rule protects someone dealing with a municipality from having to ensure that proper procedures were followed with respect to the contract, which is quite different from the situation with a private corporation: Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, at para. 199.1. The record shows that as an experienced developer, PNI was aware of the special legal and political risks attendant on dealing with a municipality. Developers choose to undertake those risks.

Premièrement, le résultat n'est pas aussi draconien qu'il pourrait le sembler au départ car les gens du milieu savent qu'on ne traite pas avec une administration municipale comme on le ferait avec une simple société privée. Par exemple, aucune règle de gestion interne ne soustrait une personne qui traite avec une municipalité à l'obligation d'assurer que le contrat a été conclu selon la procédure régulière, ce qui est tout à fait différent dans le cas d'une société privée: Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, au par. 199.1. Le dossier montre qu'à titre de promoteur immobilier expérimenté la PNI était consciente des risques particuliers que le fait de traiter avec une municipalité comportait sur les plans juridique et politique. Les promoteurs immobiliers choisissent de prendre ces risques.

69 Moreover, municipalities will be bound by their business contracts. They will not be free to break them on a whim. They will have to pay compensation to the other party barring an express statutory provision denying any form of compensation or damages. On the other hand, contracts concerning the exercise of legislative powers involve other legal rules and policy considerations, as appears from the discussion above of the rules against direct and indirect fettering of municipal authority.

De plus, les municipalités sont liées par leurs contrats commerciaux. Elles ne sont pas libres de les rompre à leur gré. Elles devront verser une indemnité à l'autre partie sauf s'il existe une disposition législative interdisant explicitement toute forme d'indemnité ou de dommages-intérêts. Par contre, comme l'indique l'analyse faite plus haut des règles qui interdisent l'entrave directe et l'entrave indirecte au pouvoir des municipalités, les contrats qui concernent l'exercice de pouvoirs de réglementation font intervenir d'autres règles juridiques et considérations d'ordre public.

70 Second, municipalities do not become free to break non-contractual understandings based on mere whim. First, there remain legal protections against a municipality that acts in bad faith. In addition, as R. W. Macaulay and R. G. Doumani put it in *Ontario Land Development: Legislation and Practice* (loose-leaf), vol. 1, at p. 4-119,

Deuxièmement, il n'est pas loisible aux municipalités de rompre des ententes non contractuelles par simple caprice. D'abord, la loi protège contre une municipalité qui agit de mauvaise foi. En outre, comme R. W. Macaulay et R. G. Doumani l'expliquent dans *Ontario Land Development: Legislation and Practice* (feuilles mobiles), vol. 1,

para. 18.8, a major component of development and redevelopment projects is “a great deal of faith and trust between the public and the private sectors of the region” (emphasis added). Municipalities that deal with developers in a manner that does not reflect principles of faith and trust when they are not contractually bound may well face non-contractual consequences such as developers being less willing to deal with the municipality without significantly higher risk premiums.

Third, a very important policy consideration militates against municipalities being bound in ways that constrain their legislative powers. This is the policy consideration that runs through the jurisprudence in this area. Municipal governments are governments exercising powers delegated by the provincial legislatures, and they must be able to govern based on the best interests of their residents and based on conceptions of the public good. To help protect this important value, our Court has adopted such principles as the one that ambiguities in municipal government statutes are to be interpreted so as to favour the citizens and their ability to undertake a path of shared self-governance (*Shell, supra*, at p. 277). Although there can be arguments for each kind of public policy as to whether municipalities should be able to bind themselves on zoning matters, there is certainly nothing irrational about preventing municipalities from restraining themselves in striving for the public good in the future. There is no doubt in my mind that British Columbia’s legislators, carefully balancing many competing interests and considerations, had chosen this latter public policy at the pertinent time.

As outlined earlier in these reasons, there was no statutory basis at the time on which a municipality could contract with respect to zoning. The structure and scheme of the pertinent legislation

à la p. 4-119, par. 18.8, [TRADUCTION] «une dose considérable de confiance entre le secteur public et le secteur privé d’une région» constitue un élément important des projets d’aménagement et de réaménagement (je souligne). Les municipalités qui traitent avec des promoteurs immobiliers, sans maintenir des rapports de bonne foi et de confiance mutuelle lorsqu’elles ne sont pas liées par un contrat, peuvent bien s’exposer à des conséquences non contractuelles en ce sens, notamment, que les promoteurs immobiliers ne seront disposés à traiter avec elles qu’au prix d’une hausse majeure des primes de risque.

Troisièmement, une considération d’ordre public très importante milite contre la possibilité de lier les municipalités d’une manière qui restreigne leurs pouvoirs de réglementation. Cette considération d’ordre public se retrouve dans toute la jurisprudence en la matière. Les administrations municipales sont des gouvernements qui exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur provincial et elles doivent être en mesure d’administrer dans le meilleur intérêt de leurs résidents et en fonction de certaines conceptions de l’intérêt public. Afin d’aider à protéger cette valeur importante, notre Cour a adopté des règles comme celle qui veut que les ambiguïtés des lois relatives aux administrations municipales soient interprétées de manière à favoriser les citoyens et leur capacité de s’engager sur la voie de la démocratie partagée (*Shell, précité*, à la p. 277). Même si, pour chaque type de politique officielle, on peut avancer des arguments sur la question de savoir si les municipalités devraient pouvoir prendre des engagements en matière de zonage, la politique qui les empêche de se créer des obstacles futurs à leur recherche de l’intérêt public n’a rien d’irrationnel. Il ne fait aucun doute, dans mon esprit, que le législateur de la Colombie-Britannique avait choisi d’adopter cette politique officielle à l’époque pertinente, après avoir soigneusement soupesé de nombreux intérêts et considérations opposés.

Comme je l’ai souligné précédemment dans les présents motifs, il n’existait alors aucun fondement légal autorisant la municipalité à contracter en matière de zonage. Il ressort de la structure et de

revealed that the legislature did not intend for a municipality to compensate landowners for the financial impact of changes in zoning. At other points in history, British Columbia had permitted contracts related to zoning, but it had explicitly repealed this legislation prior to the relevant time and did not introduce anything similar until some time after.

l'économie de la mesure législative pertinente que le législateur ne voulait pas qu'une municipalité indemnise les propriétaires fonciers de l'incidence financière d'une modification de zonage. À d'autres époques, la Colombie-Britannique avait autorisé les contrats concernant le zonage, mais elle avait explicitement abrogé cette mesure législative avant la période qui nous intéresse et n'a adopté une mesure similaire que plus tard.

73

Therefore, in my view, the legislature made its intentions very clear and deliberately and firmly established a public policy to which an implied term as argued would run totally counter. That there are arguments for other policy approaches does not mean that judges should begin rewriting legislation. Leaving aside our important role as guardians of the Constitution, our calling is generally the interpretation and implementation of the wishes of the democratically elected legislature where it has made its intentions clear, and it is the rational advancement of our traditional systems of common and civil law where the legislature has not otherwise spoken.

En conséquence, je suis d'avis que le législateur a exprimé très clairement ses intentions et qu'il a délibérément et fermement établi une politique officielle totalement incompatible avec une clause implicite comme celle dont l'existence est alléguée. Ce n'est pas parce que l'on soutient que la politique officielle devrait être différente que les juges devraient commencer à récrire la loi. Outre notre rôle important de gardiens de la Constitution, notre métier consiste en règle générale à interpréter et à mettre en œuvre la volonté clairement exprimée de l'assemblée législative élue démocratiquement, et à promouvoir de manière rationnelle nos régimes traditionnels de common law et de droit civil lorsque le législateur n'a pas indiqué le contraire.

74

Under established law, the appeal must be dismissed. The wording of the legislation, its history, consistent case law, and established public policy all support the conclusion that the municipality had no capacity to agree to an implied term such as PNI has argued. Whether such an implied term might or might not have made sense for business efficiency reasons, any such term was *ultra vires* and contrary to legislatively established public policy.

Selon le droit établi, le pourvoi doit être rejeté. Le libellé de la mesure législative, son historique, la jurisprudence constante et l'ordre public établi étayent tous la conclusion que la municipalité n'avait pas la capacité de consentir à une clause implicite comme celle dont la PNI allègue l'existence. Peu importe que cette clause implicite ait pu être justifiée ou non pour des raisons d'efficacité commerciale, elle était *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi par le législateur.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

75

In the end, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal with costs. In the result, the conclusion of the Court of Appeal is affirmed, and the matter is remitted to trial on any unjust enrichment argument that may exist.

En définitive, je suis d'avis de rejeter avec dépens tant le pourvoi principal que le pourvoi incident. Par conséquent, la conclusion de la Cour d'appel est confirmée et l'affaire est renvoyée en première instance pour être examinée relativement à tout argument éventuel d'enrichissement sans cause.

The reasons of Major, Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting on the appeal) — It is well accepted that where a municipality enters a contract with a legitimate purpose, that contract must be honoured. The basis of this principle is the simple maxim relied on by Pacific National Investments Ltd. (“PNI”) in this appeal: a deal is a deal. I am not persuaded that the City of Victoria (“City”) should be able to terminate with impunity a contract that it uniquely crafted, thoughtfully entered, received the full benefit of, and concedes is lawful. PNI spent over \$2.5 million on infrastructure upgrades, which included building a new seawall, new roads and creating new parks for the City in anticipation of the commercial development that would result from the land transfer and zoning provided for in the contract. The public interest would not be served by allowing the City to escape its commitments. Nor do I consider that awarding compensation for breach of contract will amount to a fettering of the municipal power over zoning that adversely affects the public’s interest in local government.

In an effort to escape liability, the City has argued that the contract is *ultra vires*, taking a position that runs counter to the modern trend that municipal powers should be interpreted broadly and benevolently to enhance the public interest. Further, this deal, which was specifically designed for the City’s needs and refined over a three-year period, is not, as contended by the City, void for public policy. Current B.C. legislation allowing municipal corporations to bind themselves to long term development contracts evidences the strong policy reasons for granting such power.

I agree with my colleague LeBel J.’s analysis of the cross-appeal, but cannot accept his conclusion on the main appeal that PNI is not entitled to dam-

Version française des motifs des juges Major, Bastarache et Binnie rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissidents quant au pourvoi principal) — Il est reconnu que, lorsqu’une municipalité conclut un contrat dans un but légitime, ce contrat doit être respecté. Ce principe repose sur la maxime élémentaire que la Pacific National Investments Ltd. («PNI») a invoquée dans le présent pourvoi: chose promise, chose due. Je ne suis pas convaincu que la ville de Victoria («Ville») devrait pouvoir mettre fin impunément à un contrat qu’elle a conçu avec soin, qu’elle a conclu de façon réfléchie, dont elle a pleinement bénéficié et dont elle reconnaît la légalité. La PNI a dépensé plus de 2,5 millions de dollars pour l’amélioration des infrastructures, notamment en construisant une nouvelle digue et de nouvelles routes et en créant de nouveaux parcs pour la Ville en prévision des travaux d’aménagement commercial qui résulteraient de la cession de bien-fonds et du zonage prévus dans le contrat. Il ne serait pas dans l’intérêt public de permettre à la Ville d’échapper à ses engagements. Je n’estime pas non plus que consentir une indemnité pour inexécution de contrat équivaut à une entrave au pouvoir de zonage municipal, qui préjudicie à l’intérêt du public dans l’administration locale.

Afin d’échapper à toute responsabilité, la Ville fait valoir que le contrat est *ultra vires*, ce qui va à l’encontre de la tendance moderne voulant que les pouvoirs municipaux soient interprétés de façon large et généreuse pour favoriser l’intérêt public. De plus, cette entente, qui a été expressément conçue pour répondre aux besoins de la Ville et qui a été peaufinée sur une période de trois ans, n’est pas nulle pour des motifs d’ordre public, comme le prétend la Ville. La loi de la Colombie-Britannique qui permet aux corporations municipales de s’engager par des contrats d’aménagement à long terme témoigne des solides raisons de principe d’accorder un tel pouvoir.

Je souscris à l’analyse du pourvoi incident que fait mon collègue le juge LeBel, mais je ne puis accepter sa conclusion relative au pourvoi princi-

76

77

78

ages for breach of contract. I will therefore address the following issues:

1. Was there an implied term in the contract that the City would compensate if it did not maintain the zoning for a reasonable time?
2. Is the implied term *ultra vires*?
3. Is it contrary to public policy to enforce the implied term?

Analysis

Issue #1: Was There an Implied Term in the Contract that the City Would Compensate if It Did Not Maintain the Zoning for a Reasonable Time?

79

PNI argues that the Songhees Master Agreement (“SMA”) contained an implied term that the zoning contemplated in that contract would not be changed for a reasonable time. It does not argue that the contract prohibited the City from ever changing the zoning or that in enacting the by-law which changed the zoning, the council acted in bad faith. PNI’s position is simple: it argues only that in entering a contract that was conditional on rezoning, the City agreed to adopt and maintain the zoning bargained for and that in view of the breach of that term, it is entitled to damages for breach of contract. Thus, I would characterize the implied term sought to be recognized in a different manner than my colleague (para. 32 of his reasons). The implied term does not bind the City from rezoning for any length of time: it simply recognizes that in consideration of PNI’s initial investment, a change in zoning must be offset by compensation.

80

This Court recently reiterated the relevant test for an implied term in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619. In *M.J.B.*, after the respondent accepted a non-compliant tender, the lowest compliant tenderer successfully argued that there was an implied

pal, selon laquelle la PNI n’a pas droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Je vais donc examiner les questions suivantes:

1. Le contrat comportait-il une clause implicite selon laquelle la Ville verserait une indemnité si elle ne maintenait pas le zonage pendant une période raisonnable?
2. La clause implicite est-elle *ultra vires*?
3. Est-il contraire à l’ordre public d’appliquer la clause implicite?

Analyse

Première question: Le contrat comportait-il une clause implicite selon laquelle la Ville verserait une indemnité si elle ne maintenait pas le zonage pendant une période raisonnable?

La PNI prétend que l’accord-cadre appelé «Songhees Master Agreement» (l’«accord-cadre») comportait la clause implicite selon laquelle le zonage prévu dans ce contrat ne serait pas modifié pendant une période raisonnable. Elle ne prétend pas que le contrat empêchait à tout jamais la Ville de modifier le zonage, ou qu’en adoptant le règlement modifiant le zonage le conseil a agi de mauvaise foi. La position de la PNI est simple: elle ne fait que prétendre qu’en concluant un contrat conditionnel à une modification de zonage, la Ville a accepté d’adopter et de maintenir le zonage négocié et que, en raison du manquement à cette condition, elle a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Je suis donc d’avis de qualifier la clause implicite, dont on cherche à faire reconnaître l’existence, d’une manière différente de celle de mon collègue (par. 32 de ses motifs). La clause implicite n’empêche pas la Ville de modifier le zonage pendant un certain temps: elle ne fait que reconnaître qu’en contrepartie de l’investissement initial de la PNI, une modification de zonage doit être compensée par une indemnité.

Récemment, notre cour réitérait le critère applicable à une clause ou condition implicite dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619. Dans l’affaire *M.J.B.*, après que l’intimée eut accepté une soumission non conforme, l’auteur de la plus

term in the call for tenders to accept the lowest compliant bid. At para. 29, Iacobucci J. stated:

... a contractual term may be implied on the basis of presumed intentions of the parties where necessary to give business efficacy to the contract or where it meets the “officious bystander” test. It is unclear whether these are to be understood as two separate tests but I need not determine that here. What is important in both formulations is a focus on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. This is why the implication of the term must have a certain degree of obviousness to it, and why, if there is evidence of a contrary intention, on the part of either party, an implied term may not be found on this basis. As G. H. L. Fridman states in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 476:

In determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract in order to see whether the suggested implication is necessary and fits in with what has clearly been agreed upon, and the precise nature of what, if anything, should be implied. [Emphasis added; underlining in original deleted.]

To establish the existence of the implied term, PNI must demonstrate that the term was one which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed. It must also show that the term was necessary to give business efficacy to the SMA. In my view, both requirements are satisfied.

The courts below differed on the question of whether there was an implied term not to downzone. I find persuasive the trial judge’s reasoning that it was necessary to imply the term to give the agreement business efficacy:

basse soumission conforme a soutenu avec succès que l’appel d’offres comportait la condition implicite que la plus basse soumission conforme serait acceptée. Au par. 29, le juge Iacobucci a dit:

... il est possible d’introduire dans un contrat des conditions implicites fondées sur l’intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner au contrat l’efficacité commerciale ou que cela satisfait au critère de «l’observateur objectif». Il ne ressort pas clairement qu’on doive comprendre ces éléments comme deux critères distincts, mais c’est là une question que je n’ai pas à trancher en l’espèce. Ce qui importe dans l’une et l’autre des formulations, c’est l’accent mis sur l’intention des parties elles-mêmes. Lorsqu’elle est appelée à se pencher effectivement sur des conditions implicites, la Cour doit se garder de chercher à déterminer l’intention de parties raisonnables. C’est pourquoi l’introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d’évidence et qu’en présence d’une preuve d’intention contraire de la part de l’une ou l’autre des parties, l’on ne peut conclure à l’existence d’une condition implicite sur ce fondement. Comme le note G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 476:

[TRADUCTION] Lorsqu’il s’agit d’établir l’intention des parties, il faut porter attention aux conditions expresses du contrat afin de déterminer si la condition implicite proposée est nécessaire et si elle s’harmonise avec ce qui a clairement été convenu, ainsi qu’à la nature exacte de ce qui devrait, le cas échéant, être ainsi introduit. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

Pour établir l’existence de la clause implicite, la PNI doit démontrer qu’il s’agit d’une clause dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Elle doit également démontrer que la clause était nécessaire pour conférer l’efficacité commerciale à l’accord-cadre. Je suis d’avis que ces deux conditions sont remplies.

Les tribunaux d’instance inférieure ont divergé d’avis sur la question de savoir s’il existait une clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié. J’estime convaincant le raisonnement du juge de première instance selon lequel il était nécessaire de conclure à l’existence de cette clause implicite pour conférer l’efficacité commerciale au contrat:

I think that it is necessarily implied into the master agreement that zoning would remain undisturbed for a reasonable period of time for development. . . . PNI was paying for a development opportunity dependent on zoning and it needed continuation of that zoning for a reasonable time to realize on its investment.

([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), at para. 35)

On the other hand, the Court of Appeal stated that the reasons relied on by the trial judge “are all . . . reasons for concluding that it would have been reasonable and logical, from the point of view of PNI, to include such a term” ((1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, at para. 47). With respect, I do not see any error in the trial judge’s conclusion. PNI assumed the term was included, as would the officious bystander, because without it the contract could not be given business efficacy. The Court of Appeal’s position is rather narrow (at para. 45):

[I]t seems a reasonable inference that no one raised the subject of the City agreeing not to down-zone because it was taken for granted that it would give no such commitment. Certainly, the evidence provides no basis for thinking that, had the subject been raised, the City would have said anything to the effect of: “Of course, we will not down-zone; we need not trouble to say that, it is too clear.”

I do not see how the Court of Appeal could find that the zoning was a valid condition precedent and conclude, at the same time, that the municipality could unilaterally cancel it with impunity.

82

The trial judge’s conclusion that the SMA contained the implied term not to rezone for a reasonable time is supported by an analysis of the agreement itself and the relevant external documentary evidence. Hence, with respect to my colleague, it is not “a purely discretionary exercise of judicial power” but one based on the evidence in this case.

[TRADUCTION] Je pense qu’il est nécessairement implicite, dans l’accord-cadre, que le zonage sera maintenu pendant une période raisonnable pour les fins de l’aménagement. [. . .] La PNI payait pour avoir une possibilité d’aménagement qui dépendait du zonage et il était nécessaire que ce zonage soit maintenu pendant une période raisonnable pour que son investissement puisse lui rapporter quelque chose.

([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), au par. 35)

Par contre, la Cour d’appel a affirmé que les raisons invoquées par le juge de première instance [TRADUCTION] «sont toutes [. . .] des raisons de conclure qu’il aurait été raisonnable et logique, du point de vue de la PNI, d’inclure une telle clause» ((1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, au par. 47). En toute déférence, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance: la PNI a présumé que la clause était incluse, comme l’aurait fait l’observateur objectif, puisque le contrat n’aurait eu aucune efficacité commerciale sans elle. La position de la Cour d’appel est plutôt stricte (au par. 45):

[TRADUCTION] [I] semble raisonnable de déduire que personne n’a soulevé la question de l’acceptation de la Ville de ne pas modifier le zonage parce qu’on tenait pour acquis qu’elle ne prendrait pas d’engagement de ce genre. La preuve ne permet sûrement pas de croire que, si la question avait été soulevée, la Ville aurait dit quelque chose du genre: «Naturellement, nous ne modifierons pas le zonage; nous n’avons pas la peine de le dire puisque c’est tellement évident.»

Je ne vois pas comment la Cour d’appel a pu juger que le zonage était une condition préalable valide et conclure, en même temps, que la municipalité pouvait l’annuler unilatéralement en toute impunité.

La conclusion du juge de première instance que l’accord-cadre comportait la clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié pendant une période raisonnable est étayée par une analyse du contrat lui-même et par la preuve documentaire externe pertinente. Partant, en toute déférence pour mon collègue, cette conclusion n’est pas «un exercice purement discrétionnaire de pouvoir judiciaire», mais repose sur la preuve produite en l’espèce.

At the outset, it is important to recognize that the express terms of the purchase agreement between PNI and the British Columbia Enterprise Corporation (“BCEC”), under which PNI subsumed BCEC’s rights in the SMA, demonstrate the centrality and importance of the zoning from PNI’s perspective. In the very first page of the offer/agreement for sale, Clause 2.01 explains that PNI’s obligation to purchase is conditional on zoning (as well as on the park dedication, a service agreement and formal subdivision approval):

The acceptance of this Offer by the Purchaser as herein provided shall convert this Offer into a binding agreement . . . for the sale and purchase of the Lands on the terms and conditions herein contained, including the Conditions Precedent and the Purchaser’s Condition contained in Section 5 thereof.

The purchaser’s condition, in Clause 5.01, confirms that there is no agreement if the zoning is not in place:

This Offer and, if accepted, this Agreement is subject to the satisfaction of the Conditions Precedent that:

- (a) the Lands have been rezoned in accordance with the Zoning Plan on or before February 1, 1988;

. . .

These Conditions Precedent may not be waived unilaterally by either party. If for any reason whatsoever any of the Conditions Precedent are not fully satisfied on or before February 1, 1988, the Initial Deposit, without interest, shall be returned immediately to the Purchaser without deduction and thereafter this Agreement shall be null and void and neither party shall have any further obligation to the other in respect of this Agreement.

The purchase agreement concluded between BCEC and PNI was the fruit of the City’s acceptance that BCEC would sell the development rights of the Phase II lands to a third party. Article 13 of the SMA, entitled “Assignment or Sale by B.C. Enterprise”, documents the City’s understanding that BCEC would eventually sell the development rights to the land:

Au départ, il importe de reconnaître que les clauses expresses du contrat d’achat conclu par la PNI et la British Columbia Enterprise Corporation («BCEC»), aux termes duquel la PNI était subrogée dans les droits conférés à la BCEC par l’accord-cadre, démontrent le caractère central et l’importance du zonage du point de vue de la PNI. Dans la toute première page de l’offre-contrat d’achat, la clause 2.01 précise que l’obligation d’achat de la PNI est conditionnelle au zonage (de même qu’à l’inauguration du parc, à un contrat de services et à l’approbation officielle du lotissement):

[TRADUCTION] L’acceptation de l’offre énoncée aux présentes par l’acheteur la transforme en contrat obligatoire [. . .] d’achat des biens-fonds selon les modalités prévues aux présentes, notamment les conditions préalables et la condition de l’acheteur contenue à l’article 5.

La condition de l’acheteur, prévue à la clause 5.01, confirme qu’il n’y a aucun contrat sans le zonage:

[TRADUCTION] La présente offre et, s’il est accepté, le présent contrat, sont assujettis aux conditions préalables que:

- (a) le zonage des biens-fonds ait été modifié conformément au plan de zonage, le 1^{er} février 1988 au plus tard;

. . .

Ces conditions préalables ne peuvent pas être écartées unilatéralement par l’une ou l’autre des parties. Si, pour quelque raison que ce soit, l’une des conditions préalables n’est pas entièrement respectée le 1^{er} février 1988 au plus tard, le dépôt initial doit être remboursé immédiatement à l’acheteur sans intérêt et sans retenue, et le présent contrat devient alors nul et les parties n’ont plus l’une envers l’autre aucune obligation en vertu de ce dernier.

Le contrat d’achat conclu par la BCEC et la PNI découlait de l’acceptation par la Ville que la BCEC vendrait à un tiers les droits d’aménagement des biens-fonds de la phase II. L’article 13 de l’accord-cadre, intitulé [TRADUCTION] «Cession ou vente par la B.C. Enterprise», atteste que la Ville comprenait que la BCEC vendrait éventuellement les droits d’aménagement du bien-fonds:

[TRADUCTION]

13. B.C. Enterprise covenants and agrees that if it enters into an agreement to sell or convey all or a portion of the lands that are or will be subject to a registration of a restrictive covenant in accordance with this agreement, B.C. Enterprise shall obligate the purchaser in such agreement to enter into an agreement with the City to observe, keep and perform all of the covenants, conditions and obligations of B.C. Enterprise contained herein insofar as the same apply to the said lands being sold by B.C. Enterprise to such purchaser, and in the event of such sale being completed, the purchaser shall be entitled to all the rights, privileges and benefits of B.C. Enterprise contained herein insofar as they affect the lands purchased by such purchaser. [Emphasis added.]

Article 5 of the SMA, entitled “Subdivision Plan Approval”, specifically states that the BCEC intends to develop the lands in phases, “subject to rezoning being completed in accordance with Article 11” (emphasis added). When viewed together, Articles 5, 11 and 13 of the SMA reveal the City’s intention to maintain the zoning through any sale of the Phase II lands. This is not surprising since, as the trial judge found at para. 33, it is quite apparent that zoning was an essential pre-condition of the SMA:

The master agreement dealt with zoning as a condition precedent. If the City failed to adopt the zoning contemplated for the development the master agreement was simply unenforceable. The City did adopt the zoning, the other conditions precedent were satisfied, and the master agreement was then binding on the parties.

Thus, the very wording of the SMA supports the trial judge’s finding that the City understood that PNI’s investment was premised on the belief that the zoning would remain undisturbed for a reasonable period of time. It would be contrary to business sense and to all obligations of fairness to conclude that the condition precedent regarding zoning had to be met but was not protected in any way from unilateral retraction.

13. La B.C. Enterprise convient que, si elle conclut un contrat de vente ou de cession de la totalité ou d’une partie des biens-fonds qui font ou feront l’objet de l’enregistrement d’un engagement de ne pas faire conformément au présent contrat, elle obligera l’acheteur aux termes de ce contrat à s’engager par contrat avec la Ville à respecter, à maintenir et à exécuter tous les engagements, conditions et obligations de la B.C. Enterprise prévues aux présentes, dans la mesure où ceux-ci s’appliquent aux biens-fonds vendus à cet acheteur par la B.C. Enterprise, et si une telle vente est réalisée, l’acheteur pourra se prévaloir de tous les droits, privilèges et avantages de la B.C. Enterprise énoncés aux présentes, dans la mesure où ils touchent les biens-fonds acquis par cet acheteur. [Je souligne.]

L’article 5 de l’accord-cadre, qui s’intitule [TRADUCTION] «Approbation du plan de lotissement», prévoit expressément que la BCEC compte aménager les biens-fonds par étapes, [TRADUCTION] «à la condition que le zonage soit modifié conformément à l’article 11» (je souligne). Pris ensemble, les articles 5, 11 et 13 de l’accord-cadre démontrent l’intention de la Ville de maintenir le zonage dans toute vente des biens-fonds de la phase II. Ce n’est guère étonnant vu que, comme le juge de première instance l’a conclu au par. 33, il ressort très clairement que le zonage était une condition préalable essentielle de l’accord-cadre:

[TRADUCTION] Dans l’accord-cadre, le zonage était considéré comme une condition préalable. Si la Ville n’adoptait pas le zonage prévu pour l’aménagement, l’accord-cadre devenait tout simplement inexécutoire. La Ville a adopté le zonage, les autres conditions préalables ont été remplies et l’accord-cadre liait donc les parties.

Ainsi, le texte même de l’accord-cadre appuie la conclusion du juge de première instance que la Ville comprenait que l’investissement de la PNI reposait sur la conviction que le zonage serait maintenu pendant une période raisonnable. Il serait contraire au bon sens commercial et à toutes les obligations d’équité de conclure que la condition préalable relative au zonage devait être remplie sans toutefois être protégée d’aucune façon contre la rétractation unilatérale.

Evidence outside of the express terms of the contract also supports the implied term. In particular, the City's letter explaining the SMA to the town of Whistler illustrates the City's view on the agreement. The City stated that the SMA was

designed to facilitate an unusual rezoning of a large area. . . . The developer . . . wished to have a large area . . . rezoned all at once and to proceed with subdivision in several stages over a period of 10 or 12 years without having to rezone the property at each stage.

In this letter, the City recognized that the developer would need 10 to 12 years to finish the project, and therefore, by implication, that the zoning must remain in place for that period.

The Court of Appeal relied on a pre-contractual memorandum written in 1986 by the solicitor of British Columbia Place, the predecessor to BCEC who assigned the development rights to PNI. With respect, little can be gleaned from the passage pointed to:

It must be remembered and kept in mind that the City ALWAYS has final control because if [the developer] proceed[s] on tangents not acceptable to it, the City can always bring the total development to a halt by down-zoning the whole area.

The letter suggests that the City's general power to down-zone has been restricted to a situation where the development is not proceeding as planned, or on tangents, and in this manner, acknowledges that it must respect its promise not to rezone for a reasonable time. This provision is consistent with the understanding the parties had all along, that the contract could not remove the City's ability to exercise its legislative discretion to down-zone. It does not shed light on the crucial issue of the effect of such a decision. Contrary to suggestions otherwise, the passage does not state that the original developer accepted the risk of a decision to down-zone based on issues unrelated to satisfaction with the progress of the development.

La preuve autre que les clauses expresses du contrat appuie également l'existence d'une clause implicite. En particulier, la lettre dans laquelle la Ville explique l'accord-cadre à la ville de Whistler illustre la perception qu'elle a de cet accord. La Ville a dit que l'accord-cadre était

[TRADUCTION] conçu pour faciliter une modification de zonage inhabituelle d'un vaste secteur. [. . .] Le promoteur immobilier [. . .] souhaitait que le zonage d'un vaste secteur [. . .] soit modifié d'un seul coup et lotir en plusieurs étapes au cours d'une période de 10 ou 12 ans sans avoir à faire modifier le zonage du bien-fonds chaque fois.

Dans cette lettre, la Ville a reconnu qu'il faudrait de 10 à 12 ans au promoteur immobilier pour terminer le projet, et que le zonage devait implicitement demeurer inchangé pendant cette période.

La Cour d'appel s'est fondée sur un protocole d'entente rédigé en 1986 par l'avocat de British Columbia Place, le prédécesseur de la BCEC qui a cédé les droits d'aménagement à la PNI. En toute déférence, peu de choses ressortent de l'extrait mentionné:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la Ville a TOUJOURS le dernier mot car si [le promoteur immobilier] pren[d] une direction qu'elle juge inacceptable, elle peut toujours faire arrêter l'ensemble de l'aménagement en modifiant le zonage de tout le secteur.

La lettre laisse entendre que le pouvoir général de la Ville de modifier le zonage est limité au cas où l'aménagement ne se déroule pas comme prévu ou prend une autre direction, et elle reconnaît ainsi que la Ville doit respecter sa promesse de ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. Cela est compatible avec le fait que les parties ont toujours compris que le contrat ne pouvait pas retirer à la Ville sa capacité d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'adopter un règlement modifiant le zonage. La question cruciale de l'effet d'une telle décision n'est pas pour autant clarifiée. Contrairement à ce qui a été dit, cet extrait ne précise pas que le promoteur immobilier initial a accepté le risque qu'une décision de modifier le zonage soit prise pour des raisons n'ayant rien à voir avec le caractère satisfaisant du déroulement de l'aménagement.

87

The conclusion that the contract contains the implied term is evident from all of the circumstances in this case. Indeed, even counsel for the City made concessions on this point during oral argument. When questioned, counsel for the City acknowledged that if the City had not maintained the zoning for a reasonable time, PNI might have attempted to quash the rezoning by-law under the bad faith provision, *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 313 (which PNI has chosen not to do in this proceeding). The City quite properly conceded that if it had rezoned without allowing PNI reasonable time to complete the project (in their view five years, or at least until a new council was elected), this might have demonstrated that it had acted in bad faith. While counsel stopped short of conceding that the bad faith argument open to PNI would be based on the fact that it was assumed by the parties that the zoning would remain in place for a reasonable time, this must be inferred from his position. The trial judge's finding that PNI had not slept on its rights but had acted with reasonable dispatch is unassailable.

88

To summarize, it is clear that the parties did not agree to a bare term preventing the City from down-zoning, since it is acknowledged that they were cognizant of the rule against binding future councils. Rather, the parties carefully arranged the contract, as described by the trial judge (at para. 26), as "an innovative means of achieving the parties' differing objectives by hinging binding obligations on each piece going into place". The implied term must be present to give the contract business efficacy. In view of the condition precedent in the contract, an officious bystander would necessarily hold the view that the City believed it would owe compensation in the event it down-zoned without the passage of a reasonable time. The alternative infuses the parties with an intention to give the City, as long as it was acting under the rubric of the "public interest", the power to unilaterally, and with impunity, change the zoning immediately after the purchaser paid for the land, depriving him substantially of the benefit of the

Toutes les circonstances de la présente affaire amènent à conclure à l'existence de la clause implicite dans le contrat. En fait, même l'avocat de la Ville a fait des concessions sur ce point au cours des plaidoiries. Lorsqu'on lui a posé la question, il a reconnu que, si la Ville n'avait pas maintenu le zonage pendant une période raisonnable, la PNI aurait pu tenter de faire annuler le règlement modifiant le zonage en vertu de la disposition relative à la mauvaise foi, *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 313 (ce que la PNI s'est abstenue de faire en l'espèce). La Ville a reconnu tout à fait à juste titre que si elle avait modifié le zonage sans accorder à la PNI un délai raisonnable pour terminer le projet (soit cinq ans, selon elle, ou du moins jusqu'à ce qu'un nouveau conseil soit élu), cela aurait pu démontrer de la mauvaise foi de sa part. Même si l'avocat n'a pas été jusqu'à admettre que l'argument de la mauvaise foi que la PNI pouvait invoquer serait fondé sur le fait que les parties tenaient pour acquis que le zonage serait maintenu pendant une période raisonnable, c'est ce qu'il faut déduire de sa position. La conclusion du juge de première instance que la PNI n'a pas tardé à exercer ses droits et a agi avec une promptitude raisonnable est inattaquable.

En résumé, il est évident que les parties n'ont pas souscrit à une simple clause empêchant la Ville de modifier le zonage puisqu'il est reconnu qu'elles connaissaient la règle qui interdit de lier les futurs conseils. Les parties ont plutôt pris soin de structurer le contrat de façon à ce qu'il constitue [TRADUCTION] «un moyen innovateur de réaliser [leurs] objectifs divergents [...] en rattachant des obligations à chaque composante», comme l'a affirmé le juge de première instance (au par. 26). La clause implicite doit être présente pour conférer l'efficacité commerciale au contrat. Compte tenu de la condition préalable du contrat, un observateur objectif serait nécessairement d'avis que la Ville croyait qu'elle devrait verser une indemnité si elle procédait à une modification de zonage avant l'écoulement d'un délai raisonnable. L'autre possibilité attribuée aux parties l'intention de donner à la Ville, pourvu qu'elle agisse au nom de l'«intérêt public», le pouvoir de modifier le zonage unilatéralement et impunément dès que l'acheteur aurait

contract. This cannot have been the parties' intention and this Court should not sanction this type of unprincipled immunity.

Issue #2: Is the Implied Term Ultra Vires?

It is accepted that the City cannot be held liable for breaching a term that is *ultra vires*. An *ultra vires* term can be defined as a term entered into by statutory bodies outside the limits of authority granted or established by statute. As put in I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at para. 63.34:

[I]f there is no legislative authority, express or implied, vested in the [Municipal] corporation to deal with the subject matter, then the by-law, resolution or other act is beyond its powers and is a nullity.

This Court recently reaffirmed the sources of municipal power in *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 17, adopting the formulation set out in *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668:

... as statutory bodies, municipalities "may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation".

In *Nanaimo*, the Court confirmed that a broad, purposive and reasonable approach is to be taken when discerning the scope of municipal power. This, I note, is not a recent development. In Rogers, *supra*, at para. 63.34, it is stated that

... the doctrine of *ultra vires* is to be applied reasonably and whatever may be regarded as being incidental to the things which are authorized by the legislature is not, in the absence of an express prohibition, *ultra vires*.

payé le prix du bien-fonds, et de le priver essentiellement du bénéfice du contrat. Cela ne pouvait être l'intention des parties, et notre Cour ne doit pas donner son aval à ce genre d'immunité non fondée sur des principes.

Deuxième question: La clause implicite est-elle ultra vires?

Il est reconnu que la Ville ne peut être tenue responsable de la violation d'une clause *ultra vires*. Une clause *ultra vires* peut se définir comme une clause à laquelle ont souscrit des organismes créés par une loi et qui outrepassé le pouvoir qui leur est conféré par cette loi. Comme l'explique I. M. Rogers, dans son ouvrage intitulé *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, au par. 63.34:

[TRADUCTION] [S]i la loi ne confère pas à la corporation [municipale] le pouvoir explicite ou implicite de régler la matière en cause, le règlement, la résolution ou tout autre acte outrepassé alors ses pouvoirs et est frappé de nullité.

Notre Cour a récemment confirmé de nouveau les sources du pouvoir municipal dans l'arrêt *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, au par. 17, en reprenant la formulation de l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668:

... en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme».

Dans l'arrêt *Nanaimo*, notre Cour a confirmé que, pour déterminer la portée du pouvoir municipal, il faut adopter une interprétation large, téléologique et raisonnable. Je fais remarquer que cela n'est pas nouveau. Dans Rogers, *op. cit.*, au par. 63.34, il est dit que

[TRADUCTION] ... la règle de l'*ultra vires* doit être appliquée raisonnablement, et tout ce qui peut être considéré comme accessoire à ce qui est permis par le législateur n'est pas *ultra vires* en l'absence d'une interdiction

Thus, the rule of implied powers has, to some extent, limited the scope of the doctrine.

As the following will demonstrate, there exists a solid statutory basis that grounds the City's authority to agree to the implied term in the SMA.

91

This Court applied the *ultra vires* doctrine in *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500, where the respondent had been granted an exclusive license to sell stamps for 20 years. The Court upheld the Postmaster's termination of the agreement since s. 77 of the *Post Office Act*, R.S.C. 1927, c. 161, stipulated that: "No contract shall be entered into for a longer term than four years" (p. 505). The contract clearly contradicted the statute and was held invalid, as the Postmaster could "constitutionally and validly depute the performance of his duties, only so far as authorized by Parliament" (p. 506). The contract here does not violate any provision of the B.C. Act and this case is easily distinguished.

92

That brings us to the question of whether, in the instant appeal, the implied term is *intra vires* the City. In my opinion, the City was authorized to enter the SMA and agree to the implied term under the general business and contracting power of municipalities. At its lowest, the parties agree that this power allows a council to bind future councils to a long-term contract "where such a contract is made in the exercise of its proprietary or business powers" (Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 199.4). The scope of the general power to contract is quite broad (Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 197.1):

Apart from statutory restrictions and prohibitions, the general rule is that municipal corporations, like private corporations, have a general power to contract in furtherance of their corporate objects, but where the corpo-

expresse. Par conséquent, la règle des pouvoirs implicites a, dans une certaine mesure, limité la portée de la règle de l'*ultra vires*.

Comme nous allons le constater ci-après, le pouvoir de la Ville de souscrire à la clause implicite de l'accord-cadre repose sur un fondement légal solide.

Notre Cour a appliqué la règle de l'*ultra vires* dans l'arrêt *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500, où l'intimée avait obtenu l'autorisation exclusive de vendre des timbres pendant une période de 20 ans. La Cour a confirmé la validité de la résiliation du contrat par le ministre des Postes, du fait que l'art. 77 de la *Loi des Postes*, S.R.C. 1927, ch. 161, prévoyait qu'«[a]ucun contrat n'est fait pour plus de quatre années» (p. 505). Le contrat contrevenait clairement à la Loi et a été jugé invalide étant donné que le ministre des Postes ne pouvait [TRADUCTION] «constitutionnellement et validement déléguer l'exécution de ses fonctions que dans la mesure où le législateur l'autorisait à le faire» (p. 506). En l'espèce, le contrat ne contrevient à aucune disposition de la loi de la Colombie-Britannique, ce qui différencie aisément la présente affaire.

Cela nous amène à la question de savoir si, dans le présent pourvoi, la clause implicite est conforme au pouvoir de la Ville. Je suis d'avis que la Ville était autorisée à conclure l'accord-cadre et à souscrire à la clause implicite, en vertu du pouvoir général que les municipalités possèdent en matière commerciale et contractuelle. Tout au moins, les parties acceptent que ce pouvoir permet à un conseil de lier les conseils qui le suivront par un contrat à long terme [TRADUCTION] «lorsque ce contrat est conclu dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales» (Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 199.4). Le pouvoir général de contracter a une portée très large (Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 197.1):

[TRADUCTION] À l'exception des restrictions et des interdictions prévues par la loi, la règle générale veut que les corporations municipales, comme les sociétés privées, aient le pouvoir général de conclure des con-

ration is of statutory origin its contractual powers are limited and circumscribed by its constituent Act.

It is important to emphasize that in the instant appeal, there is no statutory provision which specifically excludes the trading of zoning for amenities from the general power to contract.

I also rely on the fact that in B.C., under s. 19(1) of the *Municipal Act*, municipalities have the express power “to contract for materials and services”. This is a wide and general municipal power, which should be interpreted broadly; see *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, and my colleague’s reasons, at para. 35. Moreover, when viewed in combination with s. 287 of the Act, s. 19 effectively grants to municipalities all powers incidental or conducive to the exercise of the general power to contract for materials and services. Section 287 states:

The council, in addition to powers specifically allotted to it, has the power to do anything incidental or conducive to the exercise of an allotted power.

While the courts of British Columbia have had little opportunity to interpret s. 19(1), there is precedent which suggests that this section is the statutory basis that grounds the municipal authority to enter development agreements with zoning commitments. In *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134 (S.C.), the City of Nelson entered a waterfront development agreement with a developer to build a hotel/marina. As well as agreeing to construct a dyke and a pathway at its own expense, the city agreed to “undertake to provide development permit approval based on meeting all the requirements of the development permit process which shall not exceed a maximum of four weeks from the date of application” and to “undertake to provide all the applicable zoning for the development” (para. 16). The zoning in question was already in place; the city’s undertaking was to maintain it for the period necessary to carry out the development plan. A group of citizens challenged the city’s authority to enter the agreement on the basis that it offended s. 292 which prevented the

trats en vue de réaliser leurs objets, mais lorsque la corporation est créée par la loi, ses pouvoirs contractuels sont limités et circonscrits par sa loi constitutive.

Il importe de souligner qu’en l’espèce aucune disposition législative ne soustrait expressément du pouvoir général de contracter l’échange de zonage contre des améliorations.

Je m’appuie également sur le fait qu’en Colombie-Britannique les municipalités ont, en vertu du par. 19(1) de la *Municipal Act*, le pouvoir explicite [TRADUCTION] «de conclure des contrats pour l’obtention de biens et de services». Il s’agit d’un pouvoir municipal large et général qui doit être interprété libéralement: voir l’arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, et les motifs de mon collègue, au par. 35. De plus, considéré conjointement avec l’art. 287 de la Loi, l’art. 19 a pour effet de conférer aux municipalités tous les pouvoirs accessoires ou favorables à l’exercice du pouvoir général de conclure des contrats pour l’obtention de biens et de services. L’article 287 prévoit:

[TRADUCTION] En plus des pouvoirs qui lui sont expressément conférés, le conseil a le pouvoir d’accomplir les actes qui sont accessoires ou favorables à leur exercice.

Même si les tribunaux de la Colombie-Britannique ont peu eu l’occasion d’interpréter le par. 19(1), il existe un précédent qui indique que ce paragraphe est le fondement légal du pouvoir des municipalités de conclure des contrats d’aménagement assortis d’engagements en matière de zonage. Dans l’affaire *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134 (C.S.), la ville de Nelson avait conclu avec un promoteur immobilier un contrat d’aménagement du secteur riverain pour la construction d’un hôtel et d’une marina. En plus d’accepter de construire une digue et un sentier à ses propres frais, la Ville s’était engagée [TRADUCTION] «à approuver la demande de permis d’aménagement, une fois remplies toutes les conditions du processus de délivrance d’un permis d’aménagement, ce qui [devrait] être fait dans les quatre semaines suivant la demande», et à «à adopter tout zonage nécessaire à l’aménagement» (par. 16). Le zonage en question était déjà en vigueur; la Ville s’engageait à le maintenir pendant la période nécessaire à la réalisation du plan d’aménagement.

city from assisting a developer. After describing the agreement as “a complex exercise in allocating responsibilities with a co-ordinated approach to the overall waterfront development” (para. 64), McEwan J. recognized that the “municipality exercise[d] its power to contract under S. 19 to effect purposes that are clearly within the realm of public policy” (para. 65).

95

While the statutory scheme had obviously changed by 1995, *Nelson, supra*, supports the view that s. 19 authorizes municipalities to enter development agreements in which they provide zoning commitments. As with the SMA, the agreement at issue in *Nelson* was “an attempt to accommodate a waterfront development that includes public uses and a private business there was a public interest in promoting as part of an overall plan to enhance the economic viability and diversity of the City” (para. 55). Where these types of development agreements do not restrict the City from rezoning, they are not *ultra vires*. The SMA, which simply contemplates compensation in the event of rezoning, falls within the scope of this rule.

96

In light of the foregoing, I cannot accept the City’s position on this issue. The City properly concedes that the SMA was lawful, agreeing that its subject matter was within the City’s jurisdiction. Further, it acknowledges that before 1978 and after 1993, the *Municipal Act* clearly provided for this power. However, based on the “legislative history of zoning provisions in B.C.”, it contends that during the relevant time period, the City did not have the authority to agree to the implied term that would maintain zoning. More specifically, in contrast to the current trend in municipal law, it argues that its general power to contract should be interpreted narrowly, based exclusively on the fact that,

Un groupe de citoyens a contesté le pouvoir de la Ville de conclure le contrat en faisant valoir qu’il contrevenait à l’art. 292 qui interdisait à la Ville d’aider un promoteur immobilier. Après avoir décrit le contrat comme étant [TRADUCTION] «un exercice complexe d’attribution de responsabilités assorti d’une démarche coordonnée quant à l’aménagement de l’ensemble du secteur riverain» (par. 64), le juge McEwan a reconnu que la [TRADUCTION] «municipalité a[vait] exercé le pouvoir de contracter que lui conf[érait] l’art. 19 afin de réaliser des objectifs nettement conformes à l’ordre public» (par. 65).

Même si le régime législatif avait manifestement changé en 1995, la décision *Nelson*, précitée, étaye le point de vue selon lequel l’art. 19 autorise les municipalités à conclure des contrats d’aménagement dans lesquels elles prennent des engagements en matière de zonage. À l’instar de l’accord-cadre, le contrat en cause dans *Nelson* représentait [TRADUCTION] «une tentative de faciliter l’aménagement d’un secteur riverain qui comport[ait] des ouvrages publics et une entreprise privée qu’il était dans l’intérêt public de promouvoir dans le cadre d’un plan d’ensemble destiné à rehausser la viabilité et la diversité économiques de la ville» (par. 55). Lorsque de tels contrats d’aménagement n’empêchent pas la Ville de modifier le zonage, ils ne sont pas *ultra vires*. L’accord-cadre, qui ne fait que prévoir le versement d’une indemnité dans le cas d’une modification de zonage, est visé par cette règle.

Compte tenu de ce qui précède, je ne puis souscrire à la position de la Ville à ce sujet. La Ville admet à juste titre que l’accord-cadre était licite et elle convient que son objet relevait de sa compétence. Elle reconnaît, en outre, qu’avant 1978 et après 1993 la *Municipal Act* conférait clairement ce pouvoir. Toutefois, se fondant sur [TRADUCTION] «l’historique législatif des dispositions relatives au zonage en Colombie-Britannique», elle soutient que, pendant la période pertinente, elle n’avait pas le pouvoir de souscrire à la clause implicite selon laquelle le zonage serait maintenu. Plus précisément, contrairement à la tendance actuelle que l’on constate en droit municipal, elle prétend qu’il y a

when the SMA was negotiated, municipalities were not expressly authorized to enter land use contracts.

With respect to the contrary view, this argument does not carry the City very far. A review of the legislative debates of the *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 57, demonstrates that the legislature of British Columbia had no intention of removing the municipalities' authority to enter long-term planning contracts when it repealed the land use contract provisions. The reason for the amendment was not that the government objected to the municipalities having a tool to control long-term developments, but to the intricacies of the provisions themselves, which had caused the land use contract to become "an often confusing counterproductive roadblock" (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia*, vol. 6, August 8, 1977, at p. 4353). Specifically, councils had been abusing the provisions in effect to raise revenue, by using the land use contract to extract additional concessions from developers. The motive behind the repeal of the land use contract was entirely based on the fact that it was being used in an arbitrary and unintended manner and as a substitute for zoning.

In my view, the review of the history of zoning power in B.C. confirms that in 1987, the City had the power to agree to the term that the City would not rezone for a reasonable time. In 1987, the basic zoning provision was s. 963 of the *Municipal Act* (now R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 903), which gave municipalities jurisdiction to enact zoning by-laws. That provision read:

963. (1) A local government may, by bylaw,

(a) divide the whole or part of the municipality or regional district, as the case may be, into zones,

lieu d'interpréter strictement son pouvoir général de contracter, compte tenu exclusivement du fait qu'au moment où l'accord-cadre a été négocié les municipalités n'étaient pas autorisées expressément à conclure des contrats d'utilisation du sol.

En ce qui concerne le point de vue contraire, cet argument ne mène pas la Ville très loin. L'examen des débats ayant entouré l'adoption de la *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, ch. 57, démontre que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique n'avait pas l'intention de retirer aux municipalités le pouvoir de conclure des contrats de planification à long terme lorsqu'elle a abrogé les dispositions relatives aux contrats d'utilisation du sol. La modification a été adoptée parce que le gouvernement s'opposait non pas à ce que les municipalités disposent d'un mécanisme de contrôle de l'aménagement à long terme, mais plutôt aux complexités des dispositions elles-mêmes, qui avaient eu pour effet de transformer les contrats d'utilisation du sol en [TRADUCTION] «obstacle souvent déroutant et nuisible» (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia*, vol. 6, 8 août 1977, à la p. 4353). En réalité, les conseils abusaient des dispositions pour tirer des revenus en se servant notamment des contrats d'utilisation du sol pour arracher des concessions supplémentaires aux promoteurs immobiliers. L'abrogation du contrat d'utilisation du sol était motivée entièrement par le fait qu'il était utilisé d'une manière arbitraire qui n'avait pas été prévue, et comme solution de rechange au zonage.

Selon moi, l'historique du pouvoir de zonage en Colombie-Britannique confirme qu'en 1987 la Ville avait le pouvoir de s'engager à ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. En 1987, la disposition fondamentale en matière de zonage était l'art. 963 de la *Municipal Act* (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 903), qui habilitait les municipalités à adopter des règlements de zonage. Cette disposition se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

963. (1) Une administration municipale peut, par règlement:

a) diviser en zones la totalité ou une partie de la municipalité ou du district régional, selon le cas, nommer

- name each zone and show by map or describe by legal description the boundaries of the zones,
- (b) limit the vertical extent of a zone and provide other zones above or below it, and
- (c) regulate within the zones
- (i) the use of land, buildings and structures,
- (ii) the density of the use of land, buildings and structures, and
- (iii) the siting, size and dimensions of
- (A) buildings and structures, and
- (B) uses that are permitted on the land, and
- (d) regulate the shape, dimensions and area, including the establishment of minimum and maximum sizes, of all parcels of land that may be created by subdivision, and
- (i) the regulations may be different for different areas, and
- (ii) the boundaries of those areas need not be the same as the boundaries of zones created under subsection 1(a).
- (2) The regulations under subsection (1) may be different for different
- (a) zones,
- (b) uses within a zone,
- (c) standards of works and services provided, and
- (d) siting circumstances
- as specified in the bylaw.
- (3) The power to regulate under subsection (1) includes the power to prohibit any use or uses in any zone or zones. [Emphasis added.]
- chacune d'elles et les délimiter au moyen d'une carte ou d'une description légale;
- b) limiter l'étendue verticale d'une zone et établir d'autres zones au-dessus ou au-dessous de celle-ci;
- c) régir à l'intérieur des zones:
- (i) l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
- (ii) la densité de l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
- (iii) le choix de l'emplacement, la taille et les dimensions:
- (A) des immeubles et ouvrages,
- (B) des usages qui peuvent être faits du sol;
- d) régir la forme, les dimensions et la superficie, y compris l'établissement des tailles minimale et maximale, de toutes les parcelles qui peuvent être créées par lotissement, sauf que:
- (i) la réglementation peut varier d'un secteur à l'autre,
- (ii) les limites de ces secteurs peuvent être différentes de celles des zones créées en vertu de l'alinéa a).
- (2) La réglementation en vertu du paragraphe (1) peut, selon ce qui est prévu par le règlement, varier selon:
- a) les zones;
- b) les usages à l'intérieur d'une zone;
- c) les normes des travaux effectués et des services fournis;
- d) les circonstances du choix de l'emplacement.
- (3) Le pouvoir de réglementation prévu au paragraphe (1) comprend le pouvoir d'interdire toute utilisation dans une zone donnée. [Je souligne.]

99

As is evident, the municipality's express powers included the power to create zones, and to regulate land use within the zones. It did not, as noted by my colleague, include the power, formerly granted under s. 702A of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255 (as am. by S.B.C. 1971, c. 38, s. 52), to enter land use contracts that froze zoning

Il est évident que la municipalité avait notamment le pouvoir explicite de créer des zones et de réglementer l'utilisation du sol à l'intérieur de ces zones. Comme l'a fait remarquer mon collègue, elle n'avait pas le pouvoir, auparavant conféré par l'art. 702A de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255 (mod. S.B.C. 1971, ch. 38, art. 52), de conclure des contrats d'utilisation du sol qui maintiendraient le zonage [TRADUCTION] «nonobstant tout

“notwithstanding any by-law of the municipality”.
The relevant part of s. 702A read:

702A. . . .

(3) Upon the application of an owner of land within the development area, or his agent, the Council may by by-law, notwithstanding any by-law of the municipality, or section 712 or 713, enter into a land use contract containing such terms and conditions for the use and development of the land as may be mutually agreed upon, and thereafter the use and development of the land shall, notwithstanding any by-law of the municipality, or section 712 or 713, be in accordance with the land use contract.

(4) A contract entered into under subsection (3) shall have the force and effect of a restrictive covenant running with the land and shall be registered in the Land Registry Office by the municipality. [Emphasis added.]

I cannot agree with my colleague that the absence of s. 702A in 1987 demonstrates that the City lacked the authority to agree to maintain the zoning bargained for in a lawful contract. The primary purpose of s. 702A was to force the City to honour land use contracts by effectively granting the developer an acquired right to proceed with a development (including those not yet begun at the time of the change in the zoning), enforceable by specific performance. It is important to emphasize that the absence of the provision does not demonstrate that the City lacked the authority to honour a lawfully entered contract in some other form; this is significant since PNI is not seeking the remedy of specific performance. While the City was no longer forced to allow development projects to proceed, the repeal of s. 702A did not signify that it gained the power to exercise the discretion to rezone, in violation of a lawful contract, with no consequences; see *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

By repealing s. 702A, the B.C. government did not prevent the City from entering long-term development contracts; it simply removed the right of municipalities to enter contracts where specific

règlement de la municipalité». La partie pertinente de l'art. 702A se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

702A. . . .

(3) À la demande du propriétaire d'un bien-fonds situé dans le secteur devant être aménagé, ou de son mandataire, le conseil peut, par règlement, nonobstant tout règlement de la municipalité ou les articles 712 et 713, conclure un contrat d'utilisation du sol établissant les modalités de l'utilisation et de l'aménagement du bien-fonds qui peuvent faire l'objet d'un commun accord, après quoi l'utilisation et l'aménagement du bien-fonds doivent être conformes au contrat d'utilisation du sol, nonobstant tout règlement de la municipalité ou les articles 712 et 713.

(4) Un contrat conclu en vertu du paragraphe (3) a la force et l'effet d'un engagement de ne pas faire relativement au bien-fonds et la municipalité doit le faire enregistrer au bureau d'enregistrement foncier. [Je souligne.]

Je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue que l'absence de l'art. 702A en 1987 montre que la Ville ne pouvait pas accepter de maintenir le zonage négocié dans un contrat licite. L'article 702A visait d'abord et avant tout à forcer la Ville à respecter les contrats d'utilisation du sol en conférant effectivement au promoteur immobilier le droit acquis de procéder à des travaux d'aménagement (y compris ceux qui n'avaient pas encore débuté au moment de la modification du zonage), lequel droit était exécutoire en nature. Il importe de souligner que l'absence de la disposition ne démontre pas que la Ville ne pouvait pas respecter une autre forme de contrat licite; cela est révélateur étant donné que la PNI ne demande pas l'exécution en nature. Même si la Ville n'était plus forcée de permettre la réalisation de projets d'aménagement, l'abrogation de l'art. 702A ne signifiait pas qu'elle était désormais habilitée à exercer sans conséquence le pouvoir discrétionnaire de modifier le zonage en contravention d'un contrat licite; voir *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

En abrogeant l'art. 702A, le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a pas empêché la Ville de conclure des contrats d'aménagement à long terme; il a simplement éliminé le droit des municipi-

performance was guaranteed (s. 13(3) of the *Municipal Amendment Act, 1977*). The repeal did not end existing land use contracts; see *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166 (B.C.C.A.), and s. 982 of the *Municipal Act*, which acknowledged, by creating a process for their amendment, that existing land use contracts would continue in force:

982. . . .

(2) Subject to subsections (3) and (5), a land use contract that is entered into and registered in a land title office may be amended

(a) by bylaw . . . , or

(b) by a development variance permit issued under section 974 or a development permit under section 976.

101

It must be recognized that the repeal of the land use contract system did not remove the authority of municipalities to bind themselves in regard to zoning. When s. 702A was repealed by s. 13 of the *Municipal Amendment Act, 1977*, it was replaced with s. 702AA, which created a new development permit system. The permit system did not statutorily restrict the municipality from rezoning, as did the land use contract system. However, s. 980(5) was similar in effect:

A local government may issue more than one permit for an area of land, and the land shall be developed strictly in accordance with the permit or permits issued, which shall also be binding on local government.

102

This provision established that once a permit was issued it was “binding on local government”. Despite my colleague’s assertion otherwise, in my view this confirms the authority of the City “to constrain the future use of this legislative power”. Moreover, s. 702AA(8) confirms the binding

palités de conclure des contrats dans lesquels l’exécution en nature serait garantie (par. 13(3) de la *Municipal Amendment Act, 1977*). L’abrogation n’a pas mis fin aux contrats d’utilisation du sol existants; voir *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166 (C.A.C.-B.), et l’art. 982 de la *Municipal Act* qui, en créant un processus de modification des contrats d’utilisation du sol, reconnaissait que les contrats déjà existants en la matière demeureraient exécutoires:

[TRADUCTION]

982. . . .

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (5), le contrat d’utilisation du sol qui est conclu et qui est enregistré dans un bureau d’enregistrement foncier peut être modifié

a) au moyen d’un règlement [. . .], ou

b) au moyen d’un permis de modification d’aménagement délivré en vertu de l’article 974, ou d’un permis d’aménagement délivré en vertu de l’article 976.

Il faut reconnaître que l’abrogation du système de contrats d’utilisation du sol n’a pas éliminé le pouvoir des municipalités de se lier en matière de zonage. Lorsque l’art. 702A a été abrogé par l’art. 13 de la *Municipal Amendment Act, 1977*, il a été remplacé par l’art. 702AA qui a créé un nouveau système de permis d’aménagement. Le système de permis n’empêchait pas légalement la municipalité de modifier le zonage, comme dans le cas du système de contrats d’utilisation du sol. Le paragraphe 980(5) avait cependant un effet similaire:

[TRADUCTION] Une administration locale peut délivrer plus d’un permis pour un secteur, et les biens-fonds de ce secteur doivent être aménagés strictement en conformité avec le ou les permis délivrés, lesquels lient également l’administration locale.

Cette disposition prévoyait que, dès sa délivrance, un permis «li[ait] [. . .] l’administration locale». Malgré l’affirmation contraire de mon collègue, j’estime que cela confirme le pouvoir de la Ville de «limiter l’exercice futur de ce pouvoir de réglementation». De plus, le par. 702AA(8)

nature of the permit: “If a development permit is issued, the land shall be developed strictly in accordance with the terms, conditions and provisions of the permit.”

As stated by the Minister of Municipal Affairs during second reading of the *Municipal Amendment Act, 1977* when the government repealed land use contracts and introduced development permits, it did not intend to remove the authority of municipalities to control exceptional types of developments (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia, supra*, at p. 4354):

The development permit represents much more than a response against the land-use contract. Its introduction will accomplish several important reforms. First, it defines and confirms the municipality’s right to control the qualitative aspects of the exceptional development. . . .

The Minister’s remarks confirm that the principle behind repealing land use contracts and substituting development permits was to ensure that developers received an easier, quicker treatment from councils who had previously abused the land use contract. The intent was not, as my colleague suggests, to remove the authority of municipalities to control their planning needs by way of contract. The fact that no development permit was issued in this case is not evidence of the scope of the municipality’s power to contract for zoning during the relevant time period. Accordingly, it has no bearing on the authority of the City to enter into the SMA.

To summarize, the general municipal power to contract in furtherance of municipal objectives is a solid basis for the City’s authority to agree to the zoning commitments in the SMA. As stated in Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 197.1:

There is no principle of law enabling a court to prevent a council from making any contract it sees fit to make with respect to a matter within its jurisdiction (*Indepen-*

confirme le caractère obligatoire du permis: [TRADUCTION] «Si un permis d’aménagement est délivré, le bien-fonds doit être aménagé strictement en conformité avec les modalités du permis».

Comme l’a déclaré le ministre des Affaires municipales au cours de la deuxième lecture de la *Municipal Amendment Act, 1977* lorsque le gouvernement a abrogé les contrats d’utilisation du sol et établi les permis d’aménagement, il ne voulait pas retirer aux municipalités le pouvoir de contrôler certains types exceptionnels d’aménagement (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia, op. cit.*, à la p. 4354):

[TRADUCTION] Le permis d’aménagement constitue beaucoup plus qu’une réaction contre le contrat d’utilisation du sol. Son établissement mettra en œuvre plusieurs réformes importantes. Premièrement, il définit et confirme le droit de la municipalité de contrôler les aspects qualitatifs de l’aménagement exceptionnel. . .

Les remarques du Ministre confirment que le principe qui sous-tend l’abrogation des contrats d’utilisation du sol et leur remplacement par des permis d’aménagement était d’assurer que les promoteurs immobiliers bénéficieraient d’un traitement plus facile et plus rapide de la part des conseils qui avaient auparavant abusé du contrat d’utilisation du sol. Contrairement à ce que mon collègue affirme, l’intention n’était pas de retirer aux municipalités le pouvoir de contrôler leurs besoins de planification au moyen de contrats. Le fait qu’aucun permis d’aménagement n’a été délivré en l’espèce ne prouve rien quant à l’étendue du pouvoir de la municipalité de conclure des contrats en matière de zonage pendant la période pertinente. Par conséquent, ce fait n’influe aucunement sur le pouvoir de la Ville de conclure l’accord-cadre.

En résumé, le pouvoir municipal général de contracter en vue de réaliser des objectifs municipaux est un fondement solide du pouvoir de la Ville de consentir aux engagements en matière de zonage contenus dans l’accord-cadre. Comme on le précise dans Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 197.1:

[TRADUCTION] Aucun principe de droit n’habilite une cour à empêcher un conseil de conclure tout contrat qu’il juge bon de conclure à l’égard d’une matière qui

dent Cdn. Business Assn. v. Vancouver (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 96 (C.A.)).

Section 19(1) and s. 963 (read in conjunction with s. 287) establish that the subject matter of the implied term in the SMA was within the City's jurisdiction. The express power to contract for materials and services, coupled with the municipality's power to zone, provided the City with the authority to agree to a contract that contained a term which temporarily maintains zoning; see *Kendrick, supra*. Even if the authorization did not flow directly from these provisions, this power would necessarily or fairly be implied under these express powers. Finally, and perhaps most telling, is the fact that, in argument, the City conceded the SMA was lawful despite being unable to identify a specific statutory basis which granted it the authority to enter into this type of contract. Aside from the fact that it is inconsistent to assert that only the implied term is *ultra vires*, in my view, the statutory basis is the one that I have just identified and, properly interpreted, it extends to the City's agreement to maintain the zoning. While this disposes of the *ultra vires* issue, three additional points bear comment.

105 First, the City suggests that s. 972(1) of the *Municipal Act* which provides that no compensation is payable to any person for reduced land values due to changes in zoning supports its position that no remedy is available for breach of contract in this case. I think the purpose and effect of s. 972(1) are entirely unrelated to the issue before us. Section 972(1) states:

972. (1) Compensation is not payable to any person for any reduction in the value of that person's interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan, a rural land use bylaw or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division (5).

relève de sa compétence (*Independent Cdn. Business Assn. c. Vancouver* (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 96 (C.A.)).

Le paragraphe 19(1) et l'art. 963 (interprétés conjointement avec l'art. 287) établissent que l'objet de la clause implicite de l'accord-cadre relevait de la compétence de la Ville. Le pouvoir explicite de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services, conjugué au pouvoir municipal de zonage, conférait à la Ville le pouvoir de conclure un contrat assorti d'une clause selon laquelle le zonage serait maintenu temporairement; voir *Kendrick*, précité. Même si l'autorisation ne découlait pas directement de ces dispositions, ce pouvoir ressortait nécessairement ou à juste titre de façon implicite des pouvoirs explicites susmentionnés. Enfin, ce qui est peut-être le plus révélateur, il y a le fait que, dans sa plaidoirie, la Ville a reconnu que l'accord-cadre était licite même si elle était incapable de relever une disposition législative qui l'habilitait expressément à conclure ce genre de contrat. Outre le fait qu'il soit illogique d'affirmer que seule la clause implicite est *ultra vires*, j'estime que le fondement légal de ce pouvoir est celui que je viens de décrire et qu'il doit être interprété comme s'appliquant à l'engagement de la Ville de maintenir le zonage. Bien que cela règle la question de l'*ultra vires*, trois autres points méritent d'être commentés.

Premièrement, la Ville indique que le par. 972(1) de la *Municipal Act*, qui prévoit qu'aucune indemnité n'est payable pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds résultant d'une modification de zonage, étaye son point de vue selon lequel il n'existe aucun recours pour inexécution de contrat en l'espèce. Je crois que l'objet et l'effet du par. 972(1) n'ont absolument rien à voir avec la question dont nous sommes saisis. Le paragraphe 972(1) se lit ainsi:

[TRADUCTION]

972. (1) Aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds, ou pour toute perte ou tous dommages résultant de l'adoption d'un plan communautaire officiel, d'un règlement relatif à l'utilisation de terres rurales, d'un règlement pris en vertu de la présente division ou de la délivrance d'un permis en vertu de la division (5).

The statutory scheme demonstrates that s. 972(1) provides immunity to the City for decisions to down-zone *simpliciter*; it does not prevent recovery for rezoning in breach of a contract. The subsection was introduced in 1985 by the *Municipal Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 79, s. 8, at the same time as s. 980(5) which established that development permits were binding on the City. If s. 972(1) covered every decision to down-zone, s. 980(5) would have no purpose as the former provision would remove the availability of a remedy if the City did not honour a binding permit. It is plain that the only way to interpret these provisions together as part of the same scheme is to realize that s. 972(1) allows municipalities to make routine zoning decisions with impunity and that the balance of the provisions, which demonstrate the legislative policy of allowing a municipality to bind itself, continue to have meaning. Here, PNI is not demanding compensation only “because the City exercised its legislative powers in a particular way” (LeBel J., at para. 64). It is suing because the City chose to do so in breach of contract.

Second, my colleague asserts that specific provisions in force in the relevant time period restricting the power of municipalities to enter into contracts of a duration exceeding five years reveal that the Province contemplated a regime where long term contracts were closely controlled. I, on the other hand, believe that limiting the duration of contracts in specific instances is indicative of the fact that no restrictions were contemplated generally. In my view, these provisions do not justify a restrictive interpretation of the City’s powers and are of little significance in this appeal. The City concedes that the long-term development contract at issue in this appeal, the SMA, is lawful.

Third, I find it necessary to comment on the Court of Appeal’s approach to the *ultra vires* issue. The Court of Appeal preferred not to rely on the *ultra vires* doctrine in finding for the City, but did

Le régime législatif démontre que le par. 972(1) accorde simplement à la Ville l’immunité relativement aux décisions de modifier le zonage; il n’empêche pas l’indemnisation pour la modification de zonage en violation d’un contrat. Ce paragraphe a été introduit en 1985 par la *Municipal Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, ch. 79, art. 8, en même temps que le par. 980(5) qui établissait que les permis d’aménagement liaient la Ville. Si le par. 972(1) s’appliquait à toute décision de modifier le zonage, le par. 980(5) serait inutile étant donné que la première disposition écarterait tout recours dans les cas où la Ville n’aurait pas respecté un permis qui la liait. Il est clair que la seule façon d’interpréter ces dispositions ensemble en tant que parties du même régime est de comprendre que le par. 972(1) permet aux municipalités de prendre impunément des décisions de routine en matière de zonage et que les autres dispositions, qui traduisent la politique législative de permettre à une municipalité de se lier, continuent d’avoir un sens. En l’espèce, la PNI ne réclame pas une indemnité seulement «parce que la Ville a exercé ses pouvoirs de réglementation d’une certaine manière» (le juge LeBel, au par. 64). Elle intente une poursuite parce que la Ville a décidé de le faire en violation d’un contrat.

Deuxièmement, mon collègue affirme que, selon les dispositions particulières qui, à l’époque pertinente, restreignaient le pouvoir des municipalités de conclure des contrats d’une durée supérieure à cinq ans, la province envisageait un régime dans lequel les contrats à long terme feraient l’objet d’un contrôle serré. De mon côté, je crois que limiter la durée des contrats dans certains cas indique qu’aucune restriction n’était prévue en général. Selon moi, ces dispositions ne justifient pas une interprétation restrictive des pouvoirs de la Ville et ont peu d’importance dans le présent pourvoi. La Ville reconnaît le caractère licite du contrat d’aménagement à long terme qui est en cause en l’espèce, à savoir l’accord-cadre.

Troisièmement, je juge nécessaire de commenter la façon dont la Cour d’appel a abordé la question de l’*ultra vires*. La Cour d’appel a préféré ne pas se fonder sur la règle de l’*ultra vires* en statuant en

express doubt that it would be “*intra vires* a municipal corporation to expressly contract not to down-zone” (para. 41). To reach that position, it relied on the following statement by Sopinka J. in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at pp. 276-77:

In most cases, as here, the problem arises with respect to the exercise of a power that is not expressly conferred but is sought to be implied on the basis of a general grant of power. It is in these cases that the purposes of the enabling statute assume great importance. The approach in such circumstances is set out in the following excerpt in Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, § 64.1, at p. 387, with which I agree:

In approaching a problem of construing a municipal enactment a court should endeavour firstly to interpret it so that the powers sought to be exercised are in consonance with the purposes of the corporation. The provision at hand should be construed with reference to the object of the municipality: to render services to a group of persons in a locality with a view to advancing their health, welfare, safety and good government.

Any ambiguity or doubt is to be resolved in favour of the citizen especially when the grant of power contended for is out of the “usual range”. See Rogers, *supra*, at § 64.1, and *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, *per* Taylor C.J.

108

To begin with, the Court of Appeal did not consider the last direction that any doubt is to be resolved in favour of the citizen. More importantly, I do not agree with the Court of Appeal’s assessment that the significance of *Shell* to the instant appeal is “that the majority adopted a narrow approach to the definition of powers not expressly conferred but sought to be implied on the basis of a general grant of power” (para. 34). The conclusion of the majority in *Shell* was prompted by their key finding (at p. 280) that the

purpose of the Resolutions is to affect matters beyond the boundaries of the City without any identifiable bene-

faveur de la Ville, mais elle a dit douter [TRADUCTION] «[qu’]une corporation municipale ait le pouvoir de s’engager expressément par contrat à ne pas modifier le zonage» (par. 41). Pour en arriver à ce point de vue, elle s’est fondée sur l’affirmation suivante du juge Sopinka dans l’arrêt *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, aux pp. 276 et 277:

La plupart du temps, comme c’est le cas en l’espèce, le problème se pose souvent relativement à l’exercice d’un pouvoir non expressément conféré mais dont on dit qu’il découle implicitement d’une attribution générale de compétence. C’est dans ces cas que les objets de la loi habilitante revêtent une grande importance. La façon de procéder en pareils cas est énoncée par Rogers dans l’extrait suivant de *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, par. 64.1, à la p. 387, auquel je souscris:

[TRADUCTION] Devant un problème d’interprétation d’une résolution ou d’un règlement adopté par une municipalité, les tribunaux doivent s’efforcer en premier lieu de donner une interprétation qui harmonise les pouvoirs que l’on cherche à exercer avec les objets de la municipalité. La disposition en cause devrait s’interpréter en fonction de l’objet de la municipalité: fournir des services à un groupe de personnes, dans une localité, en vue d’en améliorer la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement.

Tout doute ou toute ambiguïté doit profiter au citoyen, particulièrement lorsque le pouvoir que l’on prétend avoir sort de l’«ordinaire». Voir Rogers, *op. cit.*, par. 64.1, et *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, le juge en chef Taylor.

Pour commencer, la Cour d’appel n’a pas tenu compte de la dernière directive selon laquelle tout doute doit profiter au citoyen. Qui plus est, je ne partage pas l’évaluation de la Cour d’appel selon laquelle l’importance de l’arrêt *Shell* dans le présent pourvoi vient du fait [TRADUCTION] «que les juges majoritaires ont adopté une façon stricte d’aborder la définition des pouvoirs qui ne sont pas expressément conférés mais que l’on prétend implicites en raison d’une attribution générale de compétence» (par. 34). La conclusion des juges majoritaires dans l’arrêt *Shell* découlait de leur conclusion principale (à la p. 280) que les

résolutions ont pour objet d’exercer une influence à l’extérieur des limites de la ville et ne comportent aucun

fit to its inhabitants. This is a purpose that is neither expressly nor impliedly authorized by the *Vancouver Charter* and is unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the *Vancouver Charter*.

Quite clearly, the principal holding in *Shell* was that the municipality was not acting for a municipal purpose, and not that a municipality's implied powers should be narrowly construed. *Shell* merely confirms that a municipality must act for an appropriate purpose, and where it does not, its action will be *ultra vires*. Here, the power sought to be exercised (to contract for long-term development) accords with the purposes of the corporation.

The Court of Appeal's position on the *ultra vires* issue was largely based on its finding that it is "most doubtful that the City has the power to contractually bind itself to do that which, by settled law, it is forbidden to do" (para. 38). With the greatest respect, the premise, and therefore the conclusion, is incorrect: the agreement to maintain zoning is not forbidden by settled law. Under the contract, as required, the City retained its power to modify the zoning but it remained liable for civil consequences if it breached its contractual obligations. The following explains that the City's commitment to the zoning does not violate public policy.

Issue #3: Is It Contrary to Public Policy to Enforce the Implied Term?

The final question in this appeal is whether the well established rule accepted by both parties that City Council does not have the authority to fetter the ability of a future council to exercise its legislative power is violated by the implied term at issue. In my view, it does not and the implied term is not void for public policy.

I agree that a limitation on a municipality's legislative power is not a trivial matter: but the fact is that the SMA does not restrict the City's authority

bénéfice précis pour ses citoyens. Il s'agit d'un objet qui n'est autorisé ni expressément ni implicitement par la Charte de Vancouver et qui n'est pas lié à la réalisation de l'intention et de l'objet de cette charte.

Il est très clair que la conclusion principale de l'arrêt *Shell* était que la municipalité n'avait pas agi à une fin municipale, et non pas qu'il y avait lieu d'interpréter restrictivement les pouvoirs implicites d'une municipalité. L'arrêt *Shell* ne fait que confirmer qu'une municipalité doit agir à une fin appropriée et que si elle ne le fait pas, ses actes sont *ultra vires*. En l'espèce, le pouvoir (de conclure un contrat d'aménagement à long terme) que l'on cherchait à exercer est compatible avec les fins de la municipalité.

La position de la Cour d'appel relativement à la question de l'*ultra vires* était fondée en grande partie sur sa conclusion qu'il est [TRADUCTION] «fort douteux que la Ville ait le pouvoir de s'engager par contrat à faire ce que le droit établi lui interdit de faire» (par. 38). En toute déférence, la prémisse et, par conséquent, la conclusion sont erronées: le contrat prévoyant le maintien du zonage n'est pas interdit par le droit établi. En vertu de ce contrat, la Ville conservait, au besoin, le pouvoir de modifier le zonage, mais elle continuait d'engager sa responsabilité civile si elle ne respectait pas ses obligations contractuelles. Ce qui suit explique que l'engagement de la Ville en matière de zonage n'est pas contraire à l'ordre public.

Troisième question: Est-il contraire à l'ordre public d'appliquer la clause implicite?

La dernière question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si la clause implicite en cause contrevient à la règle bien établie et acceptée par les deux parties selon laquelle le conseil municipal n'a pas le pouvoir d'entraver l'exercice du pouvoir de réglementation d'un futur conseil. Je suis d'avis que la clause implicite ne contrevient pas à cette règle et n'est pas frappée de nullité pour des raisons d'ordre public.

Je conviens qu'une limitation du pouvoir de réglementation d'une municipalité n'est pas quelque chose de négligeable, mais il reste que

109

110

111

to rezone. This is not a case where the municipality has given up its legislative powers. Thus, my colleague's assertion that municipalities "cannot agree to change zoning in return for particular consideration, and they cannot agree to keep zoning unchanged in return for particular consideration" (para. 57) overlooks the existence of the contract that is at the heart of this dispute. On the former point, the City concedes that the SMA, which was conditional on rezoning, was lawful. The latter point is the very issue to be settled in this appeal.

l'accord-cadre ne restreint pas le pouvoir de la Ville de modifier le zonage. Il ne s'agit pas d'un cas où la municipalité a renoncé à ses pouvoirs de réglementation. Par conséquent, l'affirmation de mon collègue, selon laquelle les municipalités «ne peuvent pas consentir à modifier un zonage ou à le maintenir en échange d'une contrepartie particulière» (par. 57) ne tient pas compte de l'existence du contrat qui est au cœur du présent litige. Au sujet de la première question, la Ville admet que l'accord-cadre, qui était conditionnel à la modification du zonage, était licite. La dernière question est justement celle qui doit être tranchée dans le présent pourvoi.

112 In finding that the implied term limited the Council's discretion to rezone and was therefore contrary to public policy, the Court of Appeal relied on *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (B.C.C.A.), and *Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (B.C.S.C.), to support its view that requiring council to consider liability for damages fetters legislative discretion. I cannot agree with this proposition and do not find that those cases provide it with a solid foundation.

En concluant que la clause implicite limitait le pouvoir discrétionnaire du conseil de modifier le zonage et qu'elle était donc contraire à l'ordre public, la Cour d'appel a invoqué l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (C.A.C.-B.), et la décision *Ingledeu's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (C.S.C.-B.), à l'appui de son opinion selon laquelle exiger que le conseil tienne compte de l'obligation de payer des dommages-intérêts entrave le pouvoir discrétionnaire de réglementation. Je ne puis être d'accord avec cette proposition et je n'estime pas que cette jurisprudence l'appuie solidement.

113 In *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, the city entered into a contract with the aim of rezoning certain land in the City of Vancouver from a three-storey multiple dwelling zone to a six-storey light industrial zone. The city gave an unqualified covenant to rezone the land (upon due registration of its rights under the *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1948, c. 171) in exchange for a promise from the owners to refrain from building on the northern most edge of the property and to landscape it. The city applied to register these charges against the land, but the Registrar refused because, in his view, there was no registrable interest. The majority of the Court of Appeal decided that it was unnecessary to analyze the objections made by the Registrar since it found that the agreement was *ex facie* invalid. The problem with the agreement was that the city had fet-

Dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, la ville de Vancouver avait conclu un contrat en vue de modifier le zonage d'un bien-fonds situé sur son territoire en le faisant passer d'une zone d'immeubles d'habitation de trois étages à une zone d'immeubles de six étages affectés à l'industrie légère. La ville avait pris l'engagement absolu de modifier le zonage du bien-fonds (une fois que ses droits auraient dûment été enregistrés en vertu de la *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 171) en contrepartie d'une promesse des propriétaires de ne rien construire sur la partie la plus au nord du bien-fonds et d'y effectuer un aménagement paysager. La ville a fait une demande d'enregistrement de ces charges grevant le bien-fonds, mais le registraire a refusé parce qu'il était d'avis qu'il n'y avait aucun droit enregistrable. La Cour d'appel, à

tered its legislative discretion by agreeing to pass a by-law (at p. 712):

With these observations, I turn now to the invalidity of the agreement. That lies in the fact that by cl. 11 of the agreement, the City bound itself without reservation or qualification, to pass the amending by-law effecting the proposed re-zoning upon due registration of the City's rights under the agreement. By so doing the City bound itself, and thereby the council (through whom it must act) to disregard all objections to its passage, though the objectors had the statutory right to have their objections considered and determined upon their merits when the by-law was presented for hearing. The agreement impaired the discretion vested in the council by the *Town Planning Act* for the protection of the competing and conflicting interests of property owners affected by the proposed amending by-law and the interests of the community as a whole.

The agreement in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District* required the city to act in a manner that violated its statutory commitments (i.e., a neutral assessment of the public interest through public hearings could not be conducted), and consequently embarrassed the legislative process. That distinguishes it (and its progeny, including *Ingledeu's*, *supra*) from the present appeal, where the City did not bind itself to pass a by-law but merely agreed to honour its contractual commitments. There is a valid distinction in, on the one hand, committing indelibly to pass a zoning by-law, and, on the other, agreeing to compensate if the basic by-law which is a condition precedent to the contract is repealed. This latter promise is less restrictive, does not offend the public interest and does not embarrass the legislative process. There is no danger that Council will be placed in the awkward position of compulsorily pushing through a by-law while conducting sham public hearings. Here, the City merely accepted that the passing of a by-law would be a condition

la majorité, a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'analyser les objections du registrateur étant donné sa conclusion que l'accord était invalide à première vue. Le problème que posait le contrat était que la ville avait entravé son pouvoir discrétionnaire de réglementation en acceptant d'adopter un règlement (à la p. 712):

[TRADUCTION] Compte tenu de ces observations, j'examine maintenant la question de l'invalidité du contrat. Elle est due au fait que, par la clause 11 du contrat, la ville s'est engagée sans réserve ni exception à adopter le règlement qui réaliserait la modification de zonage projetée dès que les droits conférés à la ville par le contrat seraient dûment enregistrés. Ce faisant, la ville s'est engagée et, par le fait même, a engagé le conseil (par l'intermédiaire duquel elle doit agir) à ne pas tenir compte des objections à son adoption même si la loi accordait aux opposants le droit de faire examiner et trancher leurs objections au fond lors de la présentation du règlement en audience. Le contrat portait atteinte au pouvoir discrétionnaire conféré au conseil par la *Town Planning Act* pour la protection des droits opposés des propriétaires fonciers touchés par le projet de règlement modificatif et des droits de l'ensemble de la collectivité.

Le contrat en cause dans l'affaire *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District* obligeait la ville à agir d'une manière contraire à ses obligations légales (en sens qu'il était impossible d'effectuer une évaluation neutre de l'intérêt public au moyen d'audiences publiques) et grevait donc le processus de réglementation. Cela différencie cet arrêt (et les décisions qui l'ont suivi, dont *Ingledeu's*, précitée) du présent pourvoi où la Ville s'est engagée non pas à adopter un règlement, mais uniquement à respecter ses engagements contractuels. Il y a une distinction valide entre, d'une part, s'engager irrévocablement à adopter un règlement de zonage et, d'autre part, accepter de verser une indemnité si jamais le règlement de base qui constitue une condition préalable du contrat est abrogé. Cette dernière promesse est moins restrictive, n'est pas contraire à l'intérêt public et ne greève pas le processus de réglementation. Il n'y a aucun risque que le conseil soit placé dans la situation délicate où il devra obligatoirement adopter un règlement particulier après avoir tenu des audiences publiques pour la forme. En l'espèce, la Ville n'a fait qu'accepter que l'adoption d'un règlement soit

precedent to the contract. There was never any obligation to pass the by-law.

115 In my view, there is a distinction between preventing council from exercising its legislative discretion and requiring it to consider its contractual obligations before exercising that discretion. The case law upholds such a distinction. In the recent decision of *Wells, supra*, this Court recognized, at para. 43, a similar distinction

between the respondent's right to hold office as a Commissioner, and his right to the financial benefits of having agreed to serve in that capacity. While the legislature is free to remove the power and responsibility of the office, in doing so it does not strip the respondent of the compensation flowing from the contract unless it specifically so enacts.

116 The cases which my colleague asserts support the position that an indirect fettering is illegal (*Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (S.C., App. Div.), and *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (S.C.)) are easily distinguished. In *Eastview*, the town council bound itself "to approve and allow forever the use for cemetery purposes of the lands" and to "never attempt to prevent or prohibit internment of the dead in said lands" (p. 288). That permanent and absolute covenant is obviously a far cry from the City's temporary and reasonable promise to compensate PNI if it rezoned without giving PNI a reasonable period to proceed with its development project. Similar reasoning may apply to *Walker*.

117 The decision of the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division in *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, points out the significance between indirect and direct fettering of a municipal council's power. I cannot agree with my colleague that the *ratio* of this case is unclear. In *Saint John*, the city gave the New Brunswick Power Co. the right to operate buses in the city for a period of six years. The contract provided that if city council in the first six years gave another company a franchise to

une condition préalable du contrat. Elle n'a jamais eu l'obligation d'adopter le règlement.

Selon moi, il y a une distinction entre empêcher le conseil d'exercer son pouvoir discrétionnaire de réglementation et l'obliger à tenir compte de ses obligations contractuelles avant d'exercer ce pouvoir. La jurisprudence confirme l'existence de cette distinction. Récemment, dans l'arrêt *Wells*, précité, notre Cour reconnaissait, au par. 43, l'existence d'une distinction semblable

entre le droit de l'intimé d'occuper un poste comme commissaire et son droit aux avantages financiers qui découlent du fait d'avoir accepté d'exercer de telles fonctions. Bien que la législature soit libre de priver un poste de pouvoir et de responsabilité, en ce faisant, elle ne prive pas l'intimé de l'indemnité découlant du contrat, sauf si elle le prévoit expressément dans la loi.

Les décisions qui, selon mon collègue, appuient le point de vue selon lequel une entrave indirecte est illégale (*Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (C.S., Div. app.), et *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (C.S.)) sont faciles à distinguer. Dans *Eastview*, le conseil municipal s'était engagé [TRADUCTION] «à approuver et à permettre à tout jamais que les terrains servent de cimetière» et à [TRADUCTION] «ne jamais tenter d'y empêcher ou d'y interdire l'enterrement des morts» (p. 288). Cet engagement permanent et absolu est manifestement très différent de la promesse temporaire et raisonnable de la Ville d'indemniser la PNI si elle modifiait le zonage sans donner à cette dernière un délai raisonnable pour réaliser son projet d'aménagement. Un raisonnement similaire peut s'appliquer à l'affaire *Walker*.

L'arrêt de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, Division d'appel, *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, fait ressortir la différence importante entre l'entrave indirecte et l'entrave directe au pouvoir d'un conseil municipal. Je ne puis convenir avec mon collègue que le raisonnement de cet arrêt n'est pas clair. Dans l'affaire *Saint John*, la ville avait accordé à la New Brunswick Power Co. le droit d'exploiter un service d'autobus dans la ville pendant une période de six ans. Le contrat pré-

operate buses or compelled the Power Co. to end its operations, the city would indemnify it against the capital loss arising from the initial purchase of the buses. It was argued that the city had fettered its discretion to grant a franchise to another entity because of the liability which it would incur to the Power Co. under the contract. At p. 707, Harrison J. found that the indemnification of the Power Co. was not *ultra vires*:

This clause in the agreement cannot therefore be objected to because it creates a legal obstacle to the performance by the city of its statutory duties. It is merely a question of good business, and as the city were asking the Power Company to purchase motor buses and go to a large expense in providing this equipment, the agreement to compensate the company, should this service be discontinued by reason of the city's action, does not appear unreasonable.

The same reasoning was adopted in *First City Development Corp. v. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241 (Ont. H.C.), at p. 270, and is consistent with English case law on the issue; see *Stourcliffe Estates Co. v. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785 (C.A.); *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.).

That reasoning must be applied here. The implied term is not a “legal obstacle to the performance . . . of . . . statutory duties”, but a “question of good business” (*Saint John, supra*, at p. 707). The City asked PNI to involve itself in a complex, long-term development agreement that was in the public interest. The developer was forced to make a large capital expenditure at the outset. As in *Saint John*, the “agreement to compensate the company, should this [contract] be discontinued by reason of the city's action, does not appear unreasonable” (p. 707). By distinguishing *Saint John*, the Court of Appeal in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District* accepted that a contractual term which allows for damages in the event of a change of policy by the

voyait que si, au cours des six premières années, le conseil municipal accordait à une autre société un permis d'exploiter un service d'autobus ou forçait la Power Co. à mettre fin à ses activités, la ville indemniserait cette dernière de la perte en capital résultant de l'achat initial des autobus. On a fait valoir que la ville avait entravé son pouvoir discrétionnaire d'accorder un permis à une autre entité du fait que sa responsabilité envers la Power Co. serait engagée aux termes du contrat. À la page 707, le juge Harrison a conclu que l'indemnisation de la Power Co. n'était pas *ultra vires*:

[TRADUCTION] Il est donc impossible de s'opposer à cette clause du contrat pour le motif qu'elle crée un obstacle juridique à l'exécution des obligations légales de la ville. Ce n'est qu'une question de saine gestion commerciale, et étant donné que la ville demandait à la Power Company d'acheter des autobus et d'engager de grandes dépenses à cette fin, le contrat qui prévoyait l'indemnisation de la société si la ville prenait l'initiative de mettre fin à ce service ne paraît pas déraisonnable.

Le même raisonnement a été adopté dans *First City Development Corp. c. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241 (H.C. Ont.), à la p. 270, et est compatible avec la jurisprudence anglaise sur la question; voir *Stourcliffe Estates Co. c. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785 (C.A.); *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.).

Ce raisonnement doit être appliqué en l'espèce. La clause implicite est non pas un [TRADUCTION] «obstacle juridique à l'exécution [. . .] [d']obligations légales», mais une «question de saine gestion commerciale» (*Saint John*, précité, à la p. 707). La Ville a demandé à la PNI d'être partie à un contrat complexe d'aménagement à long terme qui était dans l'intérêt public. Le promoteur immobilier a dû engager une grande dépense en capital au départ. Comme dans l'affaire *Saint John*, le [TRADUCTION] «contrat qui prévoyait l'indemnisation de la société si la ville prenait l'initiative [d'y] mettre fin [. . .] ne paraît pas déraisonnable» (p. 707). En différenciant l'arrêt *Saint John*, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, a reconnu

City is not void *per se* for public policy. *Saint John* recognizes that the City must respect vested rights and its contractual obligations. Repudiating the consideration for the contract cannot, in my opinion, be justified on the basis of public policy.

119 The finding that the implied term is not contrary to public policy is consistent with the modern approach to Crown liability for breach of contract as this Court recently set out in *Wells, supra*. I cannot agree with my colleague that the situation here can be distinguished from *Wells* because the SMA is not a business contract of a type similar to the one at issue in that case. The artificial creation of categories of business contracts is unjustified and unworkable. In *Wells*, this Court recognized that the government cannot glibly avoid responsibility for breaches of contract. Thus *Wells*, who had been a Commissioner with the Public Utilities Board until he lost his job during government restructuring, was entitled to damages for breach of contract. Our finding that the government of Newfoundland had the authority to restructure the Board did not signify that the legislature could act with impunity. Rather, we stated that in order to avoid the legal consequences of breaching a contract, the Government had to use clear and explicit statutory language to extinguish any existing rights previously conferred to an individual. *Wells's* right to seek damages for the breach had not been removed by legislation, and consequently, he was entitled to compensation. This is consistent with the conditions for municipal repeal of vested rights; see *Rogers, supra*, vol. 1, at para. 83.23.

120 *Wells* identifies important matters of policy fundamental to the analysis of the City's liability in this case. At para. 46, the Court recognized that in "a nation governed by the rule of law, we assume

qu'une clause contractuelle permettant le versement de dommages-intérêts en cas de changement de politique de la part de la Ville n'est pas nulle en soi pour des raisons d'ordre public. L'arrêt *Saint John* reconnaît que la Ville doit respecter les droits acquis et ses obligations contractuelles. Selon moi, la répudiation de la contrepartie du contrat ne saurait être justifiée par des raisons d'ordre public.

La conclusion que la clause implicite n'est pas contraire à l'ordre public est conforme à la façon moderne d'aborder la responsabilité de l'État pour inexécution de contrat, que notre Cour a récemment énoncée dans l'arrêt *Wells*, précité. Je ne saurais convenir avec mon collègue que la situation en l'espèce peut être distinguée de celle qui existait dans l'affaire *Wells*, du fait que l'accord-cadre n'est pas un contrat commercial semblable à celui dont il était question dans cette affaire. La création artificielle de catégories de contrats commerciaux est injustifiée et impraticable. Dans l'arrêt *Wells*, notre Cour a reconnu que le gouvernement ne pouvait pas se dégager aisément de sa responsabilité pour inexécution de contrat. Ainsi, *Wells*, qui avait été commissaire au sein de la Public Utilities Board jusqu'à ce qu'il perde son emploi à la suite d'une restructuration gouvernementale, avait droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Notre conclusion que le gouvernement de Terre-Neuve avait le pouvoir de restructurer la commission ne signifiait pas que la législature pouvait agir impunément. Nous avons plutôt dit que, pour éviter les conséquences juridiques de l'inexécution d'un contrat, le gouvernement devait utiliser dans la loi des termes clairs et explicites pour éteindre des droits antérieurement conférés à une personne. La loi adoptée n'avait pas retiré à *Wells* le droit de réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution en cause, de sorte qu'il avait droit à une indemnité. Cela est compatible avec les conditions que la municipalité doit remplir pour supprimer des droits acquis; voir *Rogers, op. cit.*, vol. 1, au par. 83.23.

L'arrêt *Wells* relève d'importantes questions d'ordre public qui sont essentielles à l'analyse de la responsabilité de la Ville en l'espèce. Au para. 46, notre Cour a reconnu que, dans «un

that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to". This reasoning applies equally here. The City argued that by passing the down-zoning by-law and by completing the public hearings necessary to it, it "explicitly exercise[d] its power" not to honour its obligation. However, this argument suffers from the same weakness apparent in *Wells*: although the government may act in a given manner, it is not relieved of financial liability for the consequences of its breach. Paragraph 35 of *Wells* demonstrates the direct parallel with the instant appeal:

While both the Crown and the respondent knew that the Board could be altered or eliminated by legislative action [just as both the City and PNI knew that the City could down-zone], there is no indication that this was understood to jeopardize the respondent's financial security.

Wells is strong recent support for PNI's position. The important policy considerations eloquently expressed by Major J. in *Wells*, at para. 46, should be honoured here:

In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations — rights of the highest importance to the individual — those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation's understanding of the relationship between the state and its citizens.

Contrary to my colleague's assertion, a multitude of policy considerations make it clear that a municipality should be held liable for damages where its council acts in conflict with a contract entered into by a previous council. The issue in this case is whether the City breached an implied term of a development contract, but the question applies equally to all contracts entered into by the City. Most council decisions have financial

pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire». Ce raisonnement s'applique également en l'espèce. La Ville a prétendu qu'en adoptant le règlement modifiant le zonage et en tenant les audiences publiques nécessaires à cet égard, elle avait «exerc[é] expressément son pouvoir» de ne pas respecter son obligation. Cet argument comporte la même lacune que celle qui ressort de l'arrêt *Wells*: même si le gouvernement peut agir d'une manière donnée, il n'échappe pas à toute responsabilité financière pour les conséquences de son manquement. Le paragraphe 35 de l'arrêt *Wells* illustre le parallèle direct qui existe avec le présent pourvoi:

Même si la Couronne et l'intimé savaient tous les deux qu'une intervention législative pouvait modifier ou éliminer la Commission [tout comme la Ville et la PNI savaient que la Ville pouvait modifier le zonage], rien n'indique que cela était considéré comme compromettant la sécurité financière de l'intimé.

L'arrêt récent *Wells* appuie fortement la position de la PNI. Il y a lieu d'appliquer, en l'espèce, les importantes considérations d'ordre public que le juge Major a exposées de façon éloquente au par. 46 de l'arrêt *Wells*:

Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens.

Contrairement à l'affirmation de mon collègue, une multitude de considérations d'ordre public font clairement ressortir qu'une municipalité devrait être tenue responsable des dommages qui résultent lorsque son conseil agit contrairement aux clauses d'un contrat conclu par un conseil antérieur. En l'espèce, la question est de savoir si la Ville a contrevenu à une clause implicite d'un contrat d'aménagement, mais cette question s'applique également à tous les contrats conclus par la Ville. La plupart des décisions du conseil ont des conséquences financières qui, pourrait-on prétendre,

121

122

implications which could be argued to indirectly fetter future councils.

123

It is quite apparent that requiring a municipal council to consider its contractual obligations does not violate public policy but promotes the public interest. Contracts entered into by a municipality should serve as checks on the exercise of legislative discretion. Councils are free to legislate as they like, but they cannot ignore the contractual obligations that they owe (*Wells, supra*). Having such an indirect fetter does not subject the municipal legislative process to undue influence or embarrassment. Moreover, the public policy of society is reflected in its statutes (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 554); hence, where a municipality enters a contract that is *intra vires*, the court must act cautiously before invalidating a term on the basis of public policy. The scope of the doctrine must be constrained, since, after all, “most governmental functions are performed under statutory powers”. Moreover, “[t]he Crown benefits no less than private persons from the principle that contractual undertakings should be reliable” (P. W. Hogg, *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at p. 171). If municipalities are not held to their contractual obligations, their impaired credit would cause them to pay higher prices for everything obtained by contract.

124

My colleague argues that a council’s decision to rezone should not be subject to “considerations other than an objective examination of what is best for the community” (para. 64). In my view, where the City has entered a contract and received consideration, the “community” includes the holder of that contract. The vested rights of that individual cannot be ignored. It is disingenuous to argue that this contract was breached in the public interest, because, as pointed out in the hearing, it will always be in the community interest to get something, in this case \$2.5 million worth of amenities, for nothing. Like Professor Hogg, I believe the public purse should bear the cost of a change in

entravent indirectement le pouvoir des futurs conseils.

Il est évident qu’exiger qu’un conseil municipal tienne compte de ses obligations contractuelles n’est pas contraire à l’ordre public, mais favorise l’intérêt public. Les contrats conclus par une municipalité devraient servir à freiner l’exercice du pouvoir discrétionnaire de réglementation. Les conseils sont libres d’adopter les règlements qu’ils veulent, mais ils ne sauraient faire fi des obligations contractuelles qui leur incombent (*Wells, précité*). Une telle entrave indirecte n’expose pas le processus municipal de réglementation à une influence ou à une charge indue. De plus, la politique officielle d’une société se reflète dans ses lois (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3^e éd. 1993), au par. 554); par conséquent, lorsqu’une municipalité conclut un contrat *intra vires*, la cour doit agir avec prudence avant d’en invalider une clause pour des raisons d’ordre public. La portée de la règle doit être restreinte étant donné qu’après tout [TRADUCTION] «la plupart des fonctions gouvernementales sont exercées en vertu de pouvoirs conférés par la loi». De plus, [TRADUCTION] «[l]’État ne bénéficie pas moins que les particuliers du principe selon lequel les engagements contractuels doivent être fiables» (P. W. Hogg, *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989), à la p. 171). Si les municipalités ne sont pas tenues de respecter leurs obligations contractuelles, leur crédibilité amoindrie les forcera à payer un prix plus élevé pour tout ce qu’elles obtiennent par contrat.

Mon collègue prétend que la décision d’un conseil de modifier le zonage ne doit pas dépendre de «considérations autres que l’examen objectif du meilleur intérêt de la collectivité» (par. 64). Selon moi, lorsque la Ville a conclu un contrat et reçu une contrepartie, la «collectivité» inclut le titulaire de ce contrat. On ne peut pas faire fi des droits acquis de cette personne. On ne peut pas sincèrement prétendre que ce contrat a été violé dans l’intérêt public, puisque, comme on l’a souligné à l’audience, il sera toujours dans l’intérêt de la collectivité d’obtenir quelque chose, en l’espèce des installations de 2,5 millions de dollars, sans contrepartie. À l’instar du professeur Hogg, j’estime

public policy. There is no justification for a special public law of contract (Hogg, *supra*, at pp. 171-72).

In contrast to my colleague, at para. 68 of his reasons, I do not think it is good policy to include the risk of the unilateral cancellation of contracts without compensation, under the guise of the public interest, as one of the “special legal and political risks” developers must assume in dealing with municipalities. Further, I am not persuaded that the consideration of “faith and trust between the public and private sectors” will curb the exercise of this power by municipalities. Certainly, the facts of this case demonstrate otherwise; see also *First City, supra*.

To summarize, it is sound policy to allow municipalities to enter complex, long-term development contracts which provide developers with a promise that existing zoning will continue for a period sufficient to allow for development. The power to contract with developers and provide enforceable guarantees in return for the provision of infrastructure and amenities is indispensable to the operation and growth of municipalities. This was recognized in *First City, supra*, where Craig J. found that an agreement between Durham and a developer was not contrary to public policy as, *inter alia*, “[t]he region had decided that as a matter of good planning, and for its own protection financially, that it was in the public interest” (p. 270).

I should note in passing that the doctrine that the Crown may not enter into a contract that might fetter future councils has been criticized in the literature. In describing it as “intolerably vague”, Hogg points out, at p. 171, that the doctrine unfairly provides the Crown with a means of escape from many of its seemingly straightforward contractual obligations: “Since there is no breach of contract, no damages have to be paid to the private con-

qu’il appartient au trésor public de supporter le coût d’un changement de politique officielle. Rien ne justifie l’existence d’un droit public particulier en matière de contrats (Hogg, *op. cit.*, aux pp. 171 et 172).

Contrairement à ce qu’affirme mon collègue au par. 68 de ses motifs, je n’estime pas qu’il est dans l’intérêt public de faire du risque de résiliation unilatérale des contrats sans compensation l’un des «risques particuliers [. . .] sur les plans juridique et politique» que les promoteurs immobiliers doivent assumer lorsqu’ils traitent avec des municipalités. En outre, je ne suis pas convaincu que le fait de tenir compte de la [TRADUCTION] «confiance entre le secteur public et le secteur privé» restreigne l’exercice de ce pouvoir par les municipalités. Il ne fait aucun doute que les faits de la présente affaire démontrent le contraire; voir également la décision *First City*, précitée.

En résumé, il convient de permettre aux municipalités de conclure des contrats complexes d’aménagement à long terme, dans lesquels elles promettent à des promoteurs immobiliers que le zonage existant sera maintenu pendant une période suffisante pour permettre l’aménagement. Le pouvoir de contracter avec des promoteurs immobiliers et de fournir des garanties exécutoires en contrepartie d’infrastructures et d’améliorations est indispensable au fonctionnement et à la croissance des municipalités. Cela a été reconnu dans la décision *First City*, précitée, où le juge Craig a décidé qu’un contrat conclu entre Durham et un promoteur n’était pas contraire à l’ordre public étant donné, notamment, que [TRADUCTION] «[l]a région avait décidé que, pour des raisons de saine planification et pour sa propre protection financière, cela était conforme à l’intérêt public» (p. 270).

Je tiens à faire remarquer en passant que la règle selon laquelle l’État ne peut pas conclure un contrat susceptible d’entraver les futurs conseils a été critiquée dans la doctrine. En la qualifiant comme étant [TRADUCTION] «d’une imprécision insoutenable», Hogg souligne, à la p. 171, que cette règle fournit injustement à l’État un moyen de se libérer d’un bon nombre des obligations contractuelles qui semblent lui incomber directement: [TRADUCTION]

125

126

127

tracting party. This seems grossly unfair to the private contractor, who is forced to bear the cost of a change in public policy that ought to be paid for by the [public body].” In this case, there is no direct fettering of the municipality’s legislative power and there is no reason to fear that the duty to pay damages will affect in a detrimental way the public interest in preserving the legislative independence of all municipal governments.

128

Finally, a review of the myriad of lower court decisions raised in this case, which are based on their specific factual and statutory context, does not sway support to the City’s position. As Smith J.A. noted in dissent in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, at p. 710, “old authorities should be applied with caution . . . objections, often technical, should not be raised in frustration of reasonable measures taken for the City’s development”. In any event, many of the cases support PNI’s position. In *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22, the court held that “a municipal council of one year is not bound by the contract of the same council in a previous year is a proposition which has no merit but that of novelty” (p. 23). Further, in *Muskoka Mall Ltd. v. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279 (Ont. H.C.), it was held that the municipality was bound by a development agreement and could not repudiate it by repealing the zoning by-law permitting the development. A municipality must respect vested rights acquired under a valid agreement with it, particularly if the other party to the agreement has changed its position on the strength of the contract. Moreover, *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.), *aff’d* (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.), supports the view that the indirect fettering of legislative discretion by the potential liability for damages is permissible. As long as the original decision to

«Vu qu’il n’y a aucune inexécution de contrat, la partie privée contractante n’a pas droit à des dommages-intérêts. Cela semble extrêmement injuste pour l’entrepreneur privé qui se voit forcé d’assumer le coût d’un changement de politique officielle qui devrait être assumé par l’[organisme public].» En l’espèce, il n’y a aucune entrave directe au pouvoir de réglementation de la municipalité et il n’y a aucune raison de craindre que l’obligation de verser des dommages-intérêts n’ait une incidence négative sur l’intérêt du public dans le maintien de l’indépendance de toutes les administrations municipales sur le plan de la réglementation.

Enfin, l’examen de la multitude de décisions des tribunaux d’instance inférieure invoquées en l’espèce, qui sont fondées sur leur contexte factuel et législatif particulier, n’étaye aucunement la position de la Ville. Comme le juge Smith, dissident, l’a souligné dans l’arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 710, les [TRADUCTION] «décisions anciennes doivent être appliquées avec prudence [. . .] des objections, souvent techniques, ne doivent pas être soulevées à l’encontre de mesures raisonnables prises pour l’aménagement de la Ville». De toute manière, plusieurs de ces décisions appuient la position de la PNI. Dans *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22, la cour a conclu que [TRADUCTION] «la proposition selon laquelle, au cours d’une année, le conseil municipal n’est pas lié par le contrat qu’il a lui-même conclu au cours d’une année antérieure n’a de qualité que celle d’être novatrice» (p. 23). En outre, dans *Muskoka Mall Ltd. c. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279 (H.C. Ont.), il a été conclu que la municipalité était liée par un contrat d’aménagement et qu’elle ne pouvait pas le répudier en abrogeant le règlement de zonage qui permettait l’aménagement. Une municipalité doit respecter les droits acquis en vertu d’un contrat valablement conclu avec elle, surtout si l’autre partie contractante a modifié sa position sur la foi du contrat. De plus, la décision *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.), *conf. par* (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.), appuie l’opinion que

enter the contract is valid, as here, there is nothing illegal or contrary to public policy.

In light of the above analysis, I conclude that the implied term does not offend against public policy.

Disposition

For the above reasons, I conclude that the implied term is not *ultra vires* or contrary to public policy. I would allow the appeal with costs and remit the matter to the trial judge, to decide the quantum of damages for breach of contract. As mentioned earlier in these reasons, I would dismiss the cross-appeal.

Appeal dismissed with costs, MAJOR, BASTARACHE and BINNIE JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Cox, Taylor, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Staples McDannold Stewart, Victoria.

l'entrave indirecte au pouvoir de réglementation discrétionnaire, qui résulte de la possibilité de devoir verser des dommages-intérêts, est permise. Dans la mesure où la décision initiale de conclure le contrat est valide, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a rien d'illégal ou de contraire à l'ordre public.

À la lumière de l'analyse qui précède, je conclus que la clause implicite ne va pas à l'encontre de l'ordre public.

Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que la clause implicite n'est ni *ultra vires* ni contraire à l'ordre public. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal avec dépens et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'il décide du montant de dommages-intérêts à accorder en raison de l'inexécution du contrat. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Pourvoi principal rejeté avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE et BINNIE sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Cox, Taylor, Victoria.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident: Staples McDannold Stewart, Victoria.

129

130

Angela Araujo, Spencer Leslie,
Neil Grandmaison, Christina Khoury, Victor
Camara, Robert Jenkins, Tiffany Muriel
Leslie, Kevin Lathangue and Jolene
Irons *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ARAUJO

Neutral citation: 2000 SCC 65.

File Nos.: 26898, 26899, 26904, 26943, 26968.

2000: April 11, 12; 2000: December 14.

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 — Appeals — Question of law —
Crown's appeal against acquittals — Issues on appeal
concerning application and interpretation of legal stan-
dard of investigative necessity for obtaining wiretap
authorization — Whether Court of Appeal had jurisdic-
tion to hear Crown's appeal — Criminal Code, R.S.C.,
1985, c. C-46, s. 676(1)(a).*

*Criminal law — Interception of communications —
Investigative necessity requirement — Nature and inter-
pretation of requirement — Whether affidavit materials
submitted to obtain wiretap authorization established
investigative necessity — Criminal Code, R.S.C., 1985,
c. C-46, s. 186(1)(b).*

*Criminal law — Interception of communications —
Standard of review for wiretap authorization — Whether
trial judge applied proper standard — Approach to
amplification.*

*Criminal law — Interception of communications —
Affidavits — Kind of affidavit to be submitted on appli-
cation for wiretap authorization.*

The accused faced multiple charges related to their
cocaine-trafficking ring. Much of the Crown's evidence
against them was gleaned from information captured

Angela Araujo, Spencer Leslie,
Neil Grandmaison, Christina Khoury, Victor
Camara, Robert Jenkins, Tiffany Muriel
Leslie, Kevin Lathangue et Jolene
Irons *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARAUJO

Référence neutre: 2000 CSC 65.

Nos du greffe: 26898, 26899, 26904, 26943, 26968.

2000: 11, 12 avril; 2000: 14 décembre.

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 — Appels — Question de droit —
Appel du ministère public contre des acquittements —
Questions relatives à l'application et à l'interpré-
tation de la norme juridique de la nécessité pour
l'enquête relativement à l'obtention d'une autorisation
d'écoute électronique — La Cour d'appel avait-elle
compétence pour connaître de l'appel du ministère
public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,
art. 676(1)a.*

*Droit criminel — Interception de communications —
Exigence de nécessité pour l'enquête — Nature et inter-
prétation de l'exigence — L'affidavit soumis pour l'ob-
tention d'une autorisation d'écoute électronique établit-
il la nécessité pour l'enquête? — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 186(1)b.*

*Droit criminel — Interception de communications —
Norme de révision applicable à l'autorisation d'écoute
électronique — Le juge du procès a-t-il appliqué la
norme appropriée? — Démarche en matière d'amplifi-
cation.*

*Droit criminel — Interception de communications —
Affidavits — Genre d'affidavit à présenter à l'appui
d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.*

Les accusés ont fait l'objet de multiples accusations
dans le cadre de leur réseau de trafic de cocaïne. La
preuve à charge repose essentiellement sur des rensei-

through wiretapping. The Crown had obtained *ex parte* authorizations for its wiretaps from a judge by submitting a 130-page affidavit, prepared and signed by R, a member of the RCMP. The affidavit contained information from 10 confidential sources denoted "A" through "J". Information from these sources came to R by way of other officers who were their handlers. On a *voir dire* at trial, R was cross-examined on the affidavit. After confused attempts at explaining inconsistencies in the affidavit, R admitted that in several places the affidavit referred erroneously to source "E", rather than to source "F". He later testified that the reference should have been to source "C". R admitted that he had known about this error several weeks before the trial. He affirmed that he had forgotten about the matter, but suddenly remembered it during the cross-examination. The trial judge indicated that R's lack of credibility "permeate[d] the issue of reasonable and probable grounds", one of the preconditions to the authorization, and concluded that the affidavit should fall in its entirety. The Court of Appeal set aside the acquittals of the accused and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal had jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* to hear the Crown's appeal. The Court of Appeal examined the combined interpretation and application of the legal standard of investigative necessity. It also discussed the interpretation and application of the standard of review for a judge reviewing a wiretap authorization. The interpretation or application of a legal standard has been recognized as a question of law.

Under s. 186(1)(b) of the *Code*, wiretapping may be accepted as an appropriate investigative tool where "other investigative procedures are unlikely to succeed". The correct interpretation of s. 186(1)(b)'s investigative necessity requirement must be based on the text of the provision read with a simultaneous awareness of two potentially competing considerations: enabling criminal investigations and protecting privacy rights. Wiretapping is highly intrusive and a judge should protect citizens against unwanted fishing expeditions by the state and its law enforcement agencies by granting an authorization only as far as need is demonstrated by the material submitted by the applicant. In order to meet the investigative necessity requirement, the applicant must establish in the affidavit that, practically speaking, there is no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry. Here, the Court of Appeal applied a standard

gnements obtenus grâce à l'écoute électronique. Le ministère public a obtenu des autorisations d'écoute électronique en présentant *ex parte* à un juge un affidavit de 130 pages, préparé et signé par R, de la GRC. L'affidavit renferme des renseignements provenant de 10 sources confidentielles identifiées à l'aide des lettres A à J. Ils étaient communiqués à R par les agents responsables des indicateurs en question. Lors d'un *voir dire* au procès, R est contre-interrogé au sujet de l'affidavit. Après avoir tenté confusément d'expliquer les contradictions dans l'affidavit, R reconnaît que celui-ci mentionne parfois, à tort, la source E au lieu de la source F. Plus tard, il témoigne qu'il s'agit en fait de la source C. Il reconnaît avoir constaté l'erreur plusieurs semaines avant le procès. Il affirme l'avoir ensuite oubliée, pour s'en souvenir, tout à coup, pendant le contre-interrogatoire. Selon le juge du procès, le manque de crédibilité de R «a une incidence sur la question de l'existence de motifs raisonnables et probables», l'une des conditions de l'autorisation, de sorte que l'affidavit doit être écarté en totalité. La Cour d'appel a annulé les acquittements des accusés et ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel avait compétence aux termes de l'al. 676(1)a) du *Code criminel* pour connaître de l'appel du ministère public. Elle a examiné à la fois l'interprétation et l'application de la norme juridique de la nécessité pour l'enquête. Elle a également analysé l'interprétation et l'application de la norme applicable par le juge chargé de revoir l'autorisation d'écoute électronique. L'interprétation et l'application d'une norme juridique ont été assimilées à des questions de droit.

En vertu de l'al. 186(1)b) du *Code*, l'écoute électronique peut être un moyen d'enquête approprié lorsque «d'autres méthodes d'enquête [...] ont peu de chance de succès». L'interprétation juste de l'exigence de nécessité pour l'enquête qui est prévue à l'al. 186(1)b) doit s'appuyer sur le libellé de la disposition tout en tenant compte simultanément de deux exigences susceptibles de s'opposer: la possibilité de mener une enquête criminelle et la protection du droit à la vie privée. L'écoute électronique constitue une grave ingérence et le juge doit protéger les citoyens contre les enquêtes non souhaitables menées à l'aveuglette par l'État et ses organismes d'application de la loi en n'accordant une autorisation que dans la mesure où sa nécessité est établie dans les documents présentés à l'appui de la demande. Pour satisfaire à l'exigence de nécessité pour l'enquête, le demandeur doit établir dans l'affidavit que, sur le plan pratique, il n'existe aucune autre méthode d'enquête rai-

inconsistent with the words of the *Criminal Code*. In concluding that “in the case at bar, there is no reason to impeach the choice of investigative techniques”, the court applied an “efficiency” rather than a “necessity” standard. This approach is wrong in law and has the potential to subvert the safeguards of privacy interests that are an essential component of the regulation of wiretapping in the *Code*. Using the efficiency standard, wiretapping would always be available to the police and would replace a standard of necessity with one of opportunity at the discretion of law enforcement bodies. However, the application of the proper test supports the conclusion reached by the Court of Appeal that the authorizing judge could properly have issued an authorization based on the facts disclosed in the affidavit. The facts as set out in the affidavit met the investigative necessity standard. The affidavit attested to the failure of police efforts in spite of the use of physical surveillance and search warrants. It also provided evidence as to why the use of informants or undercover agents trying to infiltrate the drug ring would be ineffective and potentially dangerous. There was thus evidence in the affidavit to negate arguments for other investigative techniques and to make the case that wiretapping was, practically speaking, the only reasonable alternative, taking into account the nature and purpose of this particular investigation. The objective of a police investigation — to bring the higher-ups in a drug ring to justice — rightly informs the investigative necessity analysis. The police had more need for wiretapping given that they were trying to move up the chain and catch the higher-ups in the operation.

As a practical matter, in seeking permission to use wiretapping, the police should submit an affidavit that sets out the facts fully and frankly for the authorizing judge in order that he or she can make an assessment of whether these rise to the standard required in the legal test for the authorization. In addition, an affidavit should be clear and concise. It should never attempt to trick its readers. On this point, the use of boiler-plate language should be avoided. Finally, the affidavits should be gathered from those with the best firsthand knowledge of the facts. This would strengthen the material by making it more reliable.

The trial judge did not correctly apply the standard of review for a wiretap authorization. A reviewing judge does not conduct a rehearing of the application for the wiretap. The test is whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued. In considering the

sonnable, dans les circonstances de l'enquête criminelle considérée. En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué un critère incompatible avec les termes du *Code criminel*. En affirmant que «dans la présente affaire, il n'y a aucune raison de mettre en doute le choix de la méthode d'enquête», la cour a appliqué la norme de l'«efficacité» plutôt que celle de la «nécessité». Cette démarche n'est pas fondée en droit et pourrait compromettre la garantie du droit à la vie privée, qui est une composante essentielle de la réglementation de l'écoute électronique dans le *Code*. Sur le fondement de la norme de l'efficacité, la police pourrait toujours recourir à l'écoute électronique et la norme de la nécessité serait remplacée par celle de l'opportunité au gré des organismes d'application de la loi. Toutefois, dans l'application du critère approprié, la Cour d'appel a conclu à juste titre que le juge saisi de la demande d'autorisation pouvait à bon droit l'accueillir vu les faits énoncés dans l'affidavit. Ceux-ci satisfont à la norme de la nécessité pour l'enquête. L'affidavit fait état des efforts infructueux de la police, malgré le recours à la surveillance visuelle et aux mandats de perquisition. Il fournit aussi la preuve que le recours à des indicateurs ou à des agents d'infiltration serait inefficace et pouvait même être dangereux. Il renferme donc des éléments de nature à écarter toute prétention quant à la disponibilité d'autres techniques d'enquête et à établir que, en pratique, l'écoute électronique restait le seul autre moyen raisonnable, vu la nature et l'objet de l'enquête. L'objectif d'une enquête policière — traduire en justice les têtes dirigeantes du réseau — intervient à juste titre dans l'analyse relative à la nécessité pour l'enquête. La police avait davantage besoin de l'écoute électronique, car elle tentait d'atteindre le sommet de la hiérarchie et d'arrêter les dirigeants du réseau.

D'un point de vue pratique, la police devrait présenter à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique un affidavit qui énonce les faits de manière complète et sincère pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse déterminer s'ils remplissent le critère juridique applicable et justifient l'autorisation. En outre, l'affidavit devrait être clair et concis. Il ne devrait jamais viser à tromper le lecteur. Sur ce point, on devrait éviter le recours à un libellé standard. Enfin, les affidavits devraient être obtenus des personnes ayant la connaissance la plus directe des faits. Cela donnerait plus de poids aux documents du fait qu'ils seraient plus fiables.

Le juge du procès n'a pas appliqué correctement la norme de révision en matière d'autorisation d'écoute électronique. Le juge siégeant en révision ne procède pas à une nouvelle audition de la demande d'autorisation. Le critère consiste à déterminer s'il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait

evidence, the reviewing judge must exclude erroneous information. Amplification may correct such information where the police had the requisite reasonable and probable grounds and demonstrated investigative necessity but, in good faith, made some minor, technical error in the drafting of their affidavit material. There is no need to seek to amplify the record if sufficient reliable material remains even after excising the erroneous material. In this case, although the trial judge found R to lack credibility on the issue of why he had not disclosed a minor drafting mistake, there is no suggestion that there was ever any untruthfulness in the substance of the information in the affidavit itself. In these circumstances, a global finding against the entire affidavit was unreasonable. Even without the information from sources "C" and "E", the affidavit would have provided ample evidence to an issuing judge and evidenced the existence of probable grounds and investigative necessity. Moreover, amplification would allow for the reading of the information from the now correctly attributed sources "C" and "E" as well. The Court of Appeal was correct in upholding the issuing judge's authorization.

Cases Cited

Followed: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Bisson*, [1994] 3 S.C.R. 1097, aff'g [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; **approved:** *R. v. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, 72 C.C.C. (3d) 303, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi; *R. v. Monroe* (1997), 8 C.R. (5th) 324; *R. v. Morris* (1998), 134 C.C.C. (3d) 539; **disapproved:** *R. v. Paulson* (1995), 97 C.C.C. (3d) 344; *R. v. Cheung* (1997), 119 C.C.C. (3d) 507; **referred to:** *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Smyk* (1993), 86 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Grant* (1998), 130 C.C.C. (3d) 53; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *R. v. Madsen*, [1988] N.W.T.R. 82; *R. v. Todoruk* (1992), 78 C.C.C. (3d) 139; *R. v. McCreery*, [1996] B.C.J. No. 2405 (QL); *R. v. Shalala* (2000), 224 N.B.R. (2d)

pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l'autorisation. Dans l'examen de la preuve, le juge siégeant en révision doit faire abstraction des renseignements inexacts. On peut avoir recours à l'amplification pour rétablir les faits lorsque la police a des motifs raisonnables et probables suffisants et a démontré la nécessité pour l'enquête, mais qu'une erreur sans grande importance ou technique s'est glissée par inadvertance dans l'affidavit. Il n'est pas nécessaire de compléter le dossier si, même après la suppression des données inexacts, des renseignements fiables et suffisants demeurent. En l'espèce, bien que le juge du procès ait remis en cause la crédibilité de R lorsque celui-ci a tenté d'expliquer pourquoi il avait omis de signaler une simple erreur de rédaction, nul ne prétend que l'affidavit soit empreint de quelque malhonnêteté. Vu les circonstances, il était déraisonnable de tirer une conclusion globale défavorable à l'affidavit en entier. Même sans les renseignements provenant des sources C et E, l'affidavit aurait fourni au juge saisi de la demande d'autorisation suffisamment d'éléments de preuve et prouvé l'existence de motifs probables et la nécessité pour l'enquête. En outre, l'amplification permettait de considérer également les renseignements fournis par les sources C et E, désormais correctement désignées. La Cour d'appel a eu raison de confirmer l'autorisation accordée initialement.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Bisson*, [1994] 3 R.C.S. 1097, conf. [1994] R.J.Q. 308; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; **arrêts approuvés:** *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi; *R. c. Monroe* (1997), 8 C.R. (5th) 324; *R. c. Morris* (1998), 134 C.C.C. (3d) 539; **arrêts critiqués:** *R. c. Paulson* (1995), 97 C.C.C. (3d) 344; *R. c. Cheung* (1997), 119 C.C.C. (3d) 507; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Smyk* (1993), 86 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69; *R. c. Grant* (1998), 130 C.C.C. (3d) 53; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *R. c. Madsen*, [1988] N.W.T.R. 82; *R. c. Todoruk* (1992), 78 C.C.C. (3d) 139; *R. c. McCreery*, [1996] B.C.J. No. 2405 (QL); *R. c. Shalala* (2000), 224 R.N.-B. (2^e)

118; *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967); *U.S. v. London*, 66 F.3d 1227 (1995); *U.S. v. Torres*, 901 F.2d 205 (1990); *U.S. v. Commito*, 918 F.2d 95 (1990); *U.S. v. Guerra-Marez*, 928 F.2d 665 (1991); *U.S. v. Milton*, 153 F.3d 891 (1998); *U.S. v. Smith*, 31 F.3d 1294 (1994); *U.S. v. Green*, 40 F.3d 1167 (1994); *Dalglis v. Jarvie* (1850), 2 Mac. & G. 231, 42 E.R. 89; *R. v. Kensington Income Tax Commissioners*, [1917] 1 K.B. 486; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (QL); *Mitton v. British Columbia Securities Commission* (1999), 123 B.C.A.C. 263; *R. v. Allain* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201; *R. v. Krist* (1998), 113 B.C.A.C. 176; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Madrid* (1994), 48 B.C.A.C. 271; *R. v. Harris* (1987), 35 C.C.C. (3d) 1, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 186 [am. 1993, c. 40, s. 6], 676(1)(a) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 139].
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Supp. IV 1998).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 109 B.C.A.C. 131, 127 C.C.C. (3d) 315, [1998] B.C.J. No. 1558 (QL), allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on various charges, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Adrian F. Brooks, for the appellant Araujo.

David N. Lyon, for the appellant S. Leslie.

Michael Code and *Jonathan Dawe*, for the appellant Grandmaison.

Robert C. Claus, for the appellant Khoury.

Michael J. B. Munro, for the appellant Camara.

118; *Berger c. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *Katz c. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967); *U.S. c. London*, 66 F.3d 1227 (1995); *U.S. c. Torres*, 901 F.2d 205 (1990); *U.S. c. Commito*, 918 F.2d 95 (1990); *U.S. c. Guerra-Marez*, 928 F.2d 665 (1991); *U.S. c. Milton*, 153 F.3d 891 (1998); *U.S. c. Smith*, 31 F.3d 1294 (1994); *U.S. c. Green*, 40 F.3d 1167 (1994); *Dalglis c. Jarvie* (1850), 2 Mac. & G. 231, 42 E.R. 89; *R. c. Kensington Income Tax Commissioners*, [1917] 1 K.B. 486; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *United States of America c. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (QL); *Mitton c. British Columbia Securities Commission* (1999), 123 B.C.A.C. 263; *R. c. Allain* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201; *R. c. Krist* (1998), 113 B.C.A.C. 176; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Madrid* (1994), 48 B.C.A.C. 271; *R. c. Harris* (1987), 35 C.C.C. (3d) 1, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186 [mod. 1993, ch. 40, art. 6], 676(1)a) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 139].
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Supp. IV 1998).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 109 B.C.A.C. 131, 127 C.C.C. (3d) 315, [1998] B.C.J. No. 1558 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement des accusés à l'égard de diverses accusations et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Adrian F. Brooks, pour l'appelante Araujo.

David N. Lyon, pour l'appellant S. Leslie.

Michael Code et *Jonathan Dawe*, pour l'appellant Grandmaison.

Robert C. Claus, pour l'appelante Khoury.

Michael J. B. Munro, pour l'appellant Camara.

Sidney B. Simons, for the appellants Jenkins, T. M. Leslie and Irons.

D. Mayland McKimm, for the appellant Lathangue.

S. David Frankel, Q.C., and *Peter W. Hogg*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal involves the electronic interception of private communications, popularly known as “wiretapping”. Under what circumstances can the police satisfy the investigative necessity requirement in s. 186(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and obtain an authorization to intercept private communications by electronic means? On what basis can a trial judge review the decision to issue such an authorization? These questions at the heart of this appeal have given rise to controversy and varying appellate court approaches since our Court last considered them. The reasons that follow will outline what I consider to be the proper approach to these issues.

It should be noted that these reasons will not discuss the new s. 186(1.1) and related amendments adopted in 1997 which target criminal organizations. These amendments were not invoked or examined in the case at bar. The interpretation of the investigative necessity requirement in s. 186(1) and the issue of the standard of review on a wire-tap authorization are significant enough issues, which will affect many people.

The answers of our Court to these questions may have a substantial impact on the privacy rights of a number of Canadians. Although we suggest dis-

Sidney B. Simons, pour les appelants Jenkins, T. M. Leslie et Irons.

D. Mayland McKimm, pour l'appellant Lathangue.

S. David Frankel, c.r., et *Peter W. Hogg*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur l'interception électronique de communications privées appelée communément «écoute électronique». Dans quels cas les autorités policières peuvent-elles satisfaire à l'exigence de nécessité pour l'enquête qui est prévue au par. 186(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et obtenir l'autorisation d'intercepter électroniquement des communications privées? Sur quel fondement le juge du procès peut-il réviser la décision d'accorder une telle autorisation? Ces questions au cœur du pourvoi ont suscité la controverse et donné lieu à différentes analyses de la part des cours d'appel depuis la dernière fois que notre Cour s'est prononcée à leur sujet. Les motifs qui suivent énoncent ce qui, à mon avis, constitue la démarche appropriée pour trancher en la matière.

Il convient de signaler que les présents motifs ne traitent pas du nouveau par. 186(1.1) ni des modifications connexes adoptées en 1997, qui visent les gangs. Ces dispositions n'ont été ni invoquées ni examinées dans le cadre de la présente affaire. L'interprétation de l'exigence de nécessité pour l'enquête qui est prévue au par. 186(1) ainsi que la norme de révision applicable à l'autorisation d'écoute électronique constituent des questions suffisamment importantes, qui touchent de nombreuses personnes.

L'opinion de notre Cour sur ces problèmes pourrait affecter significativement le droit de certains Canadiens à la protection de leur vie privée.

1

2

3

missing the appeal on the facts before our Court and affirm the Court of Appeal's decision to order a new trial, the language used in the Court of Appeal's reasons could lead courts to permit undue infringements on privacy in other factual circumstances. These reasons must then discuss the nature and interpretation of the investigative necessity requirement before turning to an examination of the function of the reviewing judge at trial. These reasons will also offer some suggestions as to how the police and other participants in the justice system can avoid some of the problems of the sort that have given rise to this appeal.

II. Factual Background

4

The appellants faced multiple trafficking, possession, conspiracy, and weapons charges related to their cocaine-trafficking ring. Much of the Crown's evidence against the appellants was gleaned, directly or indirectly, from information captured through a wiretap. As is usual, the Crown had obtained *ex parte* authorizations for its wiretaps by submitting affidavit material to an authorizing judge. The main material in support of the application was a long affidavit of some 130 pages, prepared and signed by a member of the RCMP, Constable Rosset. This affidavit was largely based on information gathered by Rosset from the handlers of ten police informers. No affidavits were obtained from these handlers.

5

According to the affidavit material, a number of sources had identified the appellants as running a drug-trafficking operation in Victoria with possible connections to a major, violent cocaine-trafficking gang operating in Vancouver and the Lower Mainland. The appellants, who were the primary targets of the potential wiretap, allegedly trafficked cocaine in quantities up to the kilogram range. The police had conducted previous investigations and executed warrants against some of the appellants. They had also conducted a substantial surveillance operation on the appellants. There was evidence that some of the appellants were engaging at times

Même si nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi d'après les faits mis en preuve devant notre Cour et confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès, le libellé des motifs de cette dernière pourrait amener les tribunaux à autoriser, dans d'autres circonstances, des atteintes injustifiées au droit à la vie privée. Les présents motifs analyseront donc la nature et l'interprétation de l'exigence de nécessité pour l'enquête avant d'examiner la fonction du juge siégeant en révision au procès. Ils offriront aussi des suggestions quant à la façon dont la police et d'autres composantes du système de justice peuvent éviter certains problèmes du genre de ceux qui ont donné naissance au pourvoi.

II. Les faits

Les appelants ont fait l'objet de multiples accusations de trafic et de possession de stupéfiants, de complot et de possession d'armes dans le cadre de leur réseau de trafic de cocaïne. La preuve à charge repose essentiellement sur des renseignements obtenus, directement ou indirectement, grâce à l'écoute électronique. Comme c'est généralement le cas, le ministère public a obtenu des autorisations d'écoute électronique en présentant *ex parte* à un juge une demande à cet effet, accompagnée d'un affidavit. Le principal élément étayant la demande est un long affidavit de quelque 130 pages, préparé et signé par l'agent Rosset, de la GRC. L'affidavit se fonde en grande partie sur les renseignements recueillis par Rosset auprès des responsables de dix indicateurs de police. Aucun affidavit n'a été obtenu de ces responsables.

Il ressort de l'affidavit que, selon plusieurs sources, les appelants dirigeaient à Victoria un réseau de trafic de stupéfiants et pouvaient avoir des liens avec un important gang de trafic de cocaïne sévissant à Vancouver et dans le Lower Mainland et recourant à la violence. Les appelants, principales cibles de l'éventuelle écoute électronique, se seraient livrés au trafic de la cocaïne en des quantités pouvant atteindre les kilogrammes. La police avait déjà mené des enquêtes et exécuté des mandats visant certains d'entre eux. Elle avait également entrepris une opération majeure de surveillance à l'égard des appelants. Il semble bien

in counter-surveillance tactics to throw investigators off their tails. There was also reason to believe that standard investigative procedures on their own would not be likely to catch the higher-ups in the drug operation. In seeking an authorization for wiretapping, the police hoped to use wiretaps in conjunction with other investigative techniques in order to pursue the higher-ups in the trafficking ring and to be able to gather evidence on not only trafficking and possession charges but also on laundering and conspiracy offences.

At trial, when the Crown brought forth its authorizations under Part VI of the *Criminal Code* for gathering wiretap evidence, counsel for the accused cross-examined Constable Rosset in the *voir dire*, challenging the validity of the wiretap. During cross-examination by defence counsel, it emerged then that there were some serious problems with the affidavit submitted to obtain the first authorization. It became clear that the affidavit contained a number of errors of varying importance. In a number of places, boiler-plate language used in the affidavit might have created a mistaken impression that certain statements had been confirmed in ways that they had not. However, the most important problem with the affidavit concerned references to some of the sources.

The affidavit contained information from ten confidential sources denoted "A" through "J". Information from these sources came to Constable Rosset by way of other officers who were their handlers. There had been no direct contact between Rosset and the informers. In the second day of cross-examination, after repeated denials and confused attempts at explaining inconsistencies in the affidavit and in his own evidence, Constable Rosset had to admit that in several places the affidavit referred erroneously to source "E", rather than to source "F". Later, during the same cross-examination, Constable Rosset testified that the reference should have been to source "C". Rosset admitted then that he had known about this error several weeks before the trial, but had not mentioned it either to his superiors or to the Crown prosecutor. In his testimony, he affirmed that he had forgotten

que certains d'entre eux avaient parfois recours à des tactiques de contre-surveillance pour brouiller leurs pistes. Il y avait également lieu de croire que les méthodes habituelles d'enquête ne permettraient pas à elles seules d'inculper les têtes dirigeantes du réseau de trafic de stupéfiants. La police espérait, une fois l'autorisation obtenue, recourir à l'écoute électronique ainsi qu'à d'autres techniques d'enquête pour incriminer les véritables responsables du réseau et prouver non seulement des crimes de trafic et de possession de stupéfiants, mais aussi ceux de blanchiment et de complot.

Au procès, lorsque le ministère public déposa les autorisations obtenues conformément à la partie VI du *Code criminel*, l'avocat des accusés contre-interrogea l'agent Rosset lors du voir-dire, contestant la validité de l'écoute électronique. Le contre-interrogatoire par la défense fit ressortir que l'affidavit présenté à l'appui de la première demande d'autorisation comportait de sérieuses lacunes. Il apparut alors clairement qu'il était entaché d'erreurs plus ou moins graves. À certains endroits, le libellé standard employé pouvait donner l'impression erronée que certaines dépositions ont été confirmées autrement qu'elles l'ont été. Toutefois, la lacune la plus importante touchait la mention de certaines sources.

L'affidavit renfermait des renseignements provenant de dix sources confidentielles identifiées à l'aide des lettres A à J. Ils étaient communiqués à l'agent Rosset par les agents responsables des indicateurs en question. Il n'y a eu aucun contact direct entre Rosset et les indicateurs. Au deuxième jour du contre-interrogatoire, après avoir nié à maintes reprises et tenté confusément d'expliquer les contradictions entre l'affidavit et son propre témoignage, l'agent Rosset finit par reconnaître que l'affidavit mentionne parfois, à tort, la source E au lieu de la source F. Plus tard, au cours du même contre-interrogatoire, il témoigne qu'il s'agit en fait de la source C. Il reconnut ensuite avoir constaté l'erreur plusieurs semaines avant le procès, mais ne pas l'avoir signalée à ses supérieurs ou au ministère public. Il affirma l'avoir ensuite oubliée, pour s'en souvenir, tout à coup, pendant le contre-

6

7

about the matter, but suddenly remembered it during the cross-examination. The trial judge, Filmer Prov. Ct. J., did not believe him. This finding of fact on the credibility of Constable Rosset during the *voir dire* had a catastrophic impact on the Crown's case and played a major role in the dismissal of the charges against the appellants.

III. Judicial History

A. *British Columbia Provincial Court*

⁸ In his factual findings at the *voir dire*, the trial judge found that the mistake of Constable Rosset had been inadvertent but that his failure to reveal it earlier had cast a "pall over Officer Rosset's credibility". Filmer Prov. Ct. J. would then go on to extend his finding on Constable Rosset's credibility to the entire affidavit, although he accepted that the police officer had become aware of the error only well after the submission of the affidavit. He stated, "[c]ross-examination of the deponent here has led to testimony which tends to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization: to wit, the existence of reasonable and probable grounds". Filmer Prov. Ct. J. considered that Constable Rosset's credibility "permeates the issue of reasonable and probable grounds" and thus concluded that the affidavit should fall in its entirety. In his opinion, the testimony of Constable Rosset tainted the whole affidavit and rendered it unreliable.

⁹ Although he considered this sufficient reason to invalidate the authorization, Filmer Prov. Ct. J. also discussed two other arguments. First, he criticized the boiler-plate language in the affidavit, calling it potentially confusing but not characterizing it as so confusing as to call for rejecting the authorization if it had been the sole problem. Second, he considered that the authorization had not been necessary because the investigative necessity had not been made out, especially given the possibility that the police might have conducted specifically directed surveillance with a special investigative team of the RCMP, the Special Operations Group. Thus, he decided that the authorization should be rejected.

interrogatoire. Le juge Filmer de la Cour provinciale ne le crut pas. Cette conclusion de fait concernant la crédibilité de l'agent Rosset tirée pendant le *voir-dire* eut un effet catastrophique sur la preuve du ministère public et joua un rôle majeur dans le rejet des accusations portées contre les appellants.

III. Décisions antérieures

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Dans ses conclusions mêmes lors du *voir-dire*, le juge du procès reconnut que l'agent Rosset avait commis l'erreur par inadvertance, mais conclut que son omission de la signaler plus tôt avait [TRADUCTION] «miné sa crédibilité». Le juge Filmer étendit sa conclusion à l'ensemble de l'affidavit, même s'il admettait que l'agent de police n'avait constaté l'erreur que bien après le dépôt de l'affidavit. Il ajouta que [TRADUCTION] «[l]e contre-interrogatoire du déposant en l'espèce a donné lieu à un témoignage qui met en doute l'existence de l'une des conditions de l'autorisation, à savoir l'existence de motifs raisonnables et probables». Selon le juge Filmer, la crédibilité de l'agent Rosset [TRADUCTION] «a une incidence sur la question de l'existence de motifs raisonnables et probables», de sorte que l'affidavit devait être écarté en totalité. À son avis, le témoignage de l'agent Rosset entache tout l'affidavit et fait en sorte qu'il n'est plus digne de foi.

Bien que ces raisons lui aient paru suffisantes pour conclure à l'invalidité de l'autorisation, le juge Filmer examina deux autres arguments. Tout d'abord, il critiqua le libellé standard de l'affidavit parce qu'il est de nature à semer la confusion, mais pas au point de justifier à lui seul le rejet de l'affidavit. En deuxième lieu, il conclut que l'autorisation n'était pas nécessaire, car sa nécessité pour l'enquête n'avait pas été établie, surtout que la police aurait pu effectuer une surveillance bien ciblée avec la collaboration de l'équipe spéciale d'enquête de la GRC, la section des affaires spéciales. Par conséquent, il statua que l'autorisation devait être écartée.

In the end, because he was of the opinion that the police had acted in bad faith and because the courts cannot condone such conduct, Filmer Prov. Ct. J. was prepared to exclude all evidence coming directly or indirectly from the wiretaps. As a result, there was no evidence against the accused, and Filmer Prov. Ct. J. acquitted the accused.

B. British Columbia Court of Appeal (1998), 127 C.C.C. (3d) 315

The Court of Appeal unanimously set aside the acquittals and ordered a new trial. In a judgment by Braidwood J.A., it rejected Filmer Prov. Ct. J.'s application of the standard of review to the wiretap authorization and of the investigative necessity test.

According to Braidwood J.A., the trial judge had erred in applying an inappropriate standard of review to the authorization. In his opinion, the trial judge had failed to consider the nature of the errors, their impact on the affidavit as a whole and whether there remained any further evidence left on the basis of which the authorization could have been granted. As Braidwood J.A. viewed it, the correct standard of review was "whether, on the evidence, there was *any* basis on which the authorization *could* have been granted . . ." (para. 10 (emphasis in original)). In the circumstances, the error in denoting the sources was easily remedied by reading the correct letters on review (para. 22). An inadvertent mechanical error, even in combination with a non-credible explanation of why the error was not corrected, did not take away from the existence of reasonable and probable grounds that existed at the time the police sought the authorization and that continued to exist at the time of the review (para. 23).

Braidwood J.A. went on to reject the trial judge's conclusion that the affidavit had not satisfied the requirements of investigative necessity. Based on previous case law from the British Columbia Court of Appeal, Braidwood J.A. considered that "the key issue was whether or not the authorizing judge *could have concluded that the*

10
Finalement, comme il est d'avis que la police a agi de mauvaise foi et que les tribunaux ne peuvent excuser un tel comportement, le juge Filmer se déclare prêt à exclure tout élément de preuve recueilli directement ou indirectement grâce à l'écoute électronique. De ce fait, aucune preuve n'incriminant les accusés, le juge Filmer les acquitta.

B. Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 127 C.C.C. (3d) 315

11
À l'unanimité, la Cour d'appel annula les acquittements et ordonne la tenue d'un nouveau procès. Le juge Braidwood, au nom de la Cour, rejeta la façon dont le juge Filmer avait appliqué la norme de révision et le critère de la nécessité pour l'enquête à l'autorisation d'écoute électronique.

12
Selon le juge Braidwood, le juge du procès avait commis une erreur en soumettant l'autorisation à une norme de révision inappropriée. À son avis, le juge du procès n'avait pas tenu compte de la nature des erreurs et de leur incidence sur l'ensemble de l'affidavit et n'a pas déterminé si d'autres éléments de preuve auraient pu justifier l'autorisation. Du point de vue du juge Braidwood, il aurait fallu déterminer [TRADUCTION] «si, selon la preuve, il existait *un* fondement quelconque à partir duquel l'autorisation *aurait pu* être accordée . . .» (par. 10 (en italique dans l'original)). Dans les circonstances, l'erreur d'identification des sources avait aisément été corrigée par la permutation des lettres lors de la révision (par. 22). Une erreur technique commise par inadvertance, même si l'explication de la raison pour laquelle elle n'a pas été corrigée n'est pas digne de foi, ne faisait pas disparaître les motifs raisonnables et probables qui existaient au moment de la présentation de la demande d'autorisation et encore au moment de la révision (par. 23).

13
Le juge Braidwood rejeta aussi la conclusion du juge du procès selon laquelle l'affidavit ne respecte pas le critère de la nécessité pour l'enquête. S'appuyant sur des décisions antérieures de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il estime que [TRADUCTION] «la question fondamentale est de savoir si le juge qui a accordé l'autorisation *aurait*

most efficacious way of fully investigating all those involved was to permit the police to employ wiretapping along with other investigative techniques” (para. 30 (italics in original; underlining added)). On this standard, there was “no reason to impeach the choice of investigative techniques given the nature and background of the numerous investigations, the prior experience with a number of the accused, the counter-surveillance employed by some of the accused, and the extent of the investigations in terms of time and resources” (para. 33). He held that the trial judge had erred in applying the correct legal test, that the authorization could have been granted and that it should not have been disturbed.

pu conclure ou non que le moyen le plus efficace de soumettre à une enquête complète toutes les personnes en cause était d’autoriser la police à recourir à l’écoute électronique de pair avec d’autres méthodes d’enquête» (par. 30 (en italique dans l’original; soulignement ajouté)). Suivant cette norme, [TRADUCTION] «rien ne militait contre le choix de la méthode d’enquête vu la nature et le cadre général des nombreuses enquêtes, l’expérience acquise à l’égard de certains des accusés, la contre-surveillance exercée par certains d’entre eux, ainsi que le temps et les ressources consacrés aux enquêtes» (par. 33). Il conclut que le juge du procès avait commis une erreur dans l’application du critère juridique approprié, que l’autorisation aurait pu être accordée et qu’elle n’aurait pas dû être écartée.

14 Braidwood J.A. thus was of the view that the trial judge had erred in law by not applying the appropriate test to the facts on the *voir dire* and that the Court of Appeal should allow the appeal, set aside the acquittals, and order a new trial.

Ainsi, selon le juge Braidwood, le juge du procès avait commis une erreur de droit en n’appliquant pas aux faits le critère approprié lors du voir-dire. En conséquence, la Cour d’appel devait accueillir le pourvoi, annuler les acquittements et ordonner un nouveau procès.

IV. Relevant Statutory Provisions

IV. Dispositions législatives applicables

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

186. (1) An authorization under this section may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

186. (1) Une autorisation visée au présent article peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que:

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

a) d’une part, l’octroi de cette autorisation servirait au mieux l’administration de la justice;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

b) d’autre part, d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête.

V. Issues

V. Les questions en litige

16 There are several issues on this appeal, which will be considered successively. First, there is one preliminary issue: (A) whether there was a jurisdictional bar to the Crown’s appeal to the Court of Appeal. Second, there are two main issues: (B) whether the factual circumstances revealed in the affidavit met the s. 186(1) requirement of investi-

Le pourvoi soulève plusieurs questions que j’examinerai successivement. Premièrement, à titre préliminaire: (A) La Cour d’appel avait-elle compétence pour entendre l’appel du ministère public? Deuxièmement, notre Cour doit trancher les deux principales questions en litige: (B) Les faits énoncés dans l’affidavit satisfont-ils à l’exigence

gative necessity; and (C) whether the trial judge applied correctly the standard of review for a wire-tap authorization, including the correct approach on amplification.

VI. Analysis

A. *Was There a Jurisdictional Bar to the Crown's Appeal to the Court of Appeal?*

Before considering the central issues in this appeal, a preliminary argument must be addressed. The appellants have argued that the Crown's appeal to the British Columbia Court of Appeal did not raise a question of law and that, therefore, the Court of Appeal did not have jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Code* to hear the appeal.

It is clear that this argument must fail. The interpretation of a legal standard has always been recognized as a question of law: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 21. Moreover, our Court has recently recognized that if a question is about the application of a legal standard, that is enough to make it a question of law: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 23. In the case before us, the Court of Appeal examined the combined interpretation and application of the legal standard of investigative necessity. It also discussed the interpretation and application of the standard of review for a judge reviewing a wiretap authorization. There is no question that the Court of Appeal was dealing with questions of law. Thus, there was no jurisdictional bar to the Crown's appeal.

B. *Did the Factual Circumstances Revealed in the Affidavit Meet the Section 186(1) Requirement of Investigative Necessity?*

The first major issue in the case at bar is whether the factual circumstances revealed in the affidavit even met the s. 186(1) requirement of investigative necessity. This is a facial validity question. On the face of the affidavit material, could the contents of the affidavit support an authorization? In order to answer this question, the

de nécessité pour l'enquête qui est prévue au par. 186(1)? (C) Le juge du procès a-t-il appliqué correctement la norme de révision pour l'autorisation d'écoute électronique, y compris les principes applicables en matière d'amplification?

VI. L'analyse

A. *La Cour d'appel avait-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public?*

Avant d'examiner les principales questions du pourvoi, notre Cour doit se pencher sur une question préliminaire. Les appelants font valoir que l'appel du ministère public devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne portait pas sur une question de droit et que la Cour d'appel n'avait donc pas compétence aux termes de l'al. 676(1)a) du *Code* pour connaître de l'appel.

Il y a clairement lieu de rejeter cet argument. L'interprétation d'une norme juridique a toujours été assimilée à une question de droit: *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 21. De plus, récemment, notre Cour a statué qu'il suffit qu'une question se rapporte à l'application d'une norme juridique pour qu'il s'agisse d'une question de droit: *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, au par. 23. En l'espèce, la Cour d'appel a examiné à la fois l'interprétation et l'application de la norme juridique de la nécessité pour l'enquête. Elle a également analysé l'interprétation et l'application de la norme applicable par le juge chargé de revoir l'autorisation d'écoute électronique. Il ne fait aucun doute que la Cour d'appel était saisie de questions de droit. Elle avait donc compétence pour entendre l'appel du ministère public.

B. *Les faits énoncés dans l'affidavit satisfont-ils à l'exigence de nécessité pour l'enquête qui est prévue au par. 186(1)?*

La première grande question en litige en l'espèce est de déterminer si les faits énoncés dans l'affidavit répondent même à l'exigence de nécessité pour l'enquête que prévoit le par. 186(1). Il s'agit d'une question de validité apparente. De prime abord, l'affidavit, de par sa teneur, peut-il justifier l'octroi d'une autorisation? Pour répondre

17

18

19

meaning of the investigative necessity requirement must be explored in order to determine whether the factual circumstances revealed in the affidavit met this standard.

20

As will appear below, this case does not raise a question of interpretation of s. 186(1)(a), which requires that the issue of an authorization be in the interest of the administration of justice. Courts have found that this requirement meant that in accordance with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* there had to be reasonable and probable grounds on which to believe that an offence had been committed (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30). It is not in dispute that this first basic requirement was satisfied when the wiretap authorization was issued. On the other hand, the investigative necessity standard remains at the heart of the present appeal.

1. The Meaning of the Investigative Necessity Requirement

21

The meaning of the investigative necessity requirement is of critical importance by reason of the conflict between the privacy interests involved in wiretapping operations and the needs of law enforcement agencies in their difficult fight against some forms of sophisticated and dangerous criminality. Wiretapping is highly intrusive. It may affect human relations in the sphere of very close, if not intimate communications, even in the privacy of the home. La Forest J. was alert to the importance of the societal values involved in wiretapping and the risks to essential privacy interests. Writing for the Court, in *Duarte, supra*, at p. 44, La Forest J. emphasized the potential danger to privacy rights arising from the use of such modern investigative techniques:

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the

à la question, il faut définir le critère de nécessité pour l'enquête afin de déterminer si les faits énoncés dans l'affidavit satisfont à la norme.

Comme nous le verrons ultérieurement, la présente affaire ne soulève pas de question d'interprétation de l'al. 186(1)a), qui prévoit que l'autorisation doit servir l'administration de la justice. Les tribunaux ont conclu que cette exigence signifie que, conformément à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il doit y avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30). On ne conteste pas que cette première condition fondamentale existait quand l'autorisation a été délivrée. Par ailleurs, la question de la norme de nécessité pour l'enquête demeure au cœur du pourvoi.

1. La teneur de l'exigence de nécessité pour l'enquête

Il est crucial de définir l'exigence de nécessité pour l'enquête en raison de l'opposition entre le droit à la vie privée sur lequel empiète l'écoute électronique et les besoins des organismes d'application de la loi dans le cadre de la dure lutte qu'ils mènent contre certaines formes perfectionnées et dangereuses de criminalité. L'écoute électronique constitue une grave ingérence. Elle peut toucher les rapports humains dans le domaine des communications très privées, voire intimes, et ce même dans l'intérieur du foyer. Le juge La Forest était conscient de l'importance des valeurs de la société que met en cause l'écoute électronique et du risque pour les droits fondamentaux liés au respect de la vie privée. S'exprimant au nom de notre Cour dans *Duarte*, précité, à la p. 44, il insiste sur le risque d'atteinte à la vie privée que comporte le recours à ces méthodes d'enquête modernes:

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace

potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private. A society which exposed us, at the whim of the state, to the risk of having a permanent electronic recording made of our words every time we opened our mouths might be superbly equipped to fight crime, but would be one in which privacy no longer had any meaning. As Douglas J., dissenting in *United States v. White, supra*, put it, at p. 756: “Electronic surveillance is the greatest leveler of human privacy ever known”. If the state may arbitrarily record and transmit our private communications, it is no longer possible to strike an appropriate balance between the right of the individual to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its goals, notably the need to investigate and combat crime.

An appropriate balance must be found between the need to safeguard privacy interests and the realities and difficulties of law enforcement. The investigative necessity requirement found in s. 186(1)(b) has proved to be a critical but delicate component of the legal framework set up to regulate wiretapping in order to strike this appropriate but often elusive balance between the interests of the State and those of its citizens.

This Court has not issued a definitive statement on the meaning of the investigative necessity requirement in s. 186(1). The closest that it has come is in La Forest J.’s reasons in *Duarte, supra*. In considering a problem of surveillance conducted with the consent of one party, La Forest J. referred in passing, at p. 55, to the investigative necessity requirement for wiretapping:

... authorizations for electronic surveillance are only to be given on a showing that there is no real practical alternative (s. 178.13(1)); in other words, as put by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, at p. 185: “. . . it is treated as a last resort investigative mechanism”, and can only be obtained for investigation of the most serious offences in the *Code* (s. 178.1);

qu’elle rend possible, en l’absence de réglementation, l’anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l’État, au risque qu’un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut être d’excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. Comme le dit le juge Douglas, dissident dans l’affaire *United States v. White, précitée*, à la p. 756: [TRADUCTION] «La surveillance électronique est le pire destructeur de la vie privée». S’il est permis à l’État d’enregistrer et de transmettre arbitrairement nos communications privées, il devient dès lors impossible de trouver un juste équilibre entre le droit du particulier d’être laissé tranquille et le droit de l’État de porter atteinte à la vie privée dans la poursuite de ses objets, notamment la nécessité d’enquêter sur le crime et de le combattre.

Il faut trouver un juste équilibre entre la nécessité de protéger le droit à la vie privée et les réalités et difficultés de l’application de la loi. L’exigence de nécessité pour l’enquête qui est prévue à l’al. 186(1)(b) s’est révélée une composante cruciale, mais délicate, du cadre législatif établi pour réglementer l’écoute électronique et réaliser ce juste équilibre, souvent insaisissable, entre les intérêts de l’État et ceux des citoyens.

Notre Cour ne s’est pas prononcée de manière définitive sur la portée de l’exigence de nécessité pour l’enquête qui est prévue au par. 186(1). C’est par l’entremise du juge La Forest, dans *Duarte, précité*, qu’elle s’est le plus avancée. Dans l’examen d’un problème de surveillance électronique effectuée avec le consentement de l’une des parties, le juge La Forest fait allusion, à la p. 55, à l’exigence que l’écoute électronique soit nécessaire pour l’enquête:

... l’autorisation de procéder à la surveillance électronique ne doit être accordée que si l’on démontre qu’il n’existe en réalité aucun autre moyen pratique (par. 178.13(1)); en d’autres termes, comme le dit la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, à la p. 185: [TRADUCTION] «. . . elle est traitée comme une méthode d’enquête de dernier recours» et ne peut être obtenue qu’aux fins d’enquêtes sur les infractions les plus graves au *Code* (art. 178.1);

22

23

However, this *obiter* comment did not distinguish between a “last resort” test and a “no real practical alternative” test.

24 Our Court has remained divided between these two descriptions of the test: see *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121 (in which the dissent of Dickson J. (as he then was) used a “last resort” standard at p. 135); *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111 (in which La Forest J.’s dissent referred to a “last resort” standard at p. 1160); and *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490 (in which an *obiter* reference at p. 1502 of Sopinka J.’s judgment implied that the standard was “the only practical investigative technique available”). Thus, our Court has left open the question of the exact nature of the test of investigative necessity.

25 Over the years, other Canadian courts seem not to have been entirely sure which strand of this case law they should use. Sometimes, they have approved of words such as “last resort” to describe the degree of necessity required to meet the standard: e.g., *R. v. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), at p. 69; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (Ont. C.A.), at p. 185; and *R. v. Smyk* (1993), 86 C.C.C. (3d) 63 (Man. C.A.), at p. 81, *per* Twaddle J.A. Other times, they have talked more about reasonable practical alternatives or similar practical tests: e.g., *Smyk*, *supra*, at p. 73, *per* Philp J.A.; *R. v. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69 (Que. C.A.); *R. v. Grant* (1998), 130 C.C.C. (3d) 53 (Man. C.A.).

26 The correct interpretation of s. 186(1)’s investigative necessity requirement must be based on the text of the provision read with a simultaneous awareness of two potentially competing considerations. First, as stated by E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, as affirmed by our Court (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21), and as accepted in the analogous context of interpreting the search warrant provisions of the *Criminal Code* (*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14),

Cependant, cette remarque incidente n’établit aucune distinction entre le critère de la mesure «de dernier recours» et la norme voulant qu’«il n’existe en réalité aucun autre moyen pratique».

Notre Cour demeure partagée entre ces deux descriptions du critère applicable: voir *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121 (où, dans ses motifs dissidents, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) emploie l’expression «de dernier recours» (p. 135)); *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111 (où le juge La Forest, dissident, renvoie à une norme «de dernier ressort» (p. 1160)), et *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490 (où la remarque incidente à la p. 1502 des motifs du juge Sopinka semble dire que le critère applicable est celui de «la seule technique d’enquête disponible»). Notre Cour ne s’est donc pas prononcée définitivement sur la nature exacte du critère de la nécessité pour l’enquête.

Au fil des ans, d’autres tribunaux canadiens ont semblé se demander laquelle des approches énoncées dans ces arrêts ils devaient retenir. Certains approuvent l’expression [TRADUCTION] «de dernier recours» pour qualifier le degré de nécessité exigé: p. ex., *R. c. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), à la p. 69; *R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (C.A. Ont.), à la p. 185; et *R. c. Smyk* (1993), 86 C.C.C. (3d) 63 (C.A. Man.), à la p. 81, le juge Twaddle. D’autres ont plutôt parlé d’autres moyens pratiques raisonnables ou de quelque critère similaire: p. ex., *Smyk*, précité, à la p. 73, le juge Philp; *R. c. Barbeau* (1996), 110 C.C.C. (3d) 69 (C.A. Qué.); *R. c. Grant* (1998), 130 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Man.).

L’interprétation juste de l’exigence de nécessité pour l’enquête qui est prévue au par. 186(1) doit s’appuyer sur le libellé de la disposition tout en tenant compte simultanément de deux exigences susceptibles de s’opposer. Premièrement, comme le dit E. A. Driedger dans un passage de *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, que notre Cour a confirmé (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21) et a reconnu dans le contexte analogue de l’interprétation des dispositions du *Code criminel* relatives au mandat de perquisition (*CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada*

“Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.” In other words, we need to give the section a fair and liberal reading as part of our country’s criminal justice legislation. Second, however, we must not forget that the text of s. 186(1) represents a type of constitutional compromise. In particular, the investigative necessity requirement embodied in s. 186(1) is one of the safeguards that made it possible for this Court to uphold these parts of the *Criminal Code* on constitutional grounds (*Duarte, supra*, at p. 45; *Garofoli, supra*, at p. 1444). As a result, s. 186(1) must be read with a simultaneous awareness of the competing values of enabling criminal investigations and protecting privacy rights.

With a proper awareness of these values, I must turn to the text of s. 186(1)(b). This provision states that wiretapping may be appropriate as where “other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures” (emphasis added). With the use of the disjunctive “or”, the text of the section makes clear that there are three kinds of circumstances in which wiretapping may be accepted as an appropriate investigative tool (see, e.g., *Smyk, supra*, at pp. 70-71). The third branch of the subsection seems to refer to an emergency situation, and the first branch refers to a true “last resort” situation where other investigative methods “have been tried and have failed”. These branches not having been argued, it is the second branch, which speaks of the likelihood of success of other investigative procedures, that must be considered in the case before us.

The words of the second branch ought not to be read in a vacuum. The disjunctive nature of the

(*Procureur général*), [1999] 1 R.C.S. 743, au par. 14), [TRADUCTION] «[a]ujourd’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». En d’autres termes, s’agissant d’une disposition faisant partie de la législation pénale de notre pays, la disposition doit être interprétée de manière équitable et généreuse. Deuxièmement, il ne faut pas oublier que le texte du par. 186(1) correspond à une sorte de compromis constitutionnel. Plus particulièrement, l’exigence de nécessité pour l’enquête, intégrée au par. 186(1), demeure l’une des garanties qui ont permis à notre Cour de conclure à la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui sont en cause (*Duarte*, précité, à la p. 45; *Garofoli*, précité, à la p. 1444). En conséquence, il faut interpréter le par. 186(1) en tenant compte simultanément des valeurs opposées que sont la possibilité de mener une enquête criminelle et la protection du droit à la vie privée.

En gardant ces valeurs présentes à l’esprit, je dois examiner le libellé de l’al. 186(1)(b). Selon cette disposition, l’écoute électronique peut être justifiée, lorsque «d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête» (je souligne). Vu l’emploi de la conjonction disjonctive «ou», il ressort du libellé de la disposition que l’écoute électronique peut être un moyen d’enquête approprié dans trois catégories de circonstances (voir, p. ex., *Smyk*, précité, aux pp. 70 et 71). Le troisième volet de l’alinéa semble viser la situation d’urgence, alors que le premier correspond au véritable cas «de dernier recours», c’est-à-dire lorsque d’autres méthodes d’enquête «ont été essayées et ont échoué». Les plaidoiries n’ayant pas porté sur ces éléments, c’est le deuxième volet, celui qui mentionne la chance de succès des autres méthodes d’enquête, que notre Cour doit examiner en l’espèce.

Le texte correspondant au deuxième volet ne doit pas être interprété en vase clos. Le caractère

three branches does not remove the need to read the subsection together as a whole (see *R. v. Madsen*, [1988] N.W.T.R. 82 (S.C.), at p. 86). Indeed, the nature of the other branches properly emphasizes the gravity of wiretapping and suggests that we should not read the term “unlikely” in the second branch in a weak way. But, ultimately, it is sufficient to satisfy one branch of s. 186(1)(b). Also, the words ought properly to be read in their context in light of the values that were acknowledged at the outset and how any particular investigation meshes with these values.

29

In the final analysis, the potentially competing values in this area must be acknowledged. The words of the *Code* must be read with some common sense having regard both to the nature and purpose of the particular investigation which the police wish to undertake. A pure last resort test would turn the process of authorization into a formalistic exercise that would take no account of the difficulties of police investigations targeting sophisticated crime. But the authorizing judge must look with attention at the affidavit material, with an awareness that constitutional rights are at stake and carefully consider whether the police have met the standard. All this must be performed within a procedural framework where certain actions are authorized on an *ex parte* basis. Thus, the authorizing judge stands as the guardian of the law and of the constitutional principles protecting privacy interests. The judge should not view himself or herself as a mere rubber stamp, but should take a close look at the material submitted by the applicant. He or she should not be reluctant to ask questions from the applicant, to discuss or to require more information or to narrow down the authorization requested if it seems too wide or too vague. The authorizing judge should grant the authorization only as far as need is demonstrated by the material submitted by the applicant. The judge should remember that the citizens of his country must be protected against unwanted fishing expeditions by the state and its law enforcement agencies. Parliament and the courts have

disjonctif des trois volets n'élimine pas la nécessité d'interpréter la disposition globalement (voir *R. c. Madsen*, [1988] N.W.T.R. 82 (C.S.), à la p. 86). En effet, de par leur nature, les autres volets mettent à juste titre l'accent sur la gravité de l'écoute électronique et permettent de conclure que l'expression «peu de chance de succès» employée au deuxième volet ne devrait pas être interprétée de manière laxiste. Toutefois, en fin de compte, il suffit de satisfaire à l'un des volets de l'al. 186(1)(b). Aussi, les termes employés doivent être correctement interprétés dans leur contexte, compte tenu des valeurs reconnues dès le départ et de la manière dont une enquête en particulier interagit avec ces valeurs.

En dernière analyse, les valeurs susceptibles d'être opposées dans ce domaine doivent être prises en considération. Il faut interpréter le texte du *Code* en faisant preuve de bon sens et en ayant présent à l'esprit à la fois la nature et l'objet de l'enquête que les policiers souhaitent entreprendre. Le simple critère de la mesure de dernier recours transformerait le processus d'autorisation en un exercice formaliste qui ne tiendrait aucunement compte des difficultés des enquêtes policières sur des crimes complexes. Le juge saisi d'une demande d'autorisation doit examiner attentivement l'affidavit sachant que des droits constitutionnels sont en jeu et déterminer, à l'issue d'un examen minutieux, si la police a satisfait à l'exigence. Tout cela est effectué dans le cadre d'une procédure où certaines mesures sont autorisées *ex parte*. Le juge saisi d'une demande d'autorisation joue donc un rôle de gardien du droit et des principes constitutionnels qui protègent le droit à la vie privée. Il ne doit pas se contenter d'approuver la demande machinalement; il lui incombe de scruter les documents que lui présente le requérant. Il ne doit pas hésiter à poser des questions à celui-ci, à discuter des faits exposés, à demander un complément d'information ou à circonscrire la portée de l'autorisation demandée lorsqu'elle semble trop étendue ou trop imprécise. Il ne devrait accorder l'autorisation que dans la mesure où sa nécessité est établie dans les documents présentés à l'appui de la demande. Il lui faut se rappeler que les citoyens du pays doivent être protégés contre les

indeed recognized that the interception of private communications is a serious matter, to be considered only for the investigation of serious offences, in the presence of probable grounds, and with a serious testing of the need for electronic interception in the context of the particular investigation and its objects (cf. *Smyk, supra*, at p. 74). There must be, practically speaking, no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry.

This approach is consistent with much of the Canadian jurisprudence analyzing the investigative necessity requirement: e.g., *R. v. Todoruk* (1992), 78 C.C.C. (3d) 139 (B.C.S.C.), at p. 145; *Smyk, supra*, at p. 74; *R. v. McCreery*, [1996] B.C.J. No. 2405 (QL) (S.C.), at paras. 47-53; *Barbeau, supra*, at pp. 84-85; *R. v. Shalala* (2000), 224 N.B.R. (2d) 118 (C.A.), at para. 87.

Moreover, although I am wary of applying our southern neighbour's quite different Fourth Amendment jurisprudence in the Canadian context, I note that American courts have approached their almost identical legislation governing the use of wiretapping not on the basis of an absolutist "last resort" theory but in a similarly commonsensical fashion.

Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Supp. IV 1998), implements the standards for the use of electronic surveillance as required by the Fourth Amendment, according to the United States Supreme Court decisions in *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), and *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967). This legislation includes a necessity requirement not unlike that found in s. 186(1). A judge may issue a court order authorizing a wiretap only if he or she has determined "on the basis of the facts submitted by the applicant that . . . normal investigative procedures have been tried and have failed or reasonably appear to be unlikely to succeed if tried or to be too dangerous": 18 U.S.C. § 2518(3)(c).

enquêtes non souhaitables menées à l'aveuglette par l'État et ses organismes d'application de la loi. Le législateur et les tribunaux ont en effet reconnu que l'interception des communications privées est une mesure grave, qui ne doit être envisagée que pour des infractions graves, que s'il existe des motifs probables et que s'il est véritablement nécessaire de recourir à l'écoute électronique compte tenu de l'enquête en cause et de ses objectifs (cf. *Smyk*, précité, à la p. 74). Sur le plan pratique, il ne doit exister aucune autre méthode d'enquête raisonnable, dans les circonstances de l'enquête criminelle considérée.

Cette démarche est compatible avec une bonne partie de la jurisprudence canadienne relative à l'exigence de nécessité pour l'enquête: p. ex., *R. c. Todoruk* (1992), 78 C.C.C. (3d) 139 (C.S.C.-B.), à la p. 145; *Smyk*, précité, à la p. 74; *R. c. McCreery*, [1996] B.C.J. No. 2405 (QL) (C.S.), aux par. 47 à 53; *Barbeau*, précité, aux pp. 84 et 85; *R. c. Shalala* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 118, au par. 87.

De plus, même si j'hésite beaucoup à appliquer dans le contexte canadien la jurisprudence très différente de nos voisins du sud au sujet du quatrième amendement, je note que les tribunaux américains ont appliqué des dispositions quasi identiques régissant l'utilisation de l'écoute électronique en s'en remettant, eux aussi, au bon sens, et non à la thèse rigide de la mesure «de dernier recours».

Le Titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Supp. IV 1998), met en œuvre les critères applicables à l'utilisation de la surveillance électronique prévus au quatrième amendement, conformément aux décisions de la Cour suprême des États-Unis dans *Berger c. New York*, 388 U.S. 41 (1967), et *Katz c. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967). Cette loi comporte une exigence de nécessité qui ne diffère pas de celle contenue au par. 186(1). Le juge ne peut délivrer une ordonnance d'autorisation d'écoute électronique que s'il a conclu, [TRADUCTION] «compte tenu des faits présentés par le demandeur, que [. . .] les méthodes d'enquête habituelles ont été essayées et ont échoué, ou paraissent raisonnablement avoir peu de chance de succès ou trop dangereuses»: 18 U.S.C. § 2518(3)(c).

30

31

32

33

Recent jurisprudence has confirmed that such language is to be interpreted in a practical commonsense fashion, so that courts may issue wiretap orders even when the government has not pursued all other investigative techniques. Courts have found a variety of grounds for allowing that normal investigative techniques are unlikely to succeed. These include: a showing by the government that those techniques would not reveal key information (*U.S. v. London*, 66 F.3d 1227 (1st Cir. 1995), at p. 1237); when it can be shown that those techniques are ineffective against a large-scale crime organization (*U.S. v. Torres*, 901 F.2d 205 (2d Cir. 1990), at p. 232; *U.S. v. Commito*, 918 F.2d 95 (9th Cir. 1990), at p. 98), a close-knit family (*U.S. v. Guerra-Marez*, 928 F.2d 665 (5th Cir. 1991), at p. 670) or a drug conspiracy (*U.S. v. Milton*, 153 F.3d 891 (8th Cir. 1998), at pp. 897-98); or when counter-surveillance methods employed by the defendants made such methods unlikely to succeed (*U.S. v. Smith*, 31 F.3d 1294 (4th Cir. 1994), at p. 1299; *U.S. v. Green*, 40 F.3d 1167 (11th Cir. 1994), at p. 1172).

34

Canadian jurisprudence has reflected this approach. Writing for the Quebec Court of Appeal in *R. v. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, 72 C.C.C. (3d) 303, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi, I asserted the relevance of the actual text of s. 186(1) as follows (at p. 325 C.C.C.):

[TRANSLATION] ... s. 186 does not require that all alternative investigative techniques have been tried. It is not simply a recourse of last resort. It is a technique which must not be used in the absence of serious, probable grounds, but which can be employed not only when the other methods have failed, but also, when they appear to have little chance of success or when the urgency of the matter would otherwise render the investigation unsuccessful. [Emphasis added.]

But, in so doing, I also recognized the importance of giving meaning to the requirements for a wiretap authorization (at p. 319 C.C.C.):

[TRANSLATION] In his role, and in order to avoid inadmissible intrusions into the private lives of citizens, the authorizing judge must ensure that the application is based on reasonable and probable cause. It must not

La jurisprudence récente a confirmé que de tels termes doivent être interprétés compte tenu de la réalité et du bon sens, de façon à ce que les tribunaux puissent délivrer des ordonnances d'écoute électronique même si le gouvernement n'a pas essayé toutes les autres techniques d'enquête. Les tribunaux ont établi divers motifs pour conclure que les techniques d'enquête habituelles ont peu de chance de succès, notamment: le gouvernement démontre que ces techniques ne révéleront pas des renseignements de première importance (*U.S. c. London*, 66 F.3d 1227 (1st Cir. 1995), à la p. 1237); il est établi que ces techniques sont inefficaces à l'égard des grands gangs (*U.S. c. Torres*, 901 F.2d 205 (2d Cir. 1990), à la p. 232; *U.S. c. Commito*, 918 F.2d 95 (9th Cir. 1990), à la p. 98), d'une famille très unie (*U.S. c. Guerra-Marez*, 928 F.2d 665 (5th Cir. 1991), à la p. 670) ou d'un complot relatif à la drogue (*U.S. c. Milton*, 153 F.3d 891 (8th Cir. 1998), aux pp. 897 et 898); ou que les méthodes de contre-surveillance utilisées par les défendeurs font en sorte que ces techniques ont peu de chance de succès (*U.S. c. Smith*, 31 F.3d 1294 (4th Cir. 1994), à la p. 1299; *U.S. c. Green*, 40 F.3d 1167 (11th Cir. 1994), à la p. 1172).

Ce point de vue se dégage aussi de la jurisprudence canadienne. M'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi, j'ai insisté sur l'importance du texte du par. 186(1) (à la p. 909):

... l'article 186 C.Cr. n'exige pas l'épuisement de toutes les méthodes alternatives. Il ne représente pas simplement un ultime recours. Il joue le rôle d'un instrument qui ne doit pas être utilisé sans motifs sérieux, probables, mais qui peut être employé non seulement lorsque les autres méthodes ont échoué, mais aussi lorsqu'elles paraissent avoir peu de chances de succès ou que l'urgence de l'affaire rendrait autrement l'enquête infructueuse. [Je souligne.]

Or, ce faisant, j'ai également reconnu l'importance de définir les conditions de l'autorisation de l'écoute électronique (à la p. 905):

Dans ce rôle, pour éviter des intrusions inadmissibles dans la sphère de la vie privée des citoyens, le juge d'autorisation doit s'assurer que la demande repose sur des causes raisonnables et probables. Elle ne doit pas

constitute a mere fishing expedition based on pure suspicion. He must also be convinced that it is necessary to have recourse to this particular investigative technique. [Emphasis added.]

This approach is founded on statutory interpretation and supported by a strong strand of case law. Through this combination of text and context, it allows judges to apply in a balanced way the requirement of investigative necessity for wiretapping. In so doing, the judge must keep important values of Canadian society in sight and look seriously at whether there is, practically speaking, no other reasonable alternative method of investigation.

2. Application of the Standard to the Case at Bar

How, then, should this approach be applied in the context of the case at bar? There are two aspects of this application to consider. First, we must determine whether the reasoning used by the British Columbia Court of Appeal strays too far from the text of the *Criminal Code* and the important constitutional values that this text protects, thereby endangering privacy interests in other contexts. Second, when applying the correct test, we must consider whether the Court of Appeal nevertheless correctly concluded that the authorizing judge could properly have issued an authorization based on the facts disclosed in the affidavit.

The proper test, as I have set out above, concerns whether, practically speaking, there is no other reasonable means of investigation. The judgment from the British Columbia Court of Appeal does not follow this language and, indeed, seems to use a far laxer standard. The approach taken by the Court of Appeal has the potential to subvert the safeguards of privacy interests that are an essential component of the regulation of wiretapping in the *Criminal Code*.

In concluding that “in the case at bar, there is no reason to impeach the choice of investigative techniques” (para. 33 (emphasis added)), Braidwood J.A. reasoned, based on earlier British

constituer une simple expédition de pêche, basée sur de purs soupçons. Il faut qu’il se convainque également de la nécessité du recours à cette technique particulière d’investigation. [Je souligne.]

Cette démarche s’appuie sur l’interprétation législative et sur la forte tendance de la jurisprudence. En combinant ainsi texte et contexte, elle permet au juge d’appliquer de manière équilibrée l’exigence de la nécessité de l’écoute électronique pour l’enquête. Le juge ne doit pas perdre de vue les valeurs importantes de la société canadienne et doit déterminer, à l’issue d’un examen rigoureux, s’il existe de fait une autre méthode d’enquête raisonnable.

2. L’application de la norme en l’espèce

Comment devrait-on alors appliquer cette démarche aux faits de la présente affaire? Une telle application comporte deux volets. Premièrement, il nous faut déterminer si le raisonnement tenu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’éloigne trop du texte du *Code criminel* et des valeurs constitutionnelles importantes qu’il protège, compromettant ainsi le droit à la vie privée dans d’autres contextes. Deuxièmement, dans l’application du critère approprié, nous devons déterminer si la Cour d’appel a néanmoins conclu à juste titre que le juge saisi de la demande d’autorisation pouvait à bon droit l’accueillir vu les faits énoncés dans l’affidavit.

Le critère approprié, je le répète, consiste à déterminer si, en pratique, il existe ou non un autre moyen d’enquête raisonnable. Dans son jugement, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’emploie pas de tels termes et semble appliquer une norme beaucoup moins rigoureuse. La démarche qu’elle a utilisée pourrait compromettre la garantie du droit à la vie privée, qui est une composante essentielle de la réglementation de l’écoute électronique dans le *Code criminel*.

En affirmant que [TRADUCTION] «dans la présente affaire, il n’y a aucune raison de mettre en doute le choix de la méthode d’enquête» (par. 33 (je souligne)), le juge Braidwood a conclu, à partir

35

36

37

38

Columbia Court of Appeal precedents, that the question was whether the authorizing judge “despite the fact that other investigative techniques may have had promise . . . *could have* concluded that the most efficacious way of fully investigating all those involved was to permit the police to employ wiretapping along with other investigative techniques” (para. 30 (italics in original; underlining added); see also para. 32). The British Columbia Court of Appeal’s decisions have gradually moved in this direction, with prior precedents each lowering the bar another notch (see *R. v. Paulson* (1995), 97 C.C.C. (3d) 344; and *R. v. Cheung* (1997), 119 C.C.C. (3d) 507). The question essentially becomes one of whether wiretapping is a more effective, rather than necessary, means of investigation, in the context of the particular criminal investigation.

des décisions antérieures de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, que la question était de savoir si le juge [TRADUCTION] «malgré l’existence d’autres méthodes d’enquête susceptibles de donner de bons résultats [. . .] *aurait pu* conclure ou non que le moyen le plus efficace de soumettre à une enquête complète toutes les personnes en cause était d’autoriser la police à recourir à l’écoute électronique de pair avec d’autres méthodes d’enquête» (par. 30 (en italique dans l’original; soulignement ajouté); voir aussi le par. 32). Progressivement, les décisions de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont évolué dans cette direction, chaque décision abaissant successivement la barre d’un cran supplémentaire (voir *R. c. Paulson* (1995), 97 C.C.C. (3d) 344; et *R. c. Cheung* (1997), 119 C.C.C. (3d) 507). Essentiellement, il s’agit dès lors de déterminer si l’écoute électronique est un moyen d’enquête plus efficace, et non nécessaire, dans le contexte d’une enquête criminelle donnée.

39 This approach is wrong in law. A standard of “most efficacious” strays far from the text of s. 186(1)(b) and the privacy rights that it protects. Such language does not match with the test enunciated above. Indeed, in the end, one might well argue, using such an efficiency standard, that wiretapping should always be available to the police, since it might often help catch more criminals. Such a result would rightly send a chill down the spine of every freedom-loving Canadian. We would replace a standard of necessity with one of opportunity at the discretion of law enforcement bodies. The British Columbia Court of Appeal’s test must thus be rejected as inconsistent with the very words of the *Criminal Code*.

Cette démarche n’est pas fondée en droit. La norme du «moyen le plus efficace» s’éloigne considérablement du texte de l’al. 186(1)b) et du droit à la vie privée qui y est protégé. Les termes employés ne correspondent pas au critère énoncé précédemment. De fait, à la limite, on pourrait fort bien soutenir sur le fondement d’une norme d’efficacité que la police devrait toujours pouvoir recourir à l’écoute électronique puisque celle-ci permet souvent d’arrêter davantage de criminels. Tout Canadien épris de liberté en éprouverait à juste titre des frissons dans le dos. On remplacerait la norme de la nécessité par celle de l’opportunité au gré des organismes d’application de la loi. Le critère appliqué par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique doit donc être écarté à cause de son incompatibilité avec les termes mêmes du *Code criminel*.

40 Nevertheless, this disagreement with the approach of the Court of Appeal does not mean that the appeal must succeed on this point. On the contrary, we must apply the proper test to the circumstances of the case at bar in order to ascertain whether its application would support the conclusion reached by the Court of Appeal. More pre-

Quoi qu’il en soit, mon désaccord avec la démarche utilisée par la Cour d’appel ne signifie pas que le pourvoi doit être accueilli sur ce point. Au contraire, nous devons appliquer le critère approprié aux circonstances de l’espèce pour déterminer si son application appuie la conclusion tirée par la Cour d’appel. Plus précisément, il s’agit de

cisely, the question is whether the factual circumstances revealed in the affidavit could have provided a sufficient basis for the issuance of the authorization.

The facts as set out in the affidavit met this standard. Catching the ringleaders in drug rings and conspiracies is never an easy task. This is particularly so when, as here, they use counter-surveillance measures and behave in a clandestine fashion. The affidavit attested to the failure of the police efforts in spite of the use of physical surveillance and search warrants. It also provided evidence as to why the use of informants or undercover agents trying to infiltrate the drug ring would be ineffective and potentially dangerous. There was, in my view, evidence in the affidavit to negate arguments for other investigative techniques and to make the case that wiretapping was, practically speaking, the only reasonable alternative, taking into account the nature and purpose of this particular investigation.

The appellants made much of arguments that the cross-examination on the affidavit seemed to reveal the availability of another surveillance team, the Special Operations Group, that the police could have used. The availability of another surveillance team was, in reality, of little consequence in the circumstances of the case at bar. The fact is that the police had done extensive surveillance. By doing so, they obtained some information. But their surveillance efforts were occasionally met by counter-surveillance, whose presence can obviously affect the effectiveness of investigative methods, and by the clear reality that surveillance efforts alone would not bring them into contact with higher-ups in the drug organization. Indeed, I am quite uncertain how surveillance alone would ever have given good proof of laundering and conspiracy. By showing that the police were already conducting surveillance and that this was not accomplishing everything required, the affidavit materials established investigative necessity.

The objective of the police investigation here was to bring the higher-ups in a drug ring to jus-

décider si les faits énoncés dans l'affidavit suffisaient pour justifier l'octroi de l'autorisation.

Les faits énoncés dans l'affidavit satisfont à cette norme. Il n'est jamais facile d'arrêter les dirigeants d'un réseau de trafic de stupéfiants ou les auteurs d'un complot. Cela se révèle particulièrement difficile lorsque, comme en l'espèce, ils ont recours à des mesures de contre-surveillance et opèrent dans la clandestinité. L'affidavit fait état des efforts infructueux de la police, malgré le recours à la surveillance visuelle et aux mandats de perquisition. Il fournit aussi la preuve que le recours à des indicateurs ou à des agents d'infiltration serait inefficace et pouvait même être dangereux. Il renferme, à mon sens, des éléments de nature à écarter toute prétention quant à la disponibilité d'autres techniques d'enquête et à établir que, en pratique, l'écoute électronique restait le seul autre moyen raisonnable, vu la nature et l'objet de l'enquête.

Les appellants ont beaucoup insisté sur le fait que le contre-interrogatoire sur l'affidavit semble révéler l'existence d'une autre équipe de surveillance, la section des affaires spéciales, à laquelle la police aurait pu faire appel. En réalité, l'existence d'une autre équipe de surveillance importe peu en l'espèce. La police a pris d'importantes mesures de surveillance, ce qui lui a permis de recueillir des renseignements. Ses activités de surveillance se sont parfois heurtées à de la contre-surveillance, mesure qui est manifestement de nature à compromettre l'efficacité de la méthode d'enquête. En outre, il est clair que la surveillance, à elle seule, ne permettrait pas à la police de démasquer les dirigeants du réseau de trafic de stupéfiants. Je me demande, en effet, comment la seule surveillance aurait pu permettre d'obtenir une preuve valable du blanchiment et du complot. En révélant que la police recourait déjà à la surveillance et qu'elle n'obtenait pas tous les résultats escomptés, l'affidavit établit la nécessité de l'écoute électronique pour l'enquête.

En l'occurrence, l'objectif de l'enquête policière était de traduire en justice les têtes dirigeantes du

41

42

43

tice, not simply to remove a few replaceable street dealers. Among their various arguments, the appellants challenged the right of the police to define the objectives of their investigation, alleging that the police could manipulate the objectives in order to get the chance to use a wiretap. However, it is clear that the police here had probable grounds to investigate the serious crimes that they were investigating. This part of the test for wiretapping — probable grounds for believing that serious crimes would likely occur — removes the need for concern about the kinds of suspicions that the appellants raise. If the police have probable grounds to investigate a serious crime, then they may use wiretapping to do so, provided they meet the investigative necessity requirement. There is nothing pernicious about the fact that the objective of their investigation rightly informs the investigative necessity analysis. Here, the police had more need for wiretapping given that they were trying to move up the chain and catch the higher-ups in the operation. This rightly reinforces the investigative necessity made plain by the affidavit materials.

44 The facts set out in the affidavit in the case at bar establish investigative necessity on the required standard. Any argument that an authorization could not have issued based on the facts set out in the affidavits must fail. On its face, the affidavit was sufficient to support an authorization.

45 This being said, it is clear that the affidavit was not perfect, even on its face. Prior to moving on to the subfacial review required by the last issue in the case at bar, it may be useful to discuss some practical suggestions about the form of affidavits on an application for a wiretap authorization in order to reduce needless litigation on similar matters and in better serving the interests of all parties.

46 Looking at matters practically in order to learn from this case for the future, what kind of affidavit should the police submit in order to seek permis-

réseau, et non seulement d'arrêter quelques revendeurs susceptibles d'être remplacés. Les appelants contestent notamment le droit de la police de définir les objectifs de ses enquêtes pour le motif qu'elle peut le faire de manière à faciliter l'obtention d'une autorisation d'écoute électronique. Cependant, il est clair que la police avait en l'espèce des motifs probables d'enquêter sur les crimes graves en cause. Ce volet du critère applicable à l'écoute électronique — l'existence de motifs probables de croire qu'un crime grave risque d'être commis — fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les doutes que tentent de faire naître les appelants. Dans la mesure où la police a des motifs probables de faire enquête au sujet d'un crime grave, elle peut recourir à l'écoute électronique, si elle satisfait à l'exigence de nécessité pour l'enquête. Il n'est aucunement pernicieux que l'objectif de l'enquête intervienne dans l'analyse relative à la nécessité pour l'enquête. Dans la présente affaire, la police avait davantage besoin de l'écoute électronique, car elle tentait d'atteindre le sommet de la hiérarchie et d'arrêter les dirigeants du réseau. Cet élément milite à juste titre en faveur d'un constat de nécessité pour l'enquête décrite dans l'affidavit.

Vu les faits énoncés dans l'affidavit en l'espèce, la norme appropriée de la nécessité pour l'enquête a été respectée. Toute prétention selon laquelle une autorisation n'aurait pu être octroyée sur le fondement des faits énoncés dans l'affidavit doit être rejetée. De prime abord, l'affidavit suffisait pour justifier l'autorisation.

Cela dit, l'affidavit n'est manifestement pas parfait, même à première vue. Avant de passer à l'analyse au fond pour trancher la dernière question en litige dans le cadre du pourvoi, il peut être utile de formuler quelques recommandations d'ordre pratique concernant la rédaction des affidavits présentés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique, de façon à réduire le nombre de litiges inutiles en semblable matière et mieux protéger les droits de toutes les parties.

D'un point de vue pratique et afin de tirer des enseignements pour l'avenir, il faut se demander quel genre d'affidavit la police devrait présenter à

sion to use wiretapping? The legal obligation on anyone seeking an *ex parte* authorization is full and frank disclosure of material facts: cf. *Dalglisch v. Jarvie* (1850), 2 Mac. & G. 231, 42 E.R. 89; *R. v. Kensington Income Tax Commissioners*, [1917] 1 K.B. 486 (C.A.); *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.), at p. 528; *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (QL) (Gen. Div.), at paras. 26-29, *per* Sharpe J. So long as the affidavit meets the requisite legal norm, there is no need for it to be as lengthy as *À la recherche du temps perdu*, as lively as the *Kama Sutra*, or as detailed as an automotive repair manual. All that it must do is set out the facts fully and frankly for the authorizing judge in order that he or she can make an assessment of whether these rise to the standard required in the legal test for the authorization. Ideally, an affidavit should be not only full and frank but also clear and concise. It need not include every minute detail of the police investigation over a number of months and even of years.

A corollary to the requirement of an affidavit being full and frank is that it should never attempt to trick its readers. At best, the use of boiler-plate language adds extra verbiage and seldom anything of meaning; at worst, it has the potential to trick the reader into thinking that the affidavit means something that it does not. Although the use of boiler-plate language will not automatically prevent a judge from issuing an authorization (there is, after all, no formal legal requirement to avoid it), I cannot stress enough that judges should deplore it. There is nothing wrong — and much right — with an affidavit that sets out the facts truthfully, fully, and plainly. Counsel and police officers submitting materials to obtain wiretapping authorizations should not allow themselves to be led into the temptation of misleading the authorizing judge, either by the language used or strategic omissions.

Finally, while there is no legal requirement for it, those gathering affidavit material should give

l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique. Quiconque demande une autorisation *ex parte* a l'obligation juridique d'exposer de manière complète et sincère les faits considérés: cf. *Dalglisch c. Jarvie* (1850), 2 Mac. & G. 231, 42 E.R. 89; *R. c. Kensington Income Tax Commissioners*, [1917] 1 K.B. 486 (C.A.); *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), à la p. 528; *United States of America c. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (QL) (Div. gén.), aux par. 26 à 29, le juge Sharpe. Tant que l'affidavit satisfait à la norme juridique applicable, il n'est pas nécessaire qu'il soit aussi long qu'*À la recherche du temps perdu*, aussi sémillant que le *Kama Sutra* ni aussi détaillé qu'un guide de réparation d'automobiles. Il doit simplement énoncer les faits de manière complète et sincère pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse déterminer s'ils remplissent le critère juridique applicable et justifient l'autorisation. Idéalement, il devrait non seulement être complet et sincère, mais aussi clair et concis. Nul besoin de faire état par le menu de l'enquête policière menée jusqu'alors, depuis des mois ou même des années.

En plus d'être complet et sincère, l'affidavit ne devrait jamais viser à tromper le lecteur. Dans le meilleur des cas, le recours à un libellé standard ne fait qu'ajouter au verbiage et se révèle rarement utile. Dans le pire des cas, il peut inciter le lecteur à penser que l'affidavit a un sens qu'il n'a pas. Même si le recours à un libellé standard ne fait pas automatiquement obstacle à l'autorisation (après tout, aucune disposition ne l'interdit formellement), j'invite fortement les juges à le décourager. On ne peut reprocher au déposant — il faudrait plutôt l'en féliciter — d'énoncer les faits de manière sincère, complète et simple. Les avocats et les policiers qui présentent des documents à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique devraient résister à la tentation d'induire le juge en erreur en utilisant certaines formules ou en omettant stratégiquement certains éléments.

Enfin, bien qu'il n'existe pas d'obligation juridique en ce sens, il serait bon d'obtenir des affida-

consideration to obtaining affidavits directly from those with the best firsthand knowledge of the facts set out therein, like the police officers carrying on the criminal investigation or handling the informers. This would strengthen the material by making it more reliable. In the present case, it might have prevented this case from turning into the mess it is now, still in appeal, after years of litigation on preliminary matters, without any final judgment on the guilt or innocence of the appellants.

49

This brings me to the adverse credibility finding against the affiant in the case at bar. Practically speaking, these issues and much of the resulting litigation could have been largely avoided if the police had taken the simple step of having each of the handlers sign an affidavit on those matters within his or her particular knowledge. This would almost certainly have ensured a more careful verification of the facts sworn in the affidavit material, potentially avoiding some of the needless errors that the affidavit ended up containing, and would also have made the application for an authorization less tied to the credibility of the one officer who ultimately attested to everything in it.

C. Did the Trial Judge Apply Correctly the Standard of Review for a Wiretap Authorization, Including Amplification?

50

Given that the police did not take such steps that might have prevented these problems from ever arising, I must now focus on the arguments that challenge the affidavit from a subfacial perspective. Subfacial challenges to an affidavit go behind the form of the affidavit to attack the reliability of its content. The issue here is whether the trial judge correctly applied the standard of review for a wiretap authorization in the face of the subfacial challenge that arose through cross-examination on the affidavit.

51

The reviewing judge does not stand in the same place and function as the authorizing judge. He or she does not conduct a rehearing of the application

des personnes ayant la connaissance la plus directe des faits en cause, par exemple, les policiers qui mènent l'enquête criminelle ou qui sont responsables des indicateurs. Cela donnerait plus de poids aux documents du fait qu'ils seraient plus fiables. Si tel avait été le cas en l'espèce, on aurait pu éviter que l'affaire ne sombre dans l'impasse actuelle, toujours en appel, après des années de débats sur des questions préliminaires, sans qu'un jugement définitif n'ait été rendu quant à la culpabilité ou à l'innocence des appelants.

Cela m'amène à examiner la conclusion défavorable à la crédibilité du déposant en l'espèce. Sur le plan pratique, ces questions et une bonne partie du litige auquel elles ont donné lieu auraient pu être évitées dans une large mesure, si la police avait simplement demandé à chacun des responsables d'indicateurs de signer un affidavit portant sur les éléments dont il avait une connaissance particulière. Il en aurait presque certainement résulté une vérification plus rigoureuse des faits attestés par affidavit, ce qui aurait peut-être permis d'éviter certaines des erreurs qui se sont retrouvées dans l'affidavit. De plus, la demande d'autorisation aurait été moins liée à la crédibilité de l'agent qui, en fin de compte, s'est porté garant de la véracité de tous les faits allégués.

C. Le juge du procès a-t-il appliqué correctement la norme de révision pour l'autorisation d'écoute électronique, y compris les principes applicables en matière d'amplification?

Étant donné que la police n'a pas pris les mesures qui auraient pu éviter ces problèmes, je dois maintenant examiner les arguments invoqués pour contester l'affidavit au fond. Au-delà de la forme, ce type de contestation vise la fiabilité des énoncés de l'affidavit. Il s'agit de déterminer en l'espèce si le juge du procès a appliqué correctement la norme de révision en matière d'autorisation d'écoute électronique vu la contestation au fond qui a résulté du contre-interrogatoire concernant l'affidavit.

Le juge siégeant en révision ne se substitue pas au juge saisi de la demande d'autorisation. Il ne procède pas à une nouvelle audition de la

for the wiretap. This is the starting place for any reviewing judge, as our Court stated in *Garofoli, supra*, at p. 1452:

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge. [Emphasis added.]

As I noted as a judge at the Quebec Court of Appeal in *Hiscock, supra*, at p. 326 C.C.C., even a basis that is schematic in nature may suffice. However, as our Court has recognized, it must be a basis founded on reliable information. In *R. v. Bisson*, [1994] 3 S.C.R. 1097, at p. 1098, the requirement was described as “sufficient reliable information to support an authorization” (emphasis added). The Court concluded that this requirement had still been met despite the excision of retracted testimony. In looking for reliable information on which the authorizing judge could have granted the authorization, the question is simply whether there was at least some evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued.

In oral argument, counsel for the appellant Grandmaison made much of a passage in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 251, where Sopinka J. explained the test applicable on a review of a search warrant when some of the information supporting the warrant had been obtained in violation of the Constitution. Sopinka J. wrote that “it is necessary for reviewing courts to consider whether the warrant would have been issued had the improperly obtained facts been excised from the information sworn to obtain the warrant: *Garofoli, supra*” (emphasis added). In using the word “would”, Sopinka J. did not set out to alter the test that comes from *Garofoli*, given that he

demande. Voici quelle doit être la démarche du juge siégeant en révision selon ce que notre Cour a dit dans *Garofoli*, précité, à la p. 1452:

Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgateion, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation. [Je souligne.]

Comme je l'ai signalé à titre de juge de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Hiscock*, précité, à la p. 910, même un fondement de nature schématique peut suffire. Toutefois, comme notre Cour l'a reconnu, ce fondement doit s'appuyer sur des renseignements dignes de foi. Selon *R. c. Bisson*, [1994] 3 R.C.S. 1097, à la p. 1098, notre Cour précise qu'il doit s'agir d'«information suffisante et fiable pour appuyer l'autorisation» (je souligne) et conclut que cette exigence avait été respectée même abstraction faite du témoignage rétracté. Pour déterminer s'il existait des renseignements fiables à partir desquels le juge aurait pu accorder l'autorisation, il faut simplement se demander s'il y avait au moins quelque élément de preuve auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour faire droit à la demande.

Dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appellant Grandmaison a cité un extrait de l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la p. 251, où le juge Sopinka explique le critère applicable à la révision d'un mandat de perquisition lorsque certains des renseignements à l'appui du mandat ont été obtenus en contravention avec la Constitution. Il écrit que «le tribunal qui siège en révision doit examiner si le mandat aurait été décerné sans la mention, dans la dénonciation faite sous serment aux fins de l'obtention du mandat, des faits obtenus d'une façon abusive: *Garofoli*, précité» (je souligne). En utilisant le mot «aurait», le juge Sopinka n'a pas voulu modifier le critère issu de *Garofoli*, puisqu'il

cited this judgment in the same sentence. I take the word in this context not as setting a different standard of review but simply as suggesting the sincerity of the inquiry that a reviewing judge should undertake. As this Court confirmed in *Bisson*, *supra*, the reviewing judge must carefully consider the existence of sufficient reliable information, that is, information that may reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued.

53 Other appellate court jurisprudence confirms this understanding. In the context of reviewing a search warrant, appellate courts have looked to whether the authorization could have issued: e.g., *Mitton v. British Columbia Securities Commission* (1999), 123 B.C.A.C. 263; *R. v. Allain* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), at p. 217; and *R. v. Krist* (1998), 113 B.C.A.C. 176, at p. 179. But they look at this in context. For example, in *R. v. Monroe* (1997), 8 C.R. (5th) 324 (B.C.C.A.), at p. 333, Esson J.A. stated that, after looking for whether there was sufficient grounds on which the judge could have authorized a warrant, “The judge was then required to assess the evidence placed before the justice, in the light of the evidence brought out at trial, in order to determine whether, after expunging any misleading or erroneous information, sufficient reliable information remained to support the warrant” (emphasis added).

54 The authorities stress the importance of a contextual analysis. The Nova Scotia Court of Appeal, while reviewing the cases from our Court cited above, explains this in a judgment dealing with problems arising out of errors committed in good faith by the police in the material submitted to the authorizing justice of the peace:

These cases stress that errors, even fraudulent errors, do not automatically invalidate the warrant.

This does not mean that errors, particularly deliberate ones, are irrelevant in the review process. While not leading to automatic vitiation of the warrant, there remains the need to protect the prior authorization process. The cases just referred to do not foreclose a

renvoie à cet arrêt dans la même phrase. Je tiens pour acquis que, utilisé dans ce contexte, le mot n’établit pas une norme de révision différente, mais il indique simplement que le juge siégeant en révision doit aborder l’examen avec sincérité. Comme notre Cour l’a confirmé dans *Bisson*, précité, le juge siégeant en révision doit déterminer, à l’issue d’un examen minutieux, s’il existait des renseignements fiabes suffisants, c’est-à-dire des renseignements auxquels on pouvait raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisation.

D’autres décisions des cours d’appel adhèrent à ce point de vue. Dans le cadre de la révision d’un mandat de perquisition, les cours d’appel se sont demandé si le mandat aurait pu être décerné: p. ex., *Mitton c. British Columbia Securities Commission* (1999), 123 B.C.A.C. 263; *R. c. Allain* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), à la p. 217; et *R. c. Krist* (1998), 113 B.C.A.C. 176, à la p. 179. Elles ont examiné la question en tenant compte du contexte. Par exemple, dans *R. c. Monroe* (1997), 8 C.R. (5th) 324 (C.A.C.-B.), à la p. 333, le juge Esson estime que, après avoir déterminé s’il y avait des motifs suffisants pour lesquels il aurait pu autoriser la perquisition, [TRADUCTION] «[l]e juge devait évaluer la preuve soumise au juge de paix à la lumière des éléments recueillis au procès afin de déterminer si, abstraction faite de tout renseignement trompeur ou inexact, des renseignements fiabes suffisants justifiaient toujours le mandat de perquisition» (je souligne).

La jurisprudence insiste sur l’importance de l’analyse contextuelle. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, en examinant les arrêts précités de notre Cour, l’explique dans un arrêt sur les problèmes découlant d’erreurs que la police commet de bonne foi en ce qui concerne les documents soumis au juge de paix saisi de la demande d’autorisation:

[TRADUCTION] Il ressort de ces arrêts que l’erreur, même frauduleuse, n’invalide pas automatiquement le mandat.

Il ne s’ensuit toutefois pas que l’erreur, en particulier celle qui est délibérée, ne doit pas être prise en considération par le juge siégeant en révision. Même s’il n’en résulte pas une invalidation automatique du mandat, il demeure que le processus d’autorisation préalable doit

reviewing judge, in appropriate circumstances, from concluding on the totality of the circumstances that the conduct of the police in seeking prior authorization was so subversive of that process that the resulting warrant must be set aside to protect the process and the preventive function it serves. [Emphasis added.]

(*R. v. Morris* (1998), 134 C.C.C. (3d) 539, at p. 553)

An approach based on looking for sufficient reliable information in the totality of the circumstances appropriately balances the need for judicial finality and the need to protect prior authorization systems. Again, the test is whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued, not whether in the opinion of the reviewing judge, the application should have been granted at all by the authorizing judge.

Of course, this statement of the test does not fully explain the matter of which evidence the reviewing judge should consider in a situation where some of the original information was erroneous and there is an attempt to amplify it on review, a possibility which Sopinka J. in *Garofoli*, *supra*, at p. 1452, but briefly mentioned. The Nova Scotia Court of Appeal in *Morris*, *supra*, at pp. 555-69, undertakes a careful examination of these questions based on our Court's analyses in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, and *Bisson*, *supra*.

In *Plant*, *supra*, our Court considered a situation where the information on a search warrant application compressed two parts of the police investigation by stating that an informant had supplied the police with a particular address when the informant actually supplied a precise description of the house that enabled the police to identify its address. The address itself would be excised from the information on review, but Sopinka J., at pp. 298-99, allowed for the amplification of the information obtained from the informant and concluded that, given that there was no deliberate

être protégé. Les arrêts tout juste précités n'empêchent pas le juge siégeant en révision, lorsque les circonstances s'y prêtent, de conclure, à partir de l'ensemble des faits, que les mesures prises par la police pour obtenir l'autorisation préalable ne respectent pas le processus de sorte qu'il faut annuler le mandat décerné pour protéger l'intégrité du processus et le rôle préventif qu'il joue. [Je souligne.]

(*R. c. Morris* (1998), 134 C.C.C. (3d) 539, à la p. 553)

La démarche fondée sur la recherche de renseignements fiables suffisants, compte tenu de toutes les circonstances, établit un juste équilibre entre le besoin de décision définitive et le besoin de protéger le mécanisme d'autorisation préalable. À nouveau, le critère consiste à déterminer s'il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l'autorisation, et non si, de l'avis du juge siégeant en révision, le juge saisi de la demande d'autorisation aurait dû y faire droit.

Évidemment, cette formulation du critère ne précise pas quels éléments de preuve le juge siégeant en révision devrait prendre en considération lorsque certains des renseignements communiqués initialement étaient inexacts et qu'on tente de les compléter lors de la révision, une possibilité dont le juge Sopinka fait mention dans *Garofoli*, précité, à la p. 1452, mais brièvement. Dans *Morris*, précité, aux pp. 555 à 569, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse analyse minutieusement ces questions en s'appuyant sur la démarche adoptée par notre Cour dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, et *Bisson*, précité.

Dans *Plant*, précité, notre Cour était saisie d'une affaire où la dénonciation déposée à l'appui d'une demande de mandat de perquisition condensait deux volets de l'enquête policière en précisant qu'un indicateur avait communiqué une adresse à la police, alors que dans les faits il avait donné une description détaillée de la maison en cause qui avait permis aux policiers de déterminer l'adresse exacte de l'endroit. Il avait été fait abstraction de l'adresse comme telle lors de la révision, mais le juge Sopinka a permis, aux pp. 298 et 299, d'étayer les renseignements obtenus de l'indicateur

55

56

attempt to mislead, the information concerning the description of the house and the fact that the police had found such a house at the address in question could still contribute to the existence of reasonable and probable grounds. As *Morris, supra*, at p. 556 notes, only erroneous information “needs to be excluded from consideration and that material, provided it is not part of a deliberate attempt to mislead the Justice of the Peace, may be amplified by evidence on review showing the true facts”.

57

In *Bisson, supra*, at p. 1098, our Court gave very short reasons but also affirmed the reasons of Proulx J.A. in the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440. In his judgment, Proulx J.A. was clear that a court must look at non-disclosure of any material fact [TRANSLATION] “with respect to the affidavit considered as a whole, or even with respect to the remaining parts of it” (p. 455 C.C.C.). He quoted at p. 457 C.C.C. from the Ontario Court of Appeal in *Church of Scientology, supra*, at pp. 528-29: “[T]he function of the reviewing judge is to determine whether there is any evidence remaining, after disregarding the allegations found to be false and taking into consideration the facts found to have been omitted by the informant, upon which the justice could be satisfied that a search warrant should issue” (emphasis added) also affirmed in *Morris, supra*, at p. 558. Again, erroneous information is properly excised. In *Bisson, supra*, of course, the recanted information obviously had to be excised entirely and the remaining information then assessed in the totality of the circumstances. Where the erroneous information results from a simple error and not from a deliberate attempt to mislead the authorizing judge, amplification may be in order. Nonetheless, there would be no need to seek to amplify the record if sufficient reliable material remains even after excising the erroneous material.

58

Thus, in looking for evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued, the reviewing court must

et il a conclu, vu l’absence de tentative délibérée de tromper le tribunal, que la description de la maison et le fait que la police ait trouvé une maison à l’adresse en question permettaient toujours de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables. Comme il est mentionné dans *Morris*, précité, à la p. 556, seuls les éléments inexacts [TRADUCTION] «doivent être écartés, et les renseignements, s’ils ne sont pas l’instrument d’une tentative délibérée de tromper le juge de paix, peuvent être étayés par des éléments de preuve lors de la révision pour rétablir la vérité».

Dans *Bisson*, précité, à la p. 1098, notre Cour rend de très brefs motifs, mais confirme par ailleurs les motifs du juge Proulx, de la Cour d’appel du Québec, [1994] R.J.Q. 308. Dans son jugement, le juge Proulx écrit clairement que le tribunal doit tenir compte de la non-communication d’un fait important «en rapport avec la déclaration assermentée prise dans son ensemble, ou encore avec le reliquat» (p. 318). À la p. 319, il cite la Cour d’appel de l’Ontario dans *Church of Scientology*, précité, aux pp. 528 et 529: [TRANSLATION] «[I] appartient au juge siégeant en révision de déterminer si, abstraction faite des allégations inexactes et compte tenu des faits qu’a omis le dénonciateur, des éléments de preuve permettraient toujours au juge de conclure qu’un mandat de perquisition devrait être décerné» (je souligne), également confirmé dans *Morris*, précité, à la p. 558. De nouveau, il est dûment fait abstraction des renseignements erronés. Évidemment, dans *Bisson*, précité, les renseignements rétractés devaient être écartés en entier, et les renseignements restants devaient ensuite être évalués compte tenu de toutes les circonstances. Lorsque les renseignements inexacts résultent d’une simple erreur et non d’une tentative délibérée de tromper le juge saisi de la demande d’autorisation, l’amplification peut être permise. Cependant, il n’est pas nécessaire de compléter le dossier si, même après la suppression des données inexactes, des renseignements fiables et suffisants demeurent.

Par conséquent, pour déterminer s’il existait des éléments de preuve auxquels le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisa-

exclude erroneous information. However, if it was erroneous despite good faith on the part of the police, then amplification may correct this information.

When using amplification, courts must strike a balance between two fundamental principles of search and seizure law that come into a rather unique tension in these kinds of situations: see *Morris, supra*, at pp. 567-68. As a result of this tension, the cases disclose divergent attitudes to incomplete or incorrect affidavits and amplification thereof: see *Morris*, at pp. 560-67; cf. *R. v. Madrid* (1994), 48 B.C.A.C. 271, at pp. 285-90, and *R. v. Harris* (1987), 35 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 23 and 27 (leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii). The danger inherent in amplification is that it might become a means of circumventing a prior authorization requirement. Since a prior authorization is fundamental to the protection of everyone's privacy interests (*Hunter v. Southam Inc., supra*, at p. 160), amplification cannot go so far as to remove the requirement that the police make their case to the issuing judge, thereby turning the authorizing procedure into a sham. On the other hand, to refuse amplification entirely would put form above substance in situations where the police had the requisite reasonable and probable grounds and had demonstrated investigative necessity but had, in good faith, made some minor, technical error in the drafting of their affidavit material. Courts must recognize (along with investigative necessity) the two principles of prior authorization and probable grounds, the verification of which may require a close examination of the information available to the police at the time of the application for a wiretap, in considering the jurisprudence on amplification. The approach set out earlier to erroneous information in an affidavit on a wiretap application attempts to reconcile these principles. Courts should take a similar approach to amplification.

tion, le tribunal qui siège en révision doit faire abstraction des renseignements inexacts. Cependant, lorsque la police a commis une erreur de bonne foi, on peut avoir recours à l'amplification pour rétablir les faits.

En ayant recours à l'amplification, le tribunal doit établir un équilibre entre deux principes fondamentaux du droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies qui s'opposent particulièrement dans ce genre de situation: voir *Morris*, précité, aux pp. 567 et 568. En raison de cette opposition, les tribunaux ont adopté des points de vue divergents quant aux affidavits incomplets ou inexacts et à leur amplification: voir *Morris*, aux pp. 560 à 567; cf. *R. c. Madrid* (1994), 48 B.C.A.C. 271, aux pp. 285 à 290, et *R. c. Harris* (1987), 35 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), aux pp. 23 et 27 (autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii). Le risque inhérent à l'amplification tient à ce qu'elle peut devenir un moyen de se soustraire aux conditions de l'autorisation préalable. L'obligation d'obtenir une autorisation préalable est fondamentale à la protection du droit de chacun à la vie privée (*Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 160), de sorte que l'amplification ne peut soustraire la police à son obligation d'établir la validité de sa thèse devant le juge saisi de la demande d'autorisation et faire ainsi un leurre de la procédure d'autorisation. Par contre, refuser toute amplification ferait passer la forme avant le fond, lorsque la police a des motifs raisonnables et probables suffisants et a démontré la nécessité pour l'enquête, mais qu'une erreur sans grande importance ou technique s'est glissée par inadvertance dans l'affidavit. Les tribunaux doivent, lorsqu'ils examinent la jurisprudence relative à l'amplification, reconnaître (de pair avec la nécessité pour l'enquête) les deux principes de l'autorisation préalable et des motifs probables, dont la vérification peut requérir un examen soigneux des renseignements dont dispose la police au moment de la demande d'écoute électronique. La démarche adoptée précédemment à l'égard des renseignements inexacts contenus dans l'affidavit présenté à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique tend à concilier ces deux principes. Les tribunaux devraient s'en inspirer en matière d'amplification.

60 In this case, any credibility issue related to the police officer was temporally and logically far removed from the affidavit itself. More than a year after the swearing of the affidavit, Constable Rosset was found to lack credibility on the issue of why he had not disclosed a drafting mistake, perhaps a very minor typographical error. There is no suggestion that there was ever any untruthfulness in the substance of the information in the affidavit itself: see the Court of Appeal judgment at para. 23. In these circumstances, a global finding against the entire affidavit was unreasonable. That there were some errors of a typographical nature in a 130-page affidavit is not even entirely surprising. The trial judge accepted that these errors were inadvertent. Although it is regrettable that the police did not adopt procedures as outlined above that might have lessened the possibility of these kinds of errors, that they did not do so does not provide grounds for jettisoning all the results of a careful and lengthy investigation.

61 Even without the information from sources “C” and “E”, the affidavit would have provided ample evidence to an issuing judge and evidenced the existence of probable grounds and investigative necessity. Moreover, amplification would allow for the reading of the information from the now correctly attributed sources “C” and “E” as well, which could make only slight differences on the weight given to small pieces of the evidence. There was still ample evidence in the rest of the affidavit to suggest that the appellants were trafficking substantial quantities of cocaine. Thus, given that the affidavit met the requisite investigative necessity requirement, as it was established above, there was no basis on which to overturn the authorization. The Court of Appeal was correct in upholding the issuing judge’s authorization.

VII. Conclusion

62 For these reasons, which differ in part from those of the British Columbia Court of Appeal, I would dismiss the appeal. In the result, the judgment of the Court of Appeal setting aside the acquittals and ordering a new trial would thus be upheld.

En l’espèce, toute remise en question de la crédibilité du témoignage de l’agent de police est très éloignée, sur le plan temporel et logique, de l’affidavit lui-même. Plus d’un an après la signature de celui-ci, l’agent Rosset a vu sa crédibilité remise en cause lorsqu’il a tenté d’expliquer pourquoi il avait omis de signaler une erreur de rédaction, peut-être même une simple coquille. Nul ne prétend que l’affidavit soit empreint de quelque malhonnêteté: voir jugement de la Cour d’appel, au par. 23. Vu les circonstances, il était déraisonnable de tirer une conclusion globale défavorable à l’affidavit en entier. On ne s’étonnera pas qu’un document de 130 pages renferme quelques coquilles. Le juge du procès a reconnu que ces erreurs avaient été commises par inadvertance. On peut déplorer que la police n’ait pas adopté la démarche dont j’ai parlé plus haut et qui aurait peut-être permis réduire le risque de telles erreurs, mais cette omission ne justifie pas le rejet de tous les résultats d’une enquête longue et minutieuse.

Même sans les renseignements provenant des sources C et E, l’affidavit aurait fourni au juge saisi de la demande d’autorisation suffisamment d’éléments de preuve et prouvé l’existence de motifs probables et la nécessité pour l’enquête. En outre, l’amplification permettait de considérer également les renseignements fournis par les sources C et E, désormais correctement désignées, ce qui ne modifiait que peu la valeur probante d’éléments infimes de la preuve. Le reste de l’affidavit établissait par ailleurs amplement que les appelants s’adonnaient au trafic de quantités substantielles de cocaïne. Par conséquent, comme l’affidavit satisfaisait à l’exigence de nécessité pour l’enquête, ainsi qu’il a été établi précédemment, rien ne justifiait l’annulation de son autorisation. La Cour d’appel a eu raison de confirmer l’autorisation accordée initialement.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, qui diffèrent en partie de ceux de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, je confirmerais le jugement de la Cour d’appel annulant les acquittements et ordonnant la tenue d’un nouveau procès.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant Araujo: Adrian F. Brooks, Victoria.

Solicitor for the appellant S. Leslie: David N. Lyon, Victoria.

Solicitors for the appellant Grandmaison: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the appellant Khoury: Green & Claus, Victoria.

Solicitor for the appellant Camara: Michael J. B. Munro, Victoria.

Solicitors for the appellants Jenkins, T. M. Leslie and Irons: Simons McKenzie Law Corp., Victoria.

Solicitors for the appellant Lathangue: Mayland McKimm & Associates, Victoria.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante Araujo: Adrian F. Brooks, Victoria.

Procureur de l'appelant S. Leslie: David N. Lyon, Victoria.

Procureurs de l'appelant Grandmaison: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'appelante Khoury: Green & Claus, Victoria.

Procureur de l'appelant Camara: Michael J. B. Munro, Victoria.

Procureurs des appelants Jenkins, T. M. Leslie et Irons: Simons McKenzie Law Corp., Victoria.

Procureurs de l'appelant Lathangue: Mayland McKimm & Associates, Victoria.

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

Free World Trust *Appellant*

v.

Électro Santé Inc., Paul Demers and Noël Desjardins *Respondents*

and

Promotion R.A.S. (1992) Inc. and Électronique SEM Inc. *Plaintiffs before the Superior Court*

and

Procter & Gamble Inc. *Intervener*

INDEXED AS: FREE WORLD TRUST v. ÉLECTRO SANTÉ INC.

Neutral citation: 2000 SCC 66.

File No.: 26406.

1999: December 14; 2000: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Patents — Infringement — Validity — Scope and ambit of patent owner's monopoly — Anticipation by publication — Extent to which patent monopoly protects "substance" of invention — Whether claims patented sufficiently elastic to catch competitor's machine.

The appellant is the owner of two patents of invention issued in 1981 and 1983 which relate to an apparatus that bombards different parts of the human body with low frequency electro-magnetic waves. The system discovered by the appellant was for a new method of controlling the amplitude and frequency of the electro-magnetic waves by "circuit means". The respondent company developed and marketed an apparatus which achieved similar therapeutic purposes, but employed somewhat different technology, using instead a "microcontroller". The appellant acknowledged the difference, but argued that the end result was the same and therefore its patent monopoly was infringed. The trial judge ruled the patents anticipated and thus invalid. The

Free World Trust *Appelante*

c.

Électro Santé Inc., Paul Demers et Noël Desjardins *Intimés*

et

Promotion R.A.S. (1992) Inc. et Électronique SEM Inc. *Demanderesses devant la Cour supérieure*

et

Procter & Gamble Inc. *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: FREE WORLD TRUST c. ÉLECTRO SANTÉ INC.

Référence neutre: 2000 CSC 66.

N° du greffe: 26406.

1999: 14 décembre; 2000: 15 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Brevets — Contrefaçon — Validité — Étendue et portée du monopole du titulaire d'un brevet — Antériorité par publication — Mesure dans laquelle le monopole d'un brevet protège l'«essentiel» de l'invention — Les revendications de brevets sont-elles suffisamment extensibles pour englober l'appareil d'un concurrent?

L'appelante est titulaire de deux brevets d'invention délivrés en 1981 et 1983, visant un appareil qui irradie différentes parties du corps humain d'ondes électromagnétiques de basse fréquence. L'appelante a découvert une nouvelle façon de régler, à l'aide de «circuits», l'amplitude et la fréquence des ondes électromagnétiques. La compagnie intimée a conçu et lancé sur le marché un appareil permettant d'obtenir des effets thérapeutiques semblables, mais à l'aide d'une technique quelque peu différente utilisant un «microcontrôleur». L'appelante a reconnu la différence, mais a fait valoir que, en fin de compte, le résultat est le même et que les intimés ont donc contrevenu au monopole accordé par le brevet. Le juge de première instance a conclu que les

Court of Appeal reversed the finding of invalidity but found there was no infringement.

Held: The appeal should be dismissed.

The interpretive task of the court in claims construction is to separate and distinguish the essential from the inessential and to give to the “field” of the monopoly framed by the essential elements of the claims the legal protection to which the holder of a valid patent is entitled. The essential elements common to the claims of both patents in suit include a control to regulate the peak amplitude and frequency of electro-magnetic waves by “circuit means”. The claimed invention effected an ingenious combination rather than a mere aggregation of previously known components. The invention was not anticipated by a prior publication that did not address the technical problems dealt with in these patents.

The more difficult issue is how best to resolve the tension between “literal infringement” and “substantive infringement”. The *Patent Act* seeks both fairness and predictability. Its objective of promoting research and development would be undermined if competitors fear to tread in the vicinity of the patent because its scope lacks a reasonable measure of precision and certainty. Predictability is achieved by tying the patentee to its claims and fairness is achieved by interpreting those claims in an informed and purposive way.

The greater the level of discretion left to courts to peer below the language of the claims in a search for the “spirit of the invention”, the less the claims can perform their public notice function, and the greater the resulting level of unwelcome uncertainty and unpredictability. “Purposive construction” does away with a purely literal interpretation but disciplines the scope of the “substantive” claims construction in the interest of fairness to both the patentee and the public. Some elements of a claimed invention are essential while others are non-essential. These are identified, on the basis of the common knowledge of the worker skilled in the art to which the patent relates as of the date the patent is published (under the current provisions of the *Patent Act* the date of publication is the “laid open” date). There is no infringement if an essential element is different or omitted in the allegedly infringing device, but there may still be infringement if non-essential elements are substituted or omitted. For an element to be considered non-essen-

brevets se heurtaient à une antériorité et étaient par conséquent invalides. La Cour d’appel a écarté la conclusion d’invalidité, mais a conclu qu’il n’y avait pas de contrefaçon.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il incombe au tribunal appelé à interpréter des revendications de distinguer et de départager l’essentiel et le non-essentiel et d’accorder au «champ» du monopole délimité par les éléments essentiels des revendications la protection juridique à laquelle a droit le titulaire d’un brevet valide. Les éléments essentiels communs aux revendications des deux brevets comprennent un contrôle réglant à l’aide de «circuits» l’amplitude de crête et la fréquence des ondes électromagnétiques. L’invention revendiquée correspondait à une combinaison ingénieuse de composants déjà connus, et non à leur simple juxtaposition. L’invention ne se heurte pas à l’antériorité d’une publication qui n’abordait pas les difficultés techniques sur lesquelles portent les brevets en cause.

La question la plus difficile consiste à déterminer quelle est la démarche qui s’impose pour arbitrer «contrefaçon textuelle» et «contrefaçon de l’essentiel du brevet». La *Loi sur les brevets* vise tant l’équité que la prévisibilité. L’objectif visant à favoriser la recherche et le développement est compromis lorsqu’un concurrent craint de marcher dans les plates-bandes du titulaire d’un brevet dont la portée n’est pas raisonnablement précise et certaine. La prévisibilité est assurée du fait que les revendications lient le breveté et l’équité résulte de l’interprétation des revendications de façon éclairée et en fonction de l’objet.

Plus grand est le pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal de rechercher «l’esprit de l’invention» au-delà du libellé des revendications, moins les revendications peuvent jouer leur rôle d’information du public et plus l’incertitude et l’imprévisibilité qui en résultent malheureusement sont grandes. L’«interprétation téléologique» supprime l’interprétation purement textuelle, mais elle resserre l’interprétation de ce qui constitue l’«essentiel» des revendications et ce, afin qu’un traitement équitable soit accordé à la fois au breveté et au public. Certains éléments de l’invention sont essentiels, alors que d’autres ne le sont pas. Ces éléments sont déterminés en fonction des connaissances usuelles d’un travailleur versé dans l’art dont relève l’invention, à la date à laquelle le brevet est publié (soit, selon les dispositions actuelles de la *Loi sur les brevets*, la date d’«accessibilité»). Il n’y a pas de contrefaçon lorsqu’un élément essentiel de l’appareil en cause est différent ou omis, mais il peut toutefois y avoir contrefaçon lorsque des

tial and thus substitutable, it must be shown either that on a purposive construction of the words of the claim it was clearly not intended to be essential, or that at the date of publication of the patent, the skilled addressee would have appreciated that a particular element could be substituted or omitted without affecting the working of the invention.

Based on the foregoing principles, the respondents' device does not infringe. The ingenuity of these patents lay not in their identification of a desirable result but in teaching particular means to achieve it. The claims cannot be stretched to allow the patentee to monopolize anything that achieves the desirable result. The respondents' device differs both structurally and operationally from the device contemplated in the claims. The use of a "microcontroller" substituted a totally different technology and was fatal to the appellant's allegation of infringement.

Cases Cited

Referred to: *Clothworkers of Ipswich Case* (1653), Godb. 252, 78 E.R. 147; *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; *The King v. Uhlemann Optical Co.*, [1952] 1 S.C.R. 143; *Domtar Ltd. v. MacMillan Bloedel Packaging Ltd.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 182; *Grip Printing and Publishing Co. of Toronto v. Butterfield* (1885), 11 S.C.R. 291; *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950); *Electrolier Manufacturing Co. v. Dominion Manufacturers Ltd.*, [1934] S.C.R. 436; *Smith Incubator Co. v. Seiling*, [1936] S.C.R. 251; *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279; *Gillette Safety Razor Co. of Canada v. Pal Blade Corp.*, [1933] S.C.R. 142; *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17 (1997); *Clark v. Adie* (1873), L.R. 10 Ch. 667; *Electric & Musical Industries Ltd. v. Lissen Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183; *Interpress Associates Ltd. v. Pacific Coilcoaters Ltd.* (1994), 29 I.P.R. 635; *Smale v. North Sails Ltd.*, [1991] 3 N.Z.L.R. 19; *Populin v. H.B. Nominees Pty. Ltd.* (1982), 59 F.L.R. 37; *Rhone-Poulenc Agrochimie SA v. UIM Chemical Services Pty.*

éléments non essentiels sont substitués ou omis. Pour qu'un élément soit jugé non essentiel et, partant, remplaçable, il faut établir que, suivant une interprétation téléologique des termes employés dans la revendication, l'inventeur n'a manifestement pas voulu qu'il soit essentiel, ou que, à la date de la publication du brevet, le destinataire versé dans l'art aurait constaté qu'un élément donné pouvait être substitué ou omis sans que cela ne modifie le fonctionnement de l'invention.

Vu ces principes, l'appareil des intimés ne constitue pas une contrefaçon. L'ingéniosité propre à ces brevets ne tient pas à la détermination d'un résultat souhaitable, mais bien à l'enseignement d'un moyen particulier d'y parvenir. La portée des revendications ne peut être extensible au point de permettre au breveté d'exercer un monopole sur tout moyen d'obtenir le résultat souhaité. L'appareil des intimés se distingue de celui envisagé dans les revendications tant par sa construction que par son fonctionnement. L'utilisation d'un «microcontrôleur» emporte la substitution d'une technologie totalement différente, ce qui en soi justifie le rejet de l'allégation de contrefaçon formulée par l'appelante.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Clothworkers of Ipswich Case* (1653), Godb. 252, 78 E.R. 147; *Minerals Separation North American Corp. c. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] R.C. de l'É. 306; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; *The King c. Uhlemann Optical Co.*, [1952] 1 R.C.S. 143; *Domtar Ltd. c. MacMillan Bloedel Packaging Ltd.*, [1977] A.C.F. n° 207 (QL); *Grip Printing and Publishing Co. of Toronto c. Butterfield* (1885), 11 R.C.S. 291; *Graver Tank & Mfg. Co. c. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950); *Electrolier Manufacturing Co. c. Dominion Manufacturers Ltd.*, [1934] R.C.S. 436; *Smith Incubator Co. c. Seiling*, [1936] R.C.S. 251; *J. K. Smit & Sons, Inc. c. McClintock*, [1940] R.C.S. 279; *Gillette Safety Razor Co. of Canada c. Pal Blade Corp.*, [1933] R.C.S. 142; *Warner-Jenkinson Co. c. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17 (1997); *Clark c. Adie* (1873), L.R. 10 Ch. 667; *Electric & Musical Industries Ltd. c. Lissen Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23; *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183; *Interpress Associates Ltd. c. Pacific Coilcoaters Ltd.* (1994), 29 I.P.R. 635; *Smale c. North Sails Ltd.*, [1991] 3 N.Z.L.R. 19; *Populin c. H.B. Nominees Pty. Ltd.* (1982), 59 F.L.R. 37; *Rhone-Poulenc Agrochimie SA c. UIM Chemical Services Pty.*

Ltd. (1986), 68 A.L.R. 77; *Multotec Manufacturing (Pty.) Ltd. v. Screenex Wire Weaving Manufacturers (Pty.) Ltd.*, 1983 (1) SA 709; *Sappi Fine Papers (Pty.) Ltd. v. ICI Canada Inc. (Formerly CIL Inc.)*, 1992 (3) SA 306; *Improver Corp. v. Raymond Industrial Ltd.*, [1991] F.S.R. 233; *Eli Lilly & Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R.C.A. Photophone, Ld. v. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167; *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570; *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 473; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; *Feherguard Products Ltd. v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 512; *Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.* (1983), 68 C.P.R. (2d) 179; *Johnson Controls, Inc. v. Varta Batteries Ltd.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 1; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Whirlpool Corp. v. Maytag Corp.*, [2000] 2 S.C.R. 1116, 2000 SCC 68; *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181; *Biogen Inc. v. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1; *Dyson Appliances Ltd. v. Hoover Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 4994 (QL); *AT & T Technologies, Inc. v. Mitel Corp.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 238; *Lovell Manufacturing Co. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 346; *Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35; *Incandescent Gas Light Co. v. De Mare Incandescent Gas Light System, Ld.* (1896), 13 R.P.C. 301.

Statutes and Regulations Cited

Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 10 [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 2; rep. & sub. 1993, c. 15, s. 28], 27(1), 28(2), 34, 44, 55(2) [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 21; rep. & sub. 1993, c. 15, s. 48].
Statute of Monopolies (1623).

Authors Cited

Annand, Ruth E. "Infringement of Patents — Is "Catnic" the Correct Approach for Determining the Scope of a Patent Monopoly Under the Patents Act 1977?" (1992), 21 *Anglo-Am. L. Rev.* 39.
 Boudreau, Jean-Claude. "AT&T Technologies: A Contribution to the Purposive Construction Approach

Ltd. (1986), 68 A.L.R. 77; *Multotec Manufacturing (Pty.) Ltd. c. Screenex Wire Weaving Manufacturers (Pty.) Ltd.*, 1983 (1) SA 709; *Sappi Fine Papers (Pty.) Ltd. c. ICI Canada Inc. (Formerly CIL Inc.)*, 1992 (3) SA 306; *Improver Corp. c. Raymond Industrial Ltd.*, [1991] F.S.R. 233; *Eli Lilly & Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R.C.A. Photophone, Ld. c. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167; *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570; *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1995] A.C.F. n° 1243 (QL); *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; *Feherguard Products Ltd. c. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 620 (QL); *Cutter (Canada) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.*, [1983] A.C.F. n° 6 (QL); *Johnson Controls, Inc. c. Varta Batteries Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 239 (QL); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Whirlpool Corp. c. Maytag Corp.*, [2000] 2 R.C.S. 1116, 2000 CSC 68; *Improver Corp. c. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181; *Biogen Inc. c. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1; *Dyson Appliances Ltd. c. Hoover Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 4994 (QL); *AT & T Technologies, Inc. c. Mitel Corp.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 238; *Lovell Manufacturing Co. c. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *P.L.G. Research Ltd. c. Jannock Steel Fabricating Co.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 346; *Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35; *Incandescent Gas Light Co. c. De Mare Incandescent Gas Light System, Ld.* (1896), 13 R.P.C. 301.

Lois et règlements cités

Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 10 [abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.), art. 2; abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 28], 27(1), 28(2), 34, 44, 55(2) [abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.), art. 21; abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 48].
Statute of Monopolies (1623).

Doctrine citée

Annand, Ruth E. «Infringement of Patents — Is "Catnic" the Correct Approach for Determining the Scope of a Patent Monopoly Under the Patents Act 1977?» (1992), 21 *Anglo-Am. L. Rev.* 39.
 Boudreau, Jean-Claude. «AT&T Technologies: A Contribution to the Purposive Construction Approach

- for Patent Infringement Analysis in Canada” (1998-99), 15 *C.I.P.R.* 323.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Goldsmith, Immanuel. *Patents of Invention*. Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.
- Hitchman, Carol V. E., and Donald H. MacOdrum. “Don’t Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions” (1990-91), 7 *C.I.P.R.* 167.
- Sajewycz, Mark. “Patent Claim Interpretation as It Should Be: Promoting the Objects of the Patent Act” (1996-97), 13 *C.I.P.R.* 173.
- Scott, David W. “The Record of Proceedings in the Patent Office in Canada & Foreign Countries as Evidence in Infringement & Validity Contests” (1985-86), 2 *C.I.P.R.* 160.
- Solov’eva, G. R. “Instrumentation and Applications of Low-Frequency Magnetotherapy” (1975), 8 *Biomedical Engineering* 166.
- Sotiriadis, Bob H. “Purposive Construction in Canadian Patent Infringement Cases Since *O’Hara*” (1996), 11 *I.P.J.* 111.
- Takenaka, Toshiko. “Doctrine of Equivalents after *Hilton Davis*: A Comparative Law Analysis” (1996), 22 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 479.
- Terrell on the Law of Patents*, 15th ed. By S. Thorley, R. Miller, G. Burkill and C. Birss. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Turner, Jonathan D. C. “Purposive Construction: Seven Reasons Why *Catnic* is Wrong” (1999), 21 *E.I.P.R.* 531.
- for Patent Infringement Analysis in Canada» (1998-99), 15 *R.C.P.I.* 323.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Goldsmith, Immanuel. *Patents of Invention*. Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.
- Hitchman, Carol V. E., and Donald H. MacOdrum. «Don’t Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions» (1990-91), 7 *R.C.P.I.* 167.
- Sajewycz, Mark. «Patent Claim Interpretation as It Should Be: Promoting the Objects of the Patent Act» (1996-97), 13 *R.C.P.I.* 173.
- Scott, David W. «The Record of Proceedings in the Patent Office in Canada & Foreign Countries as Evidence in Infringement & Validity Contests» (1985-86), 2 *R.C.P.I.* 160.
- Solov’eva, G. R. «Instrumentation and Applications of Low-Frequency Magnetotherapy» (1975), 8 *Biomedical Engineering* 166.
- Sotiriadis, Bob H. «Purposive Construction in Canadian Patent Infringement Cases Since *O’Hara*» (1996), 11 *I.P.J.* 111.
- Takenaka, Toshiko. «Doctrine of Equivalents after *Hilton Davis*: A Comparative Law Analysis» (1996), 22 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 479.
- Terrell on the Law of Patents*, 15th ed. By S. Thorley, R. Miller, G. Burkill and C. Birss. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Turner, Jonathan D. C. «Purposive Construction: Seven Reasons Why *Catnic* is Wrong» (1999), 21 *E.I.P.R.* 531.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 2907, 81 C.P.R. (3d) 456, [1997] Q.J. No. 3479 (QL), allowing in part the appellant’s appeal from a judgment of the Superior Court, holding that the appellant’s patents were invalid and that they had not been infringed by the respondents. Appeal dismissed.

Louis Masson and *Nathalie Vaillant*, for the appellant.

No one appeared for the respondents.

Bruce W. Stratton and *Dino P. Clarizio*, for the interveners.

POURVOI contre un jugement de la Cour d’appel du Québec, [1997] R.J.Q. 2907, 81 C.P.R. (3d) 456, [1997] A.Q. n° 3479 (QL), qui a accueilli en partie l’appel interjeté par l’appelante contre un jugement de la Cour supérieure, qui avait statué que les brevets de l’appelante étaient invalides et que les intimés ne les avaient pas contrefaits. Pourvoi rejeté.

Louis Masson et *Nathalie Vaillant*, pour l’appelante.

Personne n’a comparu pour les intimés.

Bruce W. Stratton et *Dino P. Clarizio*, pour l’intervenante.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The principal question that arises on this appeal is the extent to which a patent monopoly protects “the substance” or “the spirit” of an invention, as distinguished from what is literally described in the written claims, and whether on the facts of this case the claims patented by the appellant are sufficiently elastic to catch the electro-magnetotherapy machine of the respondent Électro Santé Inc.

More specifically, the appellant concedes that the respondents’ machine, which is used in the treatment of such bodily ills as rheumatism and arthritis, is not precisely as described in the written claims of its patents. It says, however, that the respondents have stolen the substance of its invention and claims an injunction plus compensatory and punitive damages.

The appeal thus raises important questions about the scope and ambit of a patent owner’s monopoly. Too much elasticity in the interpretation of the scope of the claims creates uncertainty and stifles competition. Too little protection robs inventors of the benefit they were promised in exchange for making a full and complete disclosure of the fruits of their ingenuity. The Quebec Court of Appeal held that the respondents’ machines took neither the letter nor the substance of the appellant’s patents. I think this conclusion was correct, although I get there by a somewhat different route. The appeal must therefore be dismissed.

I. Facts

The appellant, Free World Trust, is the owner of two patents of invention numbered 1,113,156 (the “156 patent”) and 1,150,361 (the “361 patent”) issued in 1981 and 1983 respectively. The patents relate to an apparatus that bombards different parts of the human body with low frequency electromagnetic waves. Electro-magnetotherapy is not new, but the appellant persuaded the Commis-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est principalement appelée à déterminer dans quelle mesure le monopole conféré par un brevet protège l’«essentiel» ou l’«esprit» de l’invention, par opposition à ce qui est expressément énoncé dans les revendications écrites, et si en l’espèce, les revendications des brevets de l’appelante sont suffisamment extensibles pour englober l’appareil d’électromagnétothérapie de l’intimée Électro Santé Inc.

Plus précisément, l’appelante reconnaît que l’appareil des intimés, qui est utilisé dans le traitement d’affections physiques comme le rhumatisme et l’arthrite, ne correspond pas exactement à la description qui figure dans les revendications écrites de ses brevets. Elle soutient cependant que les intimés se sont approprié l’essentiel de son invention et elle demande une injonction ainsi que des dommages-intérêts compensatoires et punitifs.

Le présent pourvoi soulève donc d’importantes questions concernant la portée du monopole que confère le brevet à son titulaire. Une interprétation trop extensible de la portée des revendications crée de l’incertitude et entrave la concurrence. Une protection trop restreinte prive l’inventeur de l’avantage qu’on lui a promis en échange de la divulgation complète du fruit de son ingéniosité. La Cour d’appel du Québec a statué que les appareils des intimés ne contrefaisaient ni la lettre ni l’essentiel des brevets de l’appelante. Je crois que cette conclusion est juste, bien que j’y arrive à l’issue d’une démarche quelque peu différente. Le pourvoi doit donc être rejeté.

I. Les faits

L’appelante, Free World Trust, est titulaire des brevets d’invention 1 113 156 (le «brevet 156») et 1 150 361 (le «brevet 361») délivrés respectivement en 1981 et en 1983. Les brevets visent un appareil qui irradie différentes parties du corps humain d’ondes électromagnétiques de basse fréquence. L’électromagnétothérapie n’est pas un traitement nouveau, mais l’appelante a convaincu

sioner of Patents that it had discovered a new method of controlling the amplitude and frequency of the electromagnetic waves by "circuit means" with desirable and beneficial effects. The appellants put the invention described in these patents on the market in the form of an apparatus called Rhumart, which was a commercial success. In 1991, the appellant sold 3,525 Rhumart systems for a total of \$13,683,240.

le commissaire aux brevets qu'elle avait découvert une nouvelle façon de régler, à l'aide de «circuits», l'amplitude et la fréquence des ondes électromagnétiques de façon à obtenir les effets bénéfiques voulus. L'appelante a exploité l'invention visée par ces brevets en commercialisant avec succès un appareil appelé Rhumart. En 1991, elle a vendu 3 525 systèmes Rhumart, son chiffre d'affaires à cet égard s'élevant alors à 13 683 240 \$.

5 On March 4, 1992, the respondent Paul Demers, one of the appellant's sales representatives, quit his employ with the appellant and started the respondent company for the purpose of developing and marketing electro-magnetotherapy machines in competition with his former firm. Within approximately six months of Demers' departure from the appellant company, the "new" product was on sale. The respondent Noël Desjardins, formerly an independent distributor for the Rhumart system, joined Demers to provide distribution and marketing expertise.

Le 4 mars 1992, l'intimé Paul Demers a résigné ses fonctions en tant que représentant des ventes de l'appelante et a mis sur pied la société intimée afin de concevoir et de lancer sur le marché des appareils d'électromagnétothérapie appelés à concurrencer ceux de son ancien employeur. Environ six mois après le départ de M. Demers de la société appelante, le «nouveau» produit était offert en vente. L'intimé Noël Desjardins, qui était auparavant un distributeur indépendant des systèmes Rhumart, s'est joint à M. Demers pour le faire bénéficier de son expérience en matière de distribution et de mise en marché.

6 The respondents' apparatus (which it called "Électro-Santé") achieved similar therapeutic purposes, but employed somewhat different technology. The present controversy revolves around these differences, and whether they are sufficiently substantial to put the respondents outside the appellant's monopoly. Of particular importance is the fact that the appellant's patents teach the use of "control circuits" to regulate the magnetic field of waves or pulses whose frequency, orientation and amplitude are critical to therapy. Its Rhumart apparatus employed such "control circuits". The respondents' Électro-Santé machines, on the other hand, used a "microcontroller" which, according to the appellant's own expert, is a [TRANSLATION] "highly versatile element, similar to an IBM PC computer or the like". He acknowledged that this method of regulating the magnetic field is different from what is contemplated in the claims of the patent. The appellant's position, however, is that the end result was the same and that its monopoly was thereby infringed.

L'appareil des intimés (appelé «Électro-Santé») permettait d'obtenir des effets thérapeutiques semblables, mais à l'aide d'une technique quelque peu différente. Le litige porte sur cette différence et sur la question de savoir si elle est suffisamment importante pour soustraire l'appareil des intimés au monopole de l'appelante. Est d'une importance particulière le fait que les brevets de l'appelante enseignent l'utilisation de «circuits de contrôle» pour réguler le champ magnétique des ondes ou des impulsions dont la fréquence, l'orientation et l'amplitude sont cruciales à la thérapie. Son appareil, le Rhumart, était doté de tels «circuits de contrôle». Les appareils Électro-Santé des intimés étaient par contre dotés d'un «microcontrôleur» qui, selon l'expert retenu par l'appelante, constitue un «élément très polyvalent, au même titre qu'un ordinateur IBM PC ou autre». L'expert a reconnu que ce mode de régulation du champ magnétique diffère de ce qui est envisagé dans les revendications du brevet. Cependant, l'appelante estime que, en fin de compte, le résultat est le même et qu'il y a donc contrefaçon.

II. Judgments

1. *Trial Judgment (Quebec Superior Court — Bergeron J.)*

The trial judge ruled against the validity of the patents obtained by the appellant. The *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, provides that a patent cannot be granted for an invention in a publication printed in Canada or in any other country more than two years prior to the patent application (ss. 27(1) and 28(2)). In Bergeron J.'s view, the invention described in the patent claims was anticipated by a 1975 article authored by G. R. Solov'eva, entitled "Instrumentation and Applications of Low-Frequency Magnetotherapy". The Solov'eva article, he concluded, conveys all of the fundamental elements needed to produce the claimed invention, thereby rendering the patents anticipated and thus invalid:

[TRANSLATION] In my view, the Solov'eva article discloses all of the fundamental elements necessary to allow a person skilled in the art or science of the relevant field to make or construct the invention. We find present in this article all the essential characteristics described in the patent claims. This is a publication that describes the invention that is the subject of patents 1,113,156 and 1,150,316.

In light of this conclusion, Bergeron J. dismissed the action without expressing an opinion on the issue of patent infringement. The allegation of unfair competition on the part of the respondents Demers and Desjardins was also rejected.

2. *Court of Appeal (Rousseau-Houle J.A. for the Court) (1997), 81 C.P.R. (3d) 456*

Rousseau-Houle J.A. cited the provision of the *Patent Act* which creates a presumption in favour of the validity of a patent. The burden of proving the invalidity of the appellant's patents on a balance of probabilities rested on the respondents. The respondents failed to discharge this onus. The Solov'eva article did not contain all of the essential elements of the patent claims and a reading of it

II. Les jugements des juridictions inférieures

1. *Première instance (Cour supérieure du Québec — Le juge Bergeron)*

Le juge de première instance a conclu à l'invalidité des brevets obtenus par l'appelante. La *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, prévoit qu'un brevet ne peut être accordé pour une invention qui a été décrite dans une publication imprimée au Canada ou dans un autre pays plus de deux ans avant la demande de brevet (par. 27(1) et 28(2)). De l'avis du juge Bergeron, l'invention décrite dans les revendications du brevet avait déjà fait l'objet, en 1975, d'un article de G. R. Solov'eva intitulé «Instrumentation and Applications of Low-Frequency Magnetotherapy». Il a conclu que l'article de Solov'eva renfermait tous les éléments fondamentaux nécessaires à la réalisation de l'invention revendiquée, de sorte que les brevets se heurtaient à une antériorité et étaient par conséquent invalides:

À notre avis, l'article de Solov'eva révèle tous les éléments fondamentaux pouvant permettre à une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention de confectionner ou construire l'objet de l'invention. Nous retrouvons dans cet article la présence de toutes les caractéristiques essentielles décrites dans les revendications des brevets. Il s'agit d'une publication qui décrit l'invention faisant l'objet des brevets 1,113,156 et 1,150,361.

Vu cette conclusion, le juge Bergeron a rejeté l'action sans se prononcer sur la question de la contrefaçon du brevet. L'allégation de concurrence déloyale visant les intimés Demers et Desjardins a elle aussi été rejetée.

2. *Cour d'appel (Le juge Rousseau-Houle, s'exprimant au nom de la Cour), [1997] R.J.Q. 2907*

Le juge Rousseau-Houle a cité la disposition de la *Loi sur les brevets* qui crée une présomption de validité du brevet. Il incombait donc aux intimés d'établir, selon la prépondérance des probabilités, la non-validité des brevets de l'appelante. Les intimés ne se sont pas acquittés de ce fardeau de preuve. L'article de Solov'eva ne renfermait pas tous les éléments essentiels des revendications du

would not provide a person skilled in the art the information necessary to build, without risk of error, the patented device. Rousseau-Houle J.A. also rejected the arguments of lack of ingenuity and inventiveness. Accordingly, the trial finding of invalidity was reversed and patents '156 and '361 were declared valid.

brevet et ne fournissait pas à une personne versée dans l'art l'information nécessaire pour construire, sans risque d'erreur, l'appareil breveté. Le juge Rousseau-Houle a également rejeté les allégations d'absence d'ingéniosité et d'esprit inventif. En conséquence, elle a écarté la conclusion d'invalidité du brevet tirée en première instance et a déclaré valides les brevets 156 et 361.

9 On the issue of infringement, Rousseau-Houle J.A. considered the principles applicable to claims construction and noted that the appellant's case rested on an allegation of "substantive" infringement. Rousseau-Houle J.A. identified certain differences and similarities between the *Électro-Santé* and *Rhumart* systems and concluded that there were sufficient differences to distinguish the *Électro-Santé* device and therefore rejected the allegation of infringement. The appeal with respect to an injunction and damages was therefore dismissed.

En ce qui concerne la contrefaçon, le juge Rousseau-Houle a examiné les principes applicables à l'interprétation des revendications d'un brevet et a fait remarquer que la thèse de l'appelante s'appuyait sur une allégation de contrefaçon de l'«essentiel» du brevet. Elle a relevé certaines différences et similarités entre le système *Électro-Santé* et le système *Rhumart*, puis a conclu que le premier se distinguait suffisamment du second pour échapper à la portée des brevets. Elle a donc rejeté l'allégation de contrefaçon. L'appel concernant une injonction et des dommages-intérêts a donc été rejeté.

10 The respondents' trustee in bankruptcy elected not to participate in the appeal to this Court. However, Procter & Gamble Inc. successfully applied to intervene in support of the correctness of the outcome arrived at by the Quebec Court of Appeal.

Le syndic de faillite des intimés a choisi de ne pas participer au pourvoi dont notre Cour est saisie. Par contre, Procter & Gamble Inc. s'est vu reconnaître la qualité d'intervenante pour défendre le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel du Québec.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives pertinentes

11 As the patents in suit were issued prior to October 1, 1989, the provisions of the former *Patent Act* apply. The relevant sections of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, provide as follows:

Puisque les brevets en cause ont été délivrés avant le 1^{er} octobre 1989, les dispositions de l'ancienne *Loi sur les brevets* s'appliquent. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, disposent:

SECTION 27(1). [APPLICATION FOR PATENTS]

PARAGRAPHE 27(1). [DEMANDES DE BREVETS]

Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

Sous réserve des autres dispositions du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits, appelée dans la présente loi le «dépôt de la demande», et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention qui n'était pas:

(a) not known or used by any other person before he invented it,

a) connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite;

(b) not described in any patent or in any publication printed in Canada or in any other country more than two years before presentation of the petition hereunder mentioned, and

(c) not in public use or sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada,

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing of the application, and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

SECTION 28(2). [LIMITATION OF TWO YEARS]

No patent shall be granted on an application for a patent for an invention that had been patented or described in a patent or publication printed in Canada or any other country more than two years before the date of the actual filing of the application in Canada, or had been in public use or on sale in Canada for more than two years prior to that filing.

SECTION 34. [SPECIFICATION]

(1) An applicant shall in the specification of his invention

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle thereof and the best mode in which he has contemplated the application of that principle;

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions; and

(e) particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination that he claims as his invention.

(2) *Claims to be stated distinctly* — The specification referred to in subsection (1) shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things

b) décrite dans un brevet ou dans une publication imprimée au Canada ou dans tout autre pays plus de deux ans avant la présentation de la pétition ci-après mentionnée;

c) en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada.

PARAGRAPHE 28(2). [PRESCRIPTION]

Aucun brevet ne peut être accordé sur une demande de brevet pour une invention qui a été brevetée ou décrite dans un brevet ou dans une publication imprimée au Canada ou dans un autre pays, plus de deux ans avant la date du dépôt réel de la demande au Canada, ou qui a été d'un usage public ou en vente au Canada depuis plus de deux ans avant ce dépôt.

ARTICLE 34. [MÉMOIRE DESCRIPTIF]

(1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur:

a) décrit d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur;

b) expose clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en explique le principe et la meilleure manière dont il a conçu l'application de ce principe;

d) s'il s'agit d'un procédé, explique la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention d'autres inventions;

e) indique particulièrement et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

(2) *Revendications* — Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou

or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

SECTION 44. [WHAT PATENT SHALL CONTAIN AND CONFER]

Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to the conditions prescribed in this Act, grant to the patentee and his legal representatives for the term therein mentioned, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and vending to others to be used the invention, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

12

The relevant amended provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended by S.C. 1993, c. 15, provide as follows:

SECTION 10. [INSPECTION BY THE PUBLIC]

(1) Subject to subsections (2) to (6) and section 20, all patents, applications for patents and documents filed in connection with patents or applications for patents shall be open to public inspection at the Patent Office, under such conditions as may be prescribed.

(2) *Confidentiality period* — Except with the approval of the applicant, an application for a patent, or a document filed in connection with the application, shall not be open to public inspection before a confidentiality period of eighteen months has expired.

(3) *Beginning of confidentiality period* — The confidentiality period begins on the filing date of the application or, where a request for priority has been made in respect of the application, it begins on the earliest filing date of any previously regularly filed application on which the request is based.

SECTION 55. [LIABILITY FOR PATENT INFRINGEMENT]

(1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

(2) *Liability damage before patent is granted* — A person is liable to pay reasonable compensation to a patentee and to all persons claiming under the patentee for any damage sustained by the patentee or by any of those

combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

ARTICLE 44. [TENEUR ET EFFET DU BREVET]

Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou nom de l'invention, avec renvoi au mémoire descriptif, et accorde, sous réserve des conditions prescrites dans la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée y mentionnée, à partir de la date de la concession du brevet, le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiées par L.C. 1993, ch. 15, disposent:

ARTICLE 10. [CONSULTATION DES DOCUMENTS]

(1) Sous réserve des paragraphes (2) à (6) et de l'article 20, les brevets, demandes de brevet et documents relatifs à ceux-ci, déposés au Bureau des brevets, peuvent y être consultés aux conditions réglementaires.

(2) *Période de consultation* — Sauf sur autorisation du demandeur, une demande de brevet et les documents relatifs à celle-ci ne peuvent être consultés avant l'expiration d'une période de dix-huit mois.

(3) *Calcul de la période* — La période se calcule à compter de la date de dépôt de la demande de brevet ou, si une demande de priorité a été présentée à l'égard de celle-ci, de la date de dépôt de la première demande antérieurement déposée de façon régulière sur laquelle la demande de priorité est fondée.

ARTICLE 55 [CONTREFAÇON ET RECOURS]

(1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

(2) *Indemnité raisonnable* — Est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci, à concurrence d'une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte leur faisant subir un dommage entre la

persons by reason of any act on the part of that person, after the application for the patent became open to public inspection under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to public inspection under that section.

IV. Analysis

Patent protection rests on the concept of a bargain between the inventor and the public. In return for disclosure of the invention to the public, the inventor acquires for a limited time the exclusive right to exploit it. It was ever thus. Even before the *Statute of Monopolies* (1623), the Crown rewarded an inventor with a limited monopoly in exchange for public disclosure of “a new invention and a new trade within the kingdom . . . or if a man hath made a new discovery of any thing”: *Clothworkers of Ipswich Case* (1653), Godb. 252, 78 E.R. 147, at p. 148, where the court went on to say that the effect of an unjustified monopoly was “to take away free-trade, which is the birthright of every subject”. The argument for the respondents is that the appellant has failed to live up to its side of the bargain in two ways. In the first place, it did not make a new discovery of anything. The appellant’s patents teach nothing that was not well known beforehand. Its patents are therefore invalid. Secondly, even if the patents are valid, the appellant overreaches its bargain with the public by now asserting a monopoly over devices that are in no way disclosed, taught or claimed in its patents. The appellant is trying to get something for nothing. The appellant has given no consideration for the patent protection it now seeks. That is the argument.

1. *The Claims in Suit*

Patent claims are frequently analogized to “fences” and “boundaries”, giving the “fields” of the monopoly a comfortable pretence of bright line demarcation. Thus, in *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.*, [1947]

date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public sous le régime de l’article 10 et l’octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible.

IV. L’analyse

La protection assurée par un brevet se fonde sur la notion d’un marché conclu entre l’inventeur et le public. En contrepartie de la divulgation de l’invention, l’inventeur obtient, pour un certain laps de temps, le droit exclusif de l’exploiter. Il en a toujours été ainsi. Même avant la *Statute of Monopolies* (1623), l’État récompensait l’inventeur en lui accordant un monopole pour une période restreinte en échange de la divulgation [TRADUCTION] «d’une nouvelle invention et d’une nouvelle activité dans le royaume [. . .] ou lorsqu’un homme faisait la découverte de quelque chose de nouveau»: *Clothworkers of Ipswich Case* (1653), Godb. 252, 78 E.R. 147, à la p. 148, où la cour a ajouté qu’un monopole injustifié avait pour effet [TRADUCTION] «d’abolir le libre échange, qui est un droit que chaque sujet acquiert en naissant». Les intimés prétendent que l’appelante n’a pas respecté le marché et ce, sous deux rapports. Premièrement, elle n’a pas fait la découverte de quelque chose de nouveau. Ses brevets n’enseignent rien qui n’était pas déjà bien connu. Ils sont donc invalides. Deuxièmement, même si les brevets étaient valides, l’appelante exagère la portée du marché intervenu avec le public en alléguant maintenant que son monopole englobe des appareils qui ne font l’objet d’aucun enseignement, divulgation ou revendication dans ses brevets. L’appelante tente d’obtenir quelque chose sans rien fournir en retour. Elle n’a donné aucune contrepartie en échange de la protection par brevet qu’elle revendique maintenant. Telle est la prétention des intimés.

1. *Les revendications en cause*

Les revendications d’un brevet sont souvent comparées à des «clôtures» et à des «frontières» qui délimiteraient clairement les «champs» faisant l’objet du monopole. Ainsi, dans la décision *Minerals Separation North American Corp. c.*

Ex. C.R. 306, Thorson P. put the matter as follows, at p. 352:

By his claims the inventor puts fences around the fields of his monopoly and warns the public against trespassing on his property. His fences must be clearly placed in order to give the necessary warning and he must not fence in any property that is not his own. The terms of a claim must be free from avoidable ambiguity or obscurity and must not be flexible; they must be clear and precise so that the public will be able to know not only where it must not trespass but also where it may safely go.

Noranda Mines, Ltd., [1947] R.C. de l'É. 306, le président Thorson s'exprime dans les termes suivants, à la p. 352:

[TRADUCTION] En formulant ses revendications, l'inventeur érige une clôture autour des champs de son monopole et met le public en garde contre toute violation de sa propriété. La délimitation doit être claire afin de donner l'avertissement nécessaire, et seule la propriété de l'inventeur doit être clôturée. La teneur d'une revendication doit être exempte de toute ambiguïté ou obscurité pouvant être évitée, et sa portée ne doit pas être flexible; elle doit être claire et précise de façon que le public puisse savoir non seulement où il lui est interdit de passer, mais aussi où il peut passer sans risque.

15

In reality, the "fences" often consist of complex layers of definitions of different elements (or "components" or "features" or "integers") of differing complexity, substitutability and ingenuity. A matrix of descriptive words and phrases defines the monopoly, warns the public and ensnares the infringer. In some instances, the precise elements of the "fence" may be crucial or "essential" to the working of the invention as claimed; in others the inventor may contemplate, and the reader skilled in the art appreciate, that variants could easily be used or substituted without making any material difference to the working of the invention. The interpretative task of the court in claims construction is to separate the one from the other, to distinguish the essential from the inessential, and to give to the "field" framed by the former the legal protection to which the holder of a valid patent is entitled.

En réalité, les «clôtures» sont souvent constituées d'une superposition complexe de définitions de différents éléments (ou «composants» ou «caractéristiques» ou «parties intégrantes») dont la complexité, l'interchangeabilité et l'ingéniosité sont variables. Un ensemble de mots et d'expressions définit le monopole, met le public en garde et piège le contrefacteur. Dans certains cas, les éléments précis de la «clôture» peuvent être cruciaux ou «essentiels» au fonctionnement de l'invention revendiquée; dans d'autres, l'inventeur peut envisager que des variantes puissent aisément être employées ou substituées sans que cela ne modifie substantiellement le fonctionnement de l'invention, et la personne versée dans l'art qui prend connaissance de la teneur de la revendication peut le constater. Il incombe au tribunal appelé à interpréter des revendications de distinguer les cas les uns des autres, de départager l'essentiel et le non-essentiel et d'accorder au «champ» délimité dans un cas appartenant à la première catégorie la protection juridique à laquelle a droit le titulaire d'un brevet valide.

16

The issue in this case turns on the construction of claim 1 in each of the two patents (as the other claims incorporate and build on claim 1, they need not be considered at length).

L'issue du présent pourvoi dépend en somme de l'interprétation de la première revendication de chacun des deux brevets (comme les autres revendications incorporent la première revendication et s'appuient sur elle, il n'y a pas lieu de les examiner à fond).

(a) The '156 Patent

1. An electro-magnetic low frequency therapeutic system comprising a magnetization coil, said magnetization coil being stationary during a magnetic field treatment, for creating a preselected therapeutic magnetic field in response to preselected coil energizing-current waveforms whereby said magnetic field has desired treatment characteristics, said magnetic field having an adjustable intensity set by adjustable control means, said control means also having:

(i) circuit means for controlling the peak amplitude of the said magnetic field for achieving a specific modulation of said peak amplitude in a given time;

(ii) means to select the orientation and/or direction of the therapeutic magnetic field with respect to a tissue to be treated;

(iii) circuit means to select the frequency of interruption of the coil energizing-current to obtain a selected one of different therapeutic magnetic field time patterns;

(iv) means to select a desired treatment time; automatic demagnetizing means responsive to a preselected demagnetizing time and mode for attenuating said field in a desired manner to terminate a magnetic field treatment.

(b) The '361 Patent

Claim 1 of the '361 patent offers certain improvements to the '156 patent; the major innovations lie in a more detailed treatment of the control means. Though it does not refer to a "stationary" coil, it requires "means to secure said coil in a predetermined fixed position" and repeats the requirement of a "control circuit means" to control amplitude and frequency. The broad monopoly asserted in claim 1 reads:

1. An electro-magnetic low-frequency therapeutic system comprising a magnetization coil for creating an electro-magnetic field, means to secure said coil in a predetermined fixed position, generator means for feeding said coil with predetermined treatment signals to obtain a desired magnetic field characteristic, control circuit means for selecting desired characteristics of said

a) Le brevet 156

[TRADUCTION] 1. Système thérapeutique électromagnétique à basse fréquence comprenant une bobine de magnétisation, qui est immobilisée pendant un traitement par champ magnétique, pour créer un champ magnétique thérapeutique présélectionné en réponse à des formes d'ondes présélectionnées de courant d'excitation de la bobine, le champ magnétique ayant les caractéristiques de traitement voulues et son intensité étant réglée par des moyens de contrôle, qui comprennent également:

(i) des circuits permettant de régler l'amplitude de crête du champ magnétique pour obtenir une modulation particulière de l'amplitude de crête en un temps donné;

(ii) des moyens de sélection de l'orientation et (ou) de la direction du champ magnétique thérapeutique par rapport au tissu à traiter;

(iii) des circuits permettant de sélectionner la fréquence d'interruption du courant d'excitation de la bobine pour obtenir le profil sélectionné parmi divers profils de champ magnétique thérapeutique en fonction du temps;

(iv) des moyens de sélection de la durée de traitement voulue: des moyens de démagnétisation automatique selon un temps et un mode de démagnétisation présélectionnés en vue de réduire le champ de la façon voulue pour mettre fin au traitement par champ magnétique.

b) Le brevet 361

La première revendication du brevet 361 apporte certaines améliorations au brevet 156; les principales innovations résident dans le traitement plus précis que permettent les moyens de contrôle. Même si elle ne fait pas mention d'une bobine «immobilisée», elle prévoit des «moyens de fixation de la bobine dans une position prédéterminée» et reprend l'exigence d'un «circuit de contrôle» pour régler l'amplitude et la fréquence. Voici la teneur de la première revendication, qui définit le monopole étendu de l'appelante:

[TRADUCTION] 1. Système thérapeutique électromagnétique à basse fréquence comprenant une bobine de magnétisation pour créer un champ électromagnétique, des moyens de fixation de la bobine dans une position prédéterminée, un générateur permettant d'alimenter la bobine de signaux de traitement prédéterminés pour obtenir une caractéristique voulue du champ magnétique

17

18

treatment signals, said control circuit means having (i) circuit control means for controlling the peak intensity of said desired magnetic field, (ii) frequency control means to select the frequency of said treatment signals to obtain a selected type of a plurality of treatment signals, (iii) adjustment means to preset the duration time of said treatment signals and said electro-magnetic field, said desired magnetic field characteristics being predetermined from a magnetic field pattern chart representative of the parameters of the field of said magnetization coil in the surrounding environment of said coil whereby to obtain a desired range of intensity of said field and a desired orientation thereof relative to a position of said coil.

- 19 This appeal raises questions of both validity and infringement. The task of claims construction is antecedent to both inquiries.

2. *Claims Construction*

- 20 Based on the expert evidence given at trial as to the meaning of the terms used, and the understanding that these terms would convey at the date of the patent to an ordinary worker skilled in the art of electro-magnetotherapy devices and possessing the common knowledge of people engaged in that field, it appears that while some of the elements of the '156 and '361 patents are essential if the devices are to work as contemplated and claimed by the inventor, others are non-essential. The non-essential elements may be substituted or omitted without having a material effect on either the structure or the operation of the invention described in the claims.

(a) The Essential Elements

- 21 The essential elements common to the claims of both the '156 and '361 patents include at least the following:

1. a control to regulate the peak amplitude and frequency of interruption of the current which "energizes" the coil;

et des circuits de contrôle permettant de sélectionner les caractéristiques voulues des signaux de traitement, les circuits de contrôle comprenant (i) des moyens de contrôle de l'intensité de crête du champ magnétique voulu, (ii) des moyens de contrôle de fréquence pour sélectionner la fréquence des signaux de traitement afin d'obtenir un type sélectionné parmi plusieurs signaux de traitement, (iii) des moyens de réglage permettant de pré-régler la durée des signaux de traitement et du champ électromagnétique, les caractéristiques voulues du champ magnétique étant prédéterminées à partir d'un tableau de profils de champ magnétique représentatif des paramètres du champ de la bobine de magnétisation dans l'espace entourant la bobine afin d'obtenir une gamme voulue d'intensités du champ et une orientation voulue de ce champ par rapport à la position de la bobine.

Le présent pourvoi porte tant sur la validité des brevets que sur leur contrefaçon. Dans les deux cas, l'analyse doit débiter par l'interprétation des revendications.

2. *L'interprétation des revendications*

Compte tenu de la preuve d'expert entendue en première instance concernant le sens des termes utilisés et vu la compréhension que pouvait en avoir à la date du brevet un travailleur moyen versé dans l'art des appareils d'électromagnétothérapie et ayant les connaissances usuelles des personnes travaillant dans ce domaine, il appert que certains éléments des brevets 156 et 361 sont essentiels pour que l'appareil fonctionne comme l'a prévu l'inventeur et conformément aux revendications, et que d'autres ne le sont pas. Les éléments non essentiels peuvent être substitués ou omis sans que la construction ou le fonctionnement de l'invention décrite dans les revendications n'en soit substantiellement modifié.

a) Les éléments essentiels

Les éléments essentiels communs aux revendications des brevets 156 et 361 comprennent à tout le moins:

1. un contrôle réglant l'amplitude de crête et la fréquence d'interruption du courant qui «excite» la bobine;

2. such control to be provided by “circuit means”.

For purposes of this appeal, it is unnecessary to detail the other features of the invention. The argument is that a device which does not include these essential elements is clearly “outside the fence” of the claimed monopoly.

(b) The Non-essential Elements

The '156 patent includes a number of additional claims dependent on claim 1. Thus, for example, claims 4 and 5 claim a “repeatedly discharged capacitor” that fires an electric current through a damping resistor into a magnetization coil and can be wired to break the current up into pulses (“pulsatile” wave forms) to produce magnetic fields. The appellant argues that any such apparatus would infringe its patent. However, the evidence is that much of this equipment is commonly used in university science laboratories and in other settings involving the production of magnetic fields using electric currents through coiled wires. They are included in the patent only because of their use in conjunction with “essential” elements of the invention described in claim 1. In the case of some of these specific components, anyone skilled in the art reading the patent at the date of its publication would immediately have appreciated that there existed different commonly known substitutes or mechanical equivalents that would do the job just as well. The claims of the '361 patent also contemplate a number of interchangeable components that do not constitute part of the essential invention. Thus, claims 5, 14 and 20 of the '361 patent refer to the use of switches in conjunction with the device described in claim 1. These components themselves were not patented on their own — indeed, they could not be patented since they represent equipment commonly known and used by persons skilled in electrical engineering. They came to be included in the claim as an element of an ingenious combination. Substitution of one type

2. des «circuits» assurant ce réglage.

Il n'est pas nécessaire aux fins des présentes de donner le détail des autres caractéristiques de l'invention. La prétention est que l'appareil qui ne comprend pas ces éléments essentiels échappe clairement au monopole délimité par les revendications.

b) Les éléments non essentiels

Le brevet 156 comprend un certain nombre de revendications supplémentaires, qui découlent de la première revendication. Ainsi, par exemple, les revendications 4 et 5 décrivent un [TRADUCTION] «condensateur déchargé de façon répétée» qui injecte un courant électrique dans une bobine de magnétisation par voie d'une résistance d'amortissement et qui peut être câblé de façon à diviser le courant en impulsions (forme d'onde pulsée) pour produire des champs magnétiques. L'appelante fait valoir qu'un appareil de ce genre constituerait une contrefaçon de son brevet. Toutefois, la preuve révèle qu'une grande partie de ce matériel est couramment utilisé dans les laboratoires universitaires et en d'autres lieux où sont produits des champs magnétiques à l'aide de courants électriques transmis par des fils hélicoïdaux. Ces éléments sont visés par le brevet uniquement en raison de leur emploi de pair avec les éléments «essentiels» de l'invention décrite dans la première revendication. Dans le cas de certains de ces éléments spécifiques, n'importe quelle personne versée dans l'art qui aurait pris connaissance du brevet à la date de sa publication aurait immédiatement constaté l'existence de substituts ou d'équivalents mécaniques connus qui feraient tout aussi bien l'affaire. Les revendications du brevet 361 prévoient en outre un certain nombre de composants interchangeables qui ne font pas partie essentielle de l'invention. Ainsi, les revendications 5, 14 et 20 du brevet 361 mentionnent l'utilisation d'interrupteurs en liaison avec l'appareil décrit dans la première revendication. Ces composants ne sont pas eux-mêmes brevetés; en fait, ils ne pourraient l'être, car il s'agit de matériel que les personnes versées dans le génie électrique connaissent et utilisent habituellement. Ils figurent dans la revendication

22

23

of switch for another in this case would not strike at the essentials of the invention.

3. *Validity of the Patents in Issue*

24 The trial judge declared the patents to be invalid because he agreed with the respondents that the inventions described in the '156 and '361 patents were fully anticipated by the publication of the article in 1975 by Solov'eva. The "invention" was thus considered to have been described "in a . . . publication printed in Canada or any other country more than two years" before the filing of the patent application and thus unpatentable by virtue of s. 28(2) of the Act.

25 Anticipation by publication is a difficult defence to establish because courts recognize that it is all too easy after an invention has been disclosed to find its antecedents in bits and pieces of earlier learning. It takes little ingenuity to assemble a *dossier* of prior art with the benefit of 20-20 hindsight. In this case, the respondents contended that all of the essential elements of the appellant's alleged inventions were disclosed in a single publication, the Solov'eva article, which predated the patent application by almost 4 years. If this is correct, the patent would be invalid.

26 The Solov'eva article was drawn to the respondents' attention by the appellant who cited it as prior art in the specification of the '361 patent itself. The legal question is whether the Solov'eva article contains sufficient information to enable a person of ordinary skill and knowledge in the field to understand, without access to the two patents, "the nature of the invention and carry it into practical use without the aid of inventive genius but purely by mechanical skill" (H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at pp. 126-27). In other words, was the information given by Solov'eva "for [the] purpose of practical utility, equal to that given in the patents in suit"? (*Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*,

en tant qu'élément d'une combinaison ingénieuse. Dans la présente affaire, le remplacement d'un type d'interrupteur par un autre ne toucherait pas les éléments essentiels de l'invention.

3. *La validité des brevets en cause*

Le juge de première instance a déclaré les brevets invalides parce qu'il convenait avec les intimés que les inventions faisant l'objet des brevets 156 et 361 avaient été entièrement décrites dans l'article de 1975 de Solov'eva. Il a donc conclu que l'«invention» était considérée comme ayant été décrite «dans une publication imprimée au Canada ou dans un autre pays, plus de deux ans» avant le dépôt de la demande de brevet et, par conséquent, n'était pas brevetable suivant le par. 28(2) de la Loi.

La défense fondée sur l'antériorité découlant d'une publication est difficile à établir, car les tribunaux reconnaissent qu'il n'est que trop facile, après la divulgation d'une invention, de la reconnaître, par fragments, dans un enseignement antérieur. Il faut peu d'ingéniosité pour constituer un dossier d'antériorité lorsqu'on dispose du recul nécessaire. En l'occurrence, les intimés prétendent que tous les éléments essentiels des prétendues inventions de l'appelante avaient été divulgués dans une seule publication, savoir l'article de Solov'eva, environ quatre ans avant la demande de brevet. Si tel est le cas, le brevet est invalide.

Les intimés ont appris l'existence de l'article de Solov'eva en prenant connaissance du mémoire descriptif du brevet 361, l'appelante en faisant mention à titre d'antériorité. La question qui se pose sur le plan juridique est de savoir si cet article renferme suffisamment d'information pour permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre, sans avoir accès aux deux brevets, [TRADUCTION] «la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique» (H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), aux pp. 126 et 127). En d'autres mots, les renseignements donnés par

[1981] 1 S.C.R. 504, *per* Dickson J., at p. 534), or as was memorably put in *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.), at p. 486:

A signpost, however clear, upon the road to the patentee's invention will not suffice. The prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee.

The test for anticipation is difficult to meet:

One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention.

(*Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), *per* Hugessen J.A., at p. 297)

It is clear, with respect, that the Solov'eva article does not address, let alone solve, the technical problems dealt with in the patents in suit. It is nothing more than a four-page overview of the history of electro-magnetotherapy. It describes some of the various systems available in 1975 in Europe and Japan. The appellant, it must be appreciated, does not claim to have invented electro-magnetotherapy. It obtained a patent for a particular means. Although the various components were earlier known to persons skilled in the art, the inventor brought the elements together to achieve what the Commissioner of Patents considered a new, useful and ingenious result. The claimed invention effected an ingenious combination rather than a mere aggregation of previously known components (*The King v. Uhlemann Optical Co.*, [1952] 1 S.C.R. 143, *per* Rinfret C.J., at p. 150; *Domtar Ltd. v. MacMillan Bloedel Packaging Ltd.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 182 (F.C.T.D.), at pp. 189-91). The ingenious combination was neither taught

Solov'eva étaient-ils, «en termes d'utilité pratique, les mêmes que ceux que donnent les brevets contestés»? (*Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, le juge Dickson, à la p. 534), ou, pour reprendre l'exposé mémorable fait dans *General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.), à la p. 486:

[TRADUCTION] Aussi clair qu'il soit, un poteau indicateur placé sur la voie menant à l'invention du breveté ne suffit pas. Il faut prouver clairement que l'inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté.

Il est donc difficile de satisfaire au critère applicable en matière d'antériorité:

Il faut en effet pouvoir s'en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l'invention revendiquée sans l'exercice de quelque génie inventif. Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée.

(*Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), le juge Hugessen, à la p. 297)

En toute déférence, il est clair que l'article de Solov'eva n'aborde pas et résout encore moins les difficultés techniques sur lesquelles portent les brevets en cause. Il ne s'agit de rien de plus qu'un résumé de quatre pages de l'histoire de l'électromagnétothérapie. L'article fait état de certains des différents systèmes offerts en 1975 en Europe et au Japon. Il convient de signaler que l'appelante ne prétend pas avoir inventé l'électromagnétothérapie. Elle a obtenu un brevet pour un moyen en particulier. Même si les différents composants étaient déjà connus des personnes versées dans l'art, l'inventeur les a combinés pour obtenir ce que le commissaire aux brevets a qualifié de résultat nouveau, utile et ingénieux. L'invention revendiquée correspondait à une combinaison ingénieuse de composants déjà connus, et non à leur simple juxtaposition (*The King c. Uhlemann Optical Co.*, [1952] 1 R.C.S. 143, le juge en chef Rinfret, à la p. 150; *Domtar Ltée c. MacMillan Bloedel Packaging Ltée*, [1977] A.C.F. n° 207 (QL) (1^{re} inst.), aux

nor anticipated in the Solov'eva publication. None of the other arguments against validity are convincing. The patentee lived up to its side of the bargain by disclosing an invention. The patents are valid.

4. *Infringement Issues*

28

The appeal in this Court was essentially directed to the infringement issues. It has been established, at least since *Grip Printing and Publishing Co. of Toronto v. Butterfield* (1885), 11 S.C.R. 291, that a patent owner has a remedy against an alleged infringer who does not take the letter of the invention but nevertheless appropriates its substance (or "pith and marrow"). This extended protection of the patentee is recognized in Anglo-Canadian law, and also finds expression in modified form in the United States under the doctrine of equivalents, which is said to be available against the producer of a device that performs substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result: *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950), at p. 608.

29

It is obviously an important public policy to control the scope of "substantive infringement". A purely literal application of the text of the claims would allow a person skilled in the art to make minor and inconsequential variations in the device and thereby to appropriate the substance of the invention with a copycat device while staying just outside the monopoly. A broader interpretation, on the other hand, risks conferring on the patentee the benefit of inventions that he had not in fact made but which could be deemed with hindsight to be "equivalent" to what in fact was invented. This would be unfair to the public and unfair to competitors. It is important that the patent system be fair as well as predictable in its operation.

30

The argument for the respondents is that even if the patents are valid, the appellant is not sticking to the bargain it made. It is pushing the envelope

par. 28 à 33). La combinaison ingénieuse n'était ni enseignée ni envisagée dans l'article de Solov'eva. Aucun des autres arguments invoqués à l'encontre de la validité des brevets n'est convaincant. Le breveté a respecté les obligations contractées dans le cadre du marché en divulguant une invention. Les brevets sont valides.

4. *Les questions relatives à la contrefaçon*

Le présent pourvoi porte essentiellement sur la contrefaçon. Depuis au moins l'arrêt *Grip Printing and Publishing Co. of Toronto c. Butterfield* (1885), 11 R.C.S. 291, il est établi que le titulaire d'un brevet dispose d'un recours contre tout contrefacteur éventuel qui, sans s'approprier littéralement l'invention, s'approprie néanmoins l'essentiel de celle-ci (ou sa «substance»). Cette protection accrue du breveté est reconnue en droit anglo-canadien. Elle est également accordée dans une forme modifiée aux États-Unis suivant la théorie des équivalents, qui peut être invoquée à l'encontre du fabricant d'un appareil accomplissant essentiellement la même fonction, d'une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le même résultat: *Graver Tank & Mfg. Co. c. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950), à la p. 608.

Limiter la portée de la «contrefaçon de l'essentiel du brevet» est manifestement une importante question d'intérêt public. L'application purement textuelle des revendications permettrait à une personne versée dans l'art d'apporter à l'appareil des modifications légères et sans importance et de s'approprier ainsi l'essentiel de l'invention en copiant l'appareil tout en échappant au monopole. Une interprétation plus large risque par contre de conférer au breveté les avantages d'inventions qui ne lui sont pas attribuables dans les faits, mais qui pourraient être jugées, avec le recul, «équivalentes» à ce qui a été inventé. Un tel résultat serait injuste pour le public et pour les concurrents. Il importe que le système de concession de brevets soit juste et que son fonctionnement soit prévisible.

Les intimés soutiennent que, même si les brevets sont valides, l'appellante ne respecte pas le marché qu'elle a conclu. Elle repousse les frontières de la

of the doctrine of “substantive infringement” beyond anything disclosed or claimed in its patent specifications. The inventor brought together known components to achieve a useful and ingenious result, but now attacks the respondents’ device which brings together *different* components to achieve a comparable result.

The appeal thus raises the fundamental issue of how best to resolve the tension between “literal infringement” and “substantive infringement” to achieve a fair and predictable result. There has been considerable discussion of this issue in Canada and elsewhere, which I will discuss briefly in support of the following propositions:

(a) The *Patent Act* promotes adherence to the language of the claims.

(b) Adherence to the language of the claims in turn promotes both fairness and predictability.

(c) The claim language must, however, be read in an informed and purposive way.

(d) The language of the claims thus construed defines the monopoly. There is no recourse to such vague notions as the “spirit of the invention” to expand it further.

(e) The claims language will, on a purposive construction, show that some elements of the claimed invention are essential while others are non-essential. The identification of elements as essential or non-essential is made:

(i) on the basis of the common knowledge of the worker skilled in the art to which the patent relates;

(ii) as of the date the patent is published;

(iii) having regard to whether or not it was obvious to the skilled reader at the time the patent was published that a variant of a particular element would *not* make a difference to the way in which the invention works; or

(iv) according to the intent of the inventor, expressed or inferred from the claims, that a

théorie de la «contrefaçon de l’essentiel du brevet» au-delà de ce qui est divulgué ou revendiqué dans ses mémoires descriptifs. L’inventeur a combiné des composants connus pour obtenir un résultat utile et ingénieux et s’en prend maintenant à l’appareil des intimés qui réunit des composants *différents* pour obtenir un résultat comparable.

Le présent pourvoi soulève donc la question fondamentale de la démarche qui s’impose pour arbitrer «contrefaçon textuelle» et «contrefaçon de l’essentiel du brevet» de façon à obtenir un résultat juste et prévisible. D’innombrables débats ont eu lieu à ce sujet au Canada et ailleurs dans le monde; j’en ferai état brièvement à l’appui des propositions suivantes:

a) La *Loi sur les brevets* favorise le respect de la teneur des revendications.

b) Le respect de la teneur des revendications favorise à son tour tant l’équité que la prévisibilité.

c) La teneur d’une revendication doit toutefois être interprétée de façon éclairée et en fonction de l’objet.

d) Ainsi interprétée, la teneur des revendications définit le monopole. On ne peut s’en remettre à des notions imprécises comme «l’esprit de l’invention» pour en accroître l’étendue.

e) Suivant une interprétation téléologique, il ressort de la teneur des revendications que certains éléments de l’invention sont essentiels, alors que d’autres ne le sont pas. Les éléments essentiels et les éléments non essentiels sont déterminés:

(i) en fonction des connaissances usuelles d’un travailleur versé dans l’art dont relève l’invention;

(ii) à la date à laquelle le brevet est publié;

(iii) selon qu’il était ou non manifeste, pour un lecteur averti, au moment où le brevet a été publié, que l’emploi d’une variante d’un composant donné *ne* modifierait *pas* le fonctionnement de l’invention, ou

(iv) conformément à l’intention de l’inventeur, expresse ou inférée des revendications,

particular element is essential irrespective of its practical effect;

(v) without, however, resort to extrinsic evidence of the inventor's intention.

(f) There is no infringement if an essential element is different or omitted. There may still be infringement, however, if non-essential elements are substituted or omitted.

32

Based on the foregoing principles, I conclude that the appellant's arguments must be rejected. As stated, the ingenuity of the patent lies not in the identification of a desirable result but in teaching one particular means to achieve it. The claims cannot be stretched to allow the patentee to monopolize anything that achieves the desirable result. It is not legitimate, for example, to obtain a patent for a particular method that grows hair on bald men and thereafter claim that *anything* that grows hair on bald men infringes. I turn then to the first of the propositions listed above.

(a) The Patent Act Promotes Adherence to the Language of the Claims

33

The *Patent Act* requires the letters patent granting a patent monopoly to include a specification which sets out a correct and full "disclosure" of the invention, i.e., "correctly and fully describe[s] the invention and its operation or use as contemplated by the inventor" (s. 34(1)(a)). The disclosure is followed by "a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege" (s. 34(2)). It is the invention thus claimed to which the patentee receives the "exclusive right, privilege and liberty" of exploitation (s. 44). These provisions, and similar provisions in other jurisdictions, have given rise to two schools of thought. One school holds that the claim embodies a technical idea and claims construction ought to look to substance rather than form to protect the inventive idea underlying the claim language. This is sometimes called the "central claim drafting principle"

qu'un composant en particulier soit essentiel, peu importe son effet en pratique;

(v) mais indépendamment de toute preuve extrinsèque de l'intention de l'inventeur.

f) Il n'y a pas de contrefaçon lorsqu'un élément essentiel est différent ou omis. Il peut toutefois y avoir contrefaçon lorsque des éléments non essentiels sont substitués ou omis.

À partir de ces principes, je conclus que les arguments de l'appelante doivent être écartés. Je le répète, l'ingéniosité propre à un brevet ne tient pas à la détermination d'un résultat souhaitable, mais bien à l'enseignement d'un moyen particulier d'y parvenir. La portée des revendications ne peut être extensible au point de permettre au breveté d'exercer un monopole sur tout moyen d'obtenir le résultat souhaité. Il n'est pas légitime, par exemple, de faire breveter un procédé permettant de faire repousser les cheveux d'un homme atteint de calvitie et de prétendre ensuite que *n'importe quel moyen* d'obtenir ce résultat emporte la contrefaçon du brevet. J'examinerai maintenant la première des propositions énumérées.

a) La Loi sur les brevets favorise le respect de la teneur des revendications

La *Loi sur les brevets* exige que les lettres patentes accordant un monopole au titulaire du brevet renferment un mémoire descriptif qui «divulgue» avec exactitude et exhaustivité l'invention, c.-à-d. qui «décrit d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur» (al. 34(1)a)). La divulgation est suivie d'«une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif» (par. 34(2)). C'est donc pour l'invention ainsi revendiquée que le breveté obtient «le droit, la faculté et le privilège exclusifs» d'exploitation (art. 44). Ces dispositions, et les dispositions apparentées d'autres pays, ont donné naissance à deux écoles de pensée. Pour l'une d'elles, la revendication renferme une idée d'ordre technique et son interprétation doit se fonder sur le fond et non sur

and is associated with the German and Japanese patent systems: T. Takenaka, “Doctrine of Equivalents after *Hilton Davis: A Comparative Law Analysis*” (1996), 22 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 479, at pp. 491, 502 and 519. The other school of thought supporting what is sometimes called the “peripheral claiming principle” emphasizes the language of the claims as defining not the underlying technical idea but the legal boundary of the state-conferred monopoly. Traditionally, for reasons of fairness and predictability, Canadian courts have preferred the latter approach.

The “spirit of the invention” school in this country relies on *Electrolier Manufacturing Co. v. Dominion Manufacturers Ltd.*, [1934] S.C.R. 436. In that case, which involved a method to pivot handles for coffins, Rinfret J. spoke of “the spirit of the invention” but did so in a direct quote from the patent itself, at p. 443:

What the appellant did — and in that his infringement truly consists — was to take the idea which formed the real subject-matter of the invention. It does not matter whether he also adopted the substitution of the two holes for the bar in the pivoting means. The precise form of these means was immaterial. In the language of the patent, they could be changed “without departing from the spirit of the invention”. [Emphasis added.]

Rinfret J. went on at p. 444 to tie explicitly his finding of infringement to a “fair interpretation of the language of the specification”.

The debate between the advocates of the “central claiming principle” and advocates of the “peripheral claiming principle” can each find precedents to support them. As long ago as *Smith Incubator Co. v. Seiling*, [1936] S.C.R. 251, at p. 259, counsel pointed out that there appeared to be these two mutually inconsistent lines of authority:

la forme afin de protéger l’idée qui sous-tend la teneur des revendications. Il s’agit de ce qu’on appelle parfois le «principe de revendication centrale» et qui est associé aux systèmes allemand et japonais de protection par brevet: T. Takenaka, «Doctrine of Equivalents after *Hilton Davis: A Comparative Law Analysis*» (1996), 22 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 479, aux pp. 491, 502 et 519. L’autre école de pensée, qui appuie ce qu’on appelle parfois le «principe de revendication périphérique», met l’accent sur la teneur des revendications en tenant pour acquis qu’elle définit non pas l’idée technique sous-jacente, mais bien la portée juridique du monopole accordé par l’État. Pour des raisons d’équité et de prévisibilité, les tribunaux canadiens ont traditionnellement privilégié la seconde école de pensée.

Au pays, les tenants de l’«esprit de l’invention» s’appuient sur l’arrêt *Electrolier Manufacturing Co. c. Dominion Manufacturers Ltd.*, [1934] R.C.S. 436. Dans cette affaire, qui portait sur un appareil permettant de faire pivoter les poignées d’un cercueil, le juge Rinfret a fait mention de l’«esprit de l’invention», mais en citant textuellement le brevet (à la p. 443):

[TRADUCTION] Ce que l’appelante a fait — et ce en quoi consiste vraiment la contrefaçon — c’est s’approprier l’idée qui constituait le véritable objet de l’invention. Peu importe qu’elle ait aussi adopté la substitution des deux trous à la barre dans les dispositifs de pivotement. La forme exacte de ces dispositifs importait peu. Suivant la teneur du brevet, ils pouvaient faire l’objet d’une modification «tout en respectant l’esprit de l’invention». [Je souligne.]

À la p. 444, le juge Rinfret lie explicitement sa conclusion concernant la contrefaçon à une [TRADUCTION] «juste interprétation de la teneur du mémoire descriptif».

Tant les tenants du «principe de revendication centrale» que ceux du «principe de revendication périphérique» peuvent invoquer des arrêts à l’appui de leurs thèses respectives. Dans une affaire assez ancienne, *Smith Incubator Co. c. Seiling*, [1936] R.C.S. 251, à la p. 259, un avocat a signalé qu’il semblait y avoir deux courants opposés:

According to one of these it is proper to consider what is “the pith and substance” or the “spirit” of the invention and to give effect to the patent accordingly. The other is to regard the claims as definitely determining the scope of the monopoly which the patent purports to grant and to give or refuse them effect according to the expressions they contain when these expressions are properly construed and their meaning determined.

To which Rinfret J., for the Court, responded at pp. 259-60:

In our view, the rule is that the claims must be regarded as definitely determining the scope of the monopoly, having regard to the due and proper construction of the expressions they contain.

36

In *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279, Duff C.J., for the Court, reversed the Exchequer Court finding of infringement because he could not “find in these claims the description of a monopoly which clearly and plainly includes a prohibition” (p. 287) against the alleged infringement. *Gillette Safety Razor Co. of Canada v. Pal Blade Corp.*, [1933] S.C.R. 142, *per* Rinfret J. at p. 147, is to the same effect.

37

With respect to the United States, I mentioned earlier the seminal *Graver Tank* case in 1950. More recently, the United States Supreme Court revisited the doctrine of equivalents in *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17 (1997), and concluded, *per* Thomas J., at pp. 28-29:

We do, however, share the concern of the dissenters below that the doctrine of equivalents, as it has come to be applied since *Graver Tank*, has taken on a life of its own, unbounded by the patent claims. There can be no denying that the doctrine of equivalents, when applied broadly, conflicts with the definitional and public-notice functions of the statutory claiming requirement.

[TRADUCTION] Suivant l’un de ces courants, il convient d’examiner ce qui constitue l’«essentiel» ou l’«esprit» de l’invention et d’interpréter le brevet en conséquence. L’autre veut que l’on considère la teneur des revendications comme déterminant de manière définitive l’étendue du monopole accordé par l’État et qu’on y donne ou non effet en fonction des expressions qu’il renferme dans la mesure où ces expressions sont convenablement interprétées et où leur sens est déterminé.

Ce à quoi le juge Rinfret a répondu au nom de la Cour (aux pp. 259 et 260):

[TRADUCTION] À notre avis, la règle exige que les revendications soient considérées comme déterminant de manière définitive l’étendue du monopole, compte tenu d’une interprétation juste et appropriée des expressions qu’elles renferment.

Dans l’arrêt *J. K. Smit & Sons, Inc. c. McClintock*, [1940] R.C.S. 279, le juge en chef Duff, s’exprimant au nom de notre Cour, a infirmé la conclusion de la Cour de l’Échiquier qu’il y avait eu contrefaçon, parce que, selon lui, [TRADUCTION] «les revendications ne renfermaient pas la description d’un monopole interdisant clairement et nettement» (p. 287) la contrefaçon alléguée. L’arrêt *Gillette Safety Razor Co. of Canada c. Pal Blade Corp.*, [1933] R.C.S. 142, le juge Rinfret, à la p. 147, va dans le même sens.

En ce qui a trait aux États-Unis, j’ai fait mention précédemment de l’arrêt charnière *Graver Tank* datant de 1950. Plus récemment, la Cour suprême des États-Unis s’est à nouveau penchée sur la théorie des équivalents dans l’affaire *Warner-Jenkinson Co. c. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17 (1997), et a conclu par la voix du juge Thomas, aux pp. 28 et 29:

[TRADUCTION] Nous partageons toutefois l’inquiétude des juges dissidents des juridictions inférieures, savoir que la théorie des équivalents, telle qu’elle est appliquée depuis l’arrêt *Graver Tank*, a acquis une vie qui lui est propre, sans que les revendications du brevet n’en limitent l’application. On ne saurait nier que la théorie des équivalents, interprétée de manière extensive, est incompatible avec la raison d’être de l’exigence légale de la revendication qui est de définir l’invention et d’informer le public.

The U.S. approach is to disaggregate the invention as described in the patent claims into its constituent parts, as we do, but instead of characterizing an element as essential or non-essential, they treat all elements as “material”, *per* Thomas J., at p. 29:

Each element contained in a patent claim is deemed material to defining the scope of the patented invention, and thus the doctrine of equivalents must be applied to individual elements of the claim, not to the invention as a whole. It is important to ensure that the application of the doctrine, even as to an individual element, is not allowed such broad play as to effectively eliminate that element in its entirety.

Flexibility is thus achieved under the U.S. doctrine of equivalents by asking whether each of the component elements of the invention as claimed is present in the accused device either as literally described in the claim, or by its “equivalent”. Knowledge of interchangeability is evaluated as at the date of infringement, not the date of the patent (*ibid.*, at p. 37). The U.S. approach thus uses the patent claims as a springboard to other considerations (including prosecution history estoppel) some of which are extrinsic to the claims themselves.

The English courts have also engaged in a debate about the proper reach of a patent monopoly. In *Clark v. Adie* (1873), L.R. 10 Ch. 667, at p. 675, James L.J. spoke of “an essence or substance of the invention underlying the mere accident of form; and that invention, like every other invention, may be pirated by a theft in a disguised or mutilated form”. On the other hand, in *Electric & Musical Industries Ltd. v. Lissen Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23 (H.L.), Lord Russell stated at p. 39:

A patentee who describes an invention in the body of a specification obtains no monopoly unless it is claimed in the claims. . . . [T]here is no such thing as infringement of the equity of a patent. . . .

Tout comme nous, les tribunaux américains dissocient les éléments constitutifs de l’invention décrite dans les revendications du brevet, mais au lieu de qualifier un composant d’essentiel ou de non essentiel, ils considèrent tous les éléments comme «substantiels»; le juge Thomas, à la p. 29:

[TRADUCTION] Chacun des éléments de la revendication du brevet est réputé substantiel aux fins de circonscrire l’invention brevetée. Par conséquent, la théorie des équivalents doit être appliquée aux éléments individuels de la revendication, et non à l’invention dans son ensemble. Il importe de faire en sorte que l’application de la théorie, même à un élément individuel, ne joue pas un rôle si grand qu’elle supprime dans les faits cet élément dans sa totalité.

La théorie américaine des équivalents permet ainsi la souplesse en ce que le tribunal se demande si chacun des éléments constitutifs de l’invention revendiquée se retrouve dans l’appareil en cause, qu’il figure textuellement dans la revendication ou qu’il s’agisse d’un élément «équivalent». La connaissance de l’interchangeabilité est appréciée à la date de la contrefaçon et non à celle du brevet (*ibid.*, à la p. 37). La théorie américaine se sert donc des revendications du brevet comme d’un tremplin vers d’autres considérations (y compris la préclusion fondée sur l’examen de la demande de brevet) dont certaines sont extrinsèques par rapport aux revendications comme telles.

Les tribunaux anglais ont également débattu la question de l’étendue que doit avoir le monopole conféré par un brevet. Dans *Clark c. Adie* (1873), L.R. 10 Ch. 667, à la p. 675, le lord juge James a parlé de [TRADUCTION] «l’essence ou la substance de l’invention qui sous-tend la simple forme fortuitement revêtue; et cette invention, comme toute autre invention, peut être piratée par un vol sous une forme déguisée ou tronquée». Par ailleurs, dans l’arrêt *Electric & Musical Industries Ltd. c. Lissen Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23 (H.L.), lord Russell a dit à la p. 39:

[TRADUCTION] Le breveté qui écrit une invention dans le corps d’un mémoire descriptif ne se voit accorder aucun monopole autre que ce qui figure dans les revendications [. . .] [I]l ne saurait y avoir de contrefaçon de l’intérêt en *equity* du brevet. . . .

The primacy of the language of the claims was emphatically affirmed in the celebrated case of *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.). The *Catnic* approach has been accepted in New Zealand: *Interpress Associates Ltd. v. Pacific Coilcoaters Ltd.* (1994), 29 I.P.R. 635 (H.C.), and *Smale v. North Sails Ltd.*, [1991] 3 N.Z.L.R. 19 (H.C.); and in Australia in *Populin v. H.B. Nominees Pty. Ltd.* (1982), 59 F.L.R. 37 (Fed. Ct. (Gen. Div.)), at p. 43, and *Rhone-Poulenc Agrochimie SA v. UIM Chemical Services Pty. Ltd.* (1986), 68 A.L.R. 77 (Fed. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 92-93; in South Africa in *Multotec Manufacturing (Pty.) Ltd. v. Screenex Wire Weaving Manufacturers (Pty.) Ltd.*, 1983 (1) SA 709 (App. Div.), and *Sappi Fine Papers (Pty.) Ltd. v. ICI Canada Inc. (Formerly CIL Inc.)*, 1992 (3) SA 306 (App. Div.); and in Hong Kong in *Improver Corp. v. Raymond Industrial Ltd.*, [1991] F.S.R. 233 (C.A.). The *Catnic* decision has its critics, of course, particularly among those who feel its subsequent application under the *European Patent Convention* denies the patentee the higher level of protection for patentees afforded in continental Europe. For some critics, the claims should more properly be treated not as a “fence” but as a “guidepost”: J. D. C. Turner, “Purposive Construction: Seven Reasons Why *Catnic* is Wrong” (1999), 21 *E.I.P.R.* 531; M. Sajewycz, “Patent Claim Interpretation as It Should Be: Promoting the Objects of the Patent Act” (1996-97), 13 *C.I.P.R.* 173; R. E. Annand, “Infringement of Patents — Is “*Catnic*” the Correct Approach for Determining the Scope of a Patent Monopoly Under the Patents Act 1977?” (1992), 21 *Anglo-Am. L. Rev.* 39.

La primauté de la teneur des revendications a été catégoriquement confirmée dans la décision *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), qui a été fort bien accueillie. La démarche préconisée dans *Catnic* a été reprise en Nouvelle-Zélande dans *Interpress Associates Ltd. c. Pacific Coilcoaters Ltd.* (1994), 29 I.P.R. 635 (H.C.), et *Smale c. North Sails Ltd.*, [1991] 3 N.Z.L.R. 19 (H.C.); en Australie dans *Populin c. H.B. Nominees Pty. Ltd.* (1982), 59 F.L.R. 37 (Fed. Ct. (Gen. Div.)), à la p. 43, et *Rhone-Poulenc Agrochimie SA c. UIM Chemical Services Pty. Ltd.* (1986), 68 A.L.R. 77 (Fed. Ct. (Gen. Div.)), aux pp. 92 et 93; en Afrique du Sud dans *Multotec Manufacturing (Pty.) Ltd. c. Screenex Wire Weaving Manufacturers (Pty.) Ltd.*, 1983 (1) SA 709 (App. Div.), et *Sappi Fine Papers (Pty.) Ltd. c. ICI Canada Inc. (Formerly CIL Inc.)*, 1992 (3) SA 306 (App. Div.); de même qu’à Hong Kong dans *Improver Corp. c. Raymond Industrial Ltd.*, [1991] F.S.R. 233 (C.A.). La décision *Catnic* a évidemment ses détracteurs, spécialement parmi ceux qui estiment que son application ultérieure sous le régime de la *Convention sur le brevet européen* prive le breveté de la protection plus grande accordée aux brevetés dans les pays du continent européen. Pour certains détracteurs, il serait plus opportun d’assimiler les revendications non pas à une «clôture», mais à une «balise»: J. D. C. Turner, «Purposive Construction: Seven Reasons Why *Catnic* is Wrong» (1999), 21 *E.I.P.R.* 531; M. Sajewycz, «Patent Claim Interpretation as It Should Be: Promoting the Objects of the Patent Act» (1996-97), 13 *R.C.P.I.* 173; R. E. Annand, «Infringement of Patents — Is “*Catnic*” the Correct Approach for Determining the Scope of a Patent Monopoly Under the Patents Act 1977?» (1992), 21 *Anglo-Am. L. Rev.* 39.

40

The judgment of Lord Diplock was considered and applied by our Federal Court of Appeal in *Eli Lilly & Co. v. O’Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1, and its progeny. The primacy of the claims language was already rooted deeply in our jurisprudence and should, I think, be affirmed again on this appeal.

Le jugement de lord Diplock a été appliqué à l’issue d’un examen par la Cour d’appel fédérale dans *Eli Lilly & Co. c. O’Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1, et dans les décisions ultérieures inspirées de cet arrêt. La primauté de la teneur des revendications était déjà profondément enracinée dans notre jurisprudence et elle devrait, je crois, être confirmée de nouveau dans le cadre du présent pourvoi.

(b) Adherence to the Language of the Claims in Turn Promotes both Fairness and Predictability

The scope of patent protection must not only be fair, it must be reasonably predictable. A patent is, after all, a public instrument issued under statutory authority which may result in severe financial consequences for its infringement. The scope of its prohibition should be made clear so that members of the public may know where they can go with impunity. As was said in another public law connection by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 639, precision in public enactments is required to “sufficiently delineate an area of risk”.

The patent system is designed to advance research and development and to encourage broader economic activity. Achievement of these objectives is undermined however if competitors fear to tread in the vicinity of the patent because its scope lacks a reasonable measure of precision and certainty. A patent of uncertain scope becomes “a public nuisance” (*R.C.A. Photophone, Ld. v. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167 (Eng. C.A.), at p. 195). Potential competitors are deterred from working in areas that are not in fact covered by the patent even though costly and protracted litigation (which in the case of patent disputes can be very costly and protracted indeed) might confirm that what the competitors propose to do is entirely lawful. Potential investment is lost or otherwise directed. Competition is “chilled”. The patent owner is getting more of a monopoly than the public bargained for. There is a high economic cost attached to uncertainty and it is the proper policy of patent law to keep it to a minimum.

The patent owner, competitors, potential infringers and the public generally are thus entitled to clear and definite rules as to the extent of the

b) Le respect de la teneur des revendications favorise à son tour tant l'équité que la prévisibilité

L'étendue de la protection découlant du brevet doit être non seulement équitable, mais aussi raisonnablement prévisible. Après tout, un brevet est un document public établi en application d'un pouvoir légal, et sa contrefaçon peut avoir de graves répercussions financières. La portée de l'interdiction qui y est faite doit être claire, de façon que les citoyens sachent quelles avenues leur demeurent ouvertes. Comme l'a dit le juge Gonthier relativement à un autre aspect du droit public dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 639, dans un texte de loi, la précision s'impose afin de «délimit[er] suffisamment une sphère de risque».

Le régime de concession de brevets vise à favoriser la recherche et le développement et à encourager l'activité économique en général. La réalisation de ces objectifs est cependant compromise lorsqu'un concurrent craint de marcher dans les plates-bandes du titulaire d'un brevet dont la portée n'est pas raisonnablement précise et certaine. Le brevet dont la portée est incertaine devient [TRADUCTION] «une nuisance publique» (*R.C.A. Photophone, Ld. c. Gaumont-British Picture Corp.* (1936), 53 R.P.C. 167 (C.A. Angl.), à la p. 195). Les concurrents éventuels sont dissuadés d'œuvrer dans des domaines qui, en fait, échappent à la portée du brevet même lorsque, à l'issue d'une longue et coûteuse instance (les frais de justice en la matière pouvant effectivement être très élevés, et la procédure très longue), un tribunal pourrait confirmer que ce qu'un concurrent projette de faire est parfaitement licite. Les sommes qui auraient pu être investies sont perdues ou affectées à autre chose. La concurrence est «gelée». Le breveté jouit d'un monopole plus grand que celui que l'État a voulu lui accorder. L'incertitude se double d'un grave préjudice économique, et il convient que le droit des brevets s'efforce de réduire le plus possible ce préjudice.

Le breveté, les concurrents, les contrefacteurs éventuels et le public en général ont donc droit à des règles claires et précises définissant l'étendue

41

42

43

monopoly conferred. This in turn requires that the subjective or discretionary element of claims interpretation (e.g., the elusive quest for “the spirit of the invention”) be kept to the minimum, consistent with giving “the inventor protection for that which he has actually in good faith invented” (*Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at p. 574). Predictability is achieved by tying the patentee to its claims; fairness is achieved by interpreting those claims in an informed and purposive way.

(c) The Claims Must Be Construed in an Informed and Purposive Way

44

The courts have traditionally protected a patentee from the effects of excessive literalism. The patent is not addressed to an ordinary member of the public, but to a worker skilled in the art described by Dr. Fox as

a hypothetical person possessing the ordinary skill and knowledge of the particular art to which the invention relates, and a mind willing to understand a specification that is addressed to him. This hypothetical person has sometimes been equated with the “reasonable man” used as a standard in negligence cases. He is assumed to be a man who is going to try to achieve success and not one who is looking for difficulties or seeking failure.

(Fox, *supra*, at p. 184)

It is the “common knowledge” shared by competent “ordinary workers” that is brought to bear on the interpretation; Fox, *supra*, at p. 204; *Terrell on the Law of Patents* (15th ed. 2000), at p. 125; I. Goldsmith, *Patents of Invention* (1981), at p. 116. The present appeal does not raise great subtleties of interpretation. The experts called by the parties here more or less agreed on the significance of what is stated in the claims. The electro-magnetotherapy is to be controlled by “circuit means”. The present appeal turns on the scope of the legal protection that arises out of that fact.

du monopole accordé. Il s’ensuit que les éléments subjectifs ou discrétionnaires d’interprétation des revendications (p. ex. la recherche de l’insaisissable «esprit de l’invention») doivent être tenus au minimum compatible avec l’octroi à l’inventeur de [TRADUCTION] «l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi» (*Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la p. 574). La prévisibilité est assurée du fait que les revendications lient le breveté; l’équité résulte de l’interprétation des revendications de façon éclairée et en fonction de l’objet.

c) Les revendications doivent être interprétées de façon éclairée et en fonction de l’objet

Traditionnellement, les tribunaux ont protégé le breveté contre les effets d’une interprétation trop textuelle. Le brevet ne s’adresse pas au citoyen ordinaire, mais au travailleur versé dans l’art, que le Dr Fox a décrit comme

[TRADUCTION] un être fictif ayant des compétences et des connaissances usuelles dans l’art dont relève l’invention et un esprit désireux de comprendre la description qui lui est destinée. Cette notion de la personne fictive a parfois été assimilée à celle de l’«homme raisonnable» retenue en matière de négligence. On suppose que cette personne va tenter de réussir, et non rechercher les difficultés ou viser l’échec.

(Fox, *op. cit.*, à la p. 184)

Ce sont les «connaissances usuelles» que partagent les «travailleurs moyens» compétents qui sont déterminantes aux fins de l’interprétation: Fox, *op. cit.*, à la p. 204; *Terrell on the Law of Patents* (15^e éd. 2000), à la p. 125; I. Goldsmith, *Patents of Invention* (1981), à la p. 116. Le présent pourvoi ne soulève pas de grandes subtilités d’interprétation. Les experts dont les parties ont retenu les services s’entendent plus ou moins sur la signification de ce qui est énoncé dans les revendications. L’électromagnétothérapie doit être régulée par des «circuits». Le présent pourvoi porte sur l’étendue de la protection juridique qui découle de ce fait.

(d) The Language of the Claims Thus Construed Defines the Monopoly. There Is no Recourse to such Vague Notions as “Spirit of the Invention” to Expand it Further

There appears to be a continuing controversy in some quarters as to whether there are two approaches to infringement (literal and substantive) or only one approach, namely infringement of the claims as written but “purposively” construed.

In the two-step approach, the court construes the claims and determines whether the device accused of infringement has literally taken the invention. If not, the court proceeds to the second step of asking itself whether “in substance” the invention was wrongfully appropriated. On occasion, treatment of the second step in specific cases has attracted criticism as being subjective and unduly discretionary. Once the inquiry is no longer anchored in the language of the claims, the court may be heading into unknown waters without a chart. The one-step approach has to build flexibility and common sense into the initial claims construction because there is no second step.

The “single cause of action” approach was advocated by Lord Diplock in *Catnic, supra*, at p. 242:

My Lords, in their closely reasoned written cases in this House and in the oral argument, both parties to this appeal have tended to treat “textual infringement” and infringement of the “pith and marrow” of an invention as if they were separate causes of action, the existence of the former to be determined as a matter of construction only and of the latter upon some broader principle of colourable evasion. There is, in my view, no such dichotomy; there is but a single cause of action and to treat it otherwise, particularly in cases like that which is the subject of the instant appeal, is liable to lead to confusion.

d) Ainsi interprétée, la teneur des revendications définit le monopole. On ne peut s’en remettre à des notions imprécises comme «l’esprit de l’invention» pour en accroître l’étendue

La controverse paraît subsister dans certains milieux quant à savoir si une allégation de contrefaçon doit donner lieu à deux analyses (contrefaçon textuelle et contrefaçon de l’essentiel du brevet) ou à une seule, savoir la contrefaçon des revendications telles qu’elles sont rédigées, mais interprétées «en fonction de l’objet».

Dans le cadre de l’analyse à deux volets, le tribunal interprète les revendications et détermine si, en mettant au point son appareil, le prétendu contrefacteur s’est littéralement approprié l’invention. Lorsque tel n’est pas le cas, le tribunal passe à l’étape suivante qui consiste à déterminer s’il y a eu contrefaçon de l’«essentiel» de l’invention. Dans certains cas particuliers, la démarche correspondant à la seconde étape a parfois prêté le flanc aux critiques pour le motif qu’elle était subjective et indûment discrétionnaire. À partir du moment où l’analyse ne s’appuie plus sur la teneur des revendications, le tribunal peut se retrouver en territoire inconnu, sans aucun repère. L’analyse comportant un seul volet doit intégrer la souplesse et le bon sens à l’interprétation initiale des revendications, car il n’y a pas de second volet.

L’analyse «fondée sur la cause d’action unique» a été préconisée par lord Diplock dans *Catnic*, précité, à la p. 242:

[TRADUCTION] Dans leurs mémoires bien raisonnés présentés à cette Chambre, comme dans leurs plaidoiries, les deux parties ont eu tendance à traiter la «contrefaçon littérale» et la contrefaçon de la «substance» d’une invention comme s’il s’agissait de causes d’action distinctes, l’existence de la première étant une pure question d’interprétation, celle de la deuxième relevant d’une notion plus large d’apparence trompeuse. À mon sens, cette dichotomie n’existe pas; il n’y a qu’une cause d’action et l’on risque de semer la confusion si l’on adopte un autre point de vue, en particulier dans les affaires du type de celle qui fait l’objet du présent appel.

45

46

47

48

The *Catnic* approach was adopted in *O'Hara*, and has been carried forward by the Federal Court of Appeal in cases such as *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 473, *per* Marceau J.A., at p. 489:

It is my opinion that one should not endeavour to create a distinction between a substantial and a literal infringement in a case such as this; one should construe the claims so as to determine what exactly lies within the scope of the inventor's rights. Once this has been determined, then one can consider the defendant's product to decide if it falls within the scope of the claim.

However, other decisions of different panels of our Federal Court of Appeal have occasionally sought to breathe life into the earlier dichotomy: see *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77, at pp. 80-81, and *Feherguard Products Ltd. v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 512. B. H. Sotiriadis in "Purposive Construction in Canadian Patent Infringement Cases Since *O'Hara*" (1996), 11 *I.P.J.* 111, notes at p. 116:

In fact, notwithstanding *O'Hara*, the Court of Appeal [in *Imperial Oil v. Lubrizol* (1992), 45 C.P.R. (3d) 449] went so far as to state that the notion of the "pith and marrow" of an invention in patent cases was a principle that remains "alive and well and applicable in the case before the court."

49

Similarly, in *C. V. E. Hitchman and D. H. MacOdrum*, "Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions" (1990-91), 7 *C.I.P.R.* 167, the authors, at p. 201, cite *Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.* (1983), 68 C.P.R. (2d) 179 (F.C.A.), and *Johnson Controls, Inc. v. Varta Batteries Ltd.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 1 (F.C.A.), as evidence of continuing post-*Catnic* adherence to the two-step approach and conclude, "[i]t is too early to say whether that Court following *O'Hara* will focus solely on the *Catnic* test".

Les principes dégagés dans *Catnic* ont été suivis dans *O'Hara*, puis repris par la Cour d'appel fédérale, notamment dans *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1995] A.C.F. n° 1243 (QL), le juge Marceau, au par. 40:

J'estime qu'on ne devrait pas tenter de créer une distinction entre une contrefaçon de la substance d'une invention et une contrefaçon textuelle dans une affaire comme la présente espèce; il faut interpréter les revendications afin de déterminer ce qui est exactement couvert par la portée des droits de l'inventeur. Une fois cela déterminé, la Cour peut examiner le produit de la défendresse afin de décider s'il est embrassé par la portée de la revendication.

Toutefois, dans d'autres décisions rendues par des formations différentes, la Cour d'appel fédérale du Canada a tenté à l'occasion de raviver la dichotomie: voir *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77, aux pp. 80 et 81, et *Feherguard Products Ltd. c. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 620 (QL). Dans son ouvrage intitulé «Purposive Construction in Canadian Patent Infringement Cases Since *O'Hara*» (1996), 11 *I.P.J.* 111, B. H. Sotiriadis signale ce qui suit à la p. 116:

[TRADUCTION] En fait, malgré l'arrêt *O'Hara*, la Cour d'appel [dans *Imperial Oil c. Lubrizol* (1992), 45 C.P.R. (3d) 449] est allée même jusqu'à affirmer que la notion de la «substance» de l'invention en matière de brevets était un principe qui «existe toujours et est applicable dans les présentes circonstances.»

De même, dans l'ouvrage de *C. V. E. Hitchman* et *D. H. MacOdrum* intitulé «Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions» (1990-91), 7 *R.C.P.I.* 167, les auteurs citent, à la p. 201, *Cutter (Canada) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.*, [1983] A.C.F. n° 6 (QL) (C.A.), et *Johnson Controls Inc. c. Varta Batteries Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 239 (QL) (C.A.), pour établir que, après l'arrêt *Catnic*, la cour a continué de recourir à la démarche à deux volets, et ils concluent: [TRADUCTION] «Il est trop tôt pour déterminer si la Cour fédérale, après l'arrêt *O'Hara*, appliquera uniquement le critère dégagé dans *Catnic*.»

I do not suggest that the two-stage approach necessarily ends at a different destination than the one-stage approach, or that the two-stage approach has resulted in abuse. I think we should now recognize, however, that the greater the level of discretion left to courts to peer below the language of the claims in a search for “the spirit of the invention”, the less the claims can perform their public notice function, and the greater the resulting level of unwelcome uncertainty and unpredictability. “Purposive construction” does away with the first step of purely literal interpretation but disciplines the scope of “substantive” claims construction in the interest of fairness to both the patentee and the public. In my view its endorsement by the Federal Court of Appeal in *O’Hara* was correct.

(e) The Claims Language Will, on a Purposive Construction, Show that Some Elements of the Claimed Invention Are Essential While Others Are Non-essential. This Allocation Will Be Made in the Following Manner:

(i) *On the Basis of the Common Knowledge of the Worker Skilled in the Art to Which the Patent Relates*

This point is addressed more particularly in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, and *Whirlpool Corp. v. Maytag Corp.*, [2000] 2 S.C.R. 1116, 2000 SCC 68, released concurrently. The involvement in claims construction of the skilled addressee holds out to the patentee the comfort that the claims will be read in light of the knowledge provided to the court by expert evidence on the technical meaning of the terms and concepts used in the claims. The words chosen by the inventor will be read in the sense the inventor is presumed to have intended, and in a way that is sympathetic to accomplishment of the inventor’s purpose expressed or implicit in the text of the claims. However, if the inventor has misspoken or otherwise created an unnecessary or troublesome limitation in the claims, it is a self-inflicted wound. The public is

Je ne prétends pas que la démarche à deux volets mène nécessairement à un résultat différent par rapport à la démarche à un seul volet, ni qu’elle a donné lieu à des abus. Je crois cependant qu’il faut désormais reconnaître que plus grand est le pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal de rechercher «l’esprit de l’invention» au-delà du libellé des revendications, moins les revendications peuvent jouer leur rôle d’information du public et plus l’incertitude et l’imprévisibilité qui en résultent malheureusement sont grandes. L’«interprétation téléologique» supprime le premier volet correspondant à une interprétation purement textuelle, mais elle resserre l’interprétation de ce qui constitue l’«essentiel» ou la «substance» de l’invention et ce, afin qu’un traitement équitable soit accordé à la fois au breveté et au public. À mon sens, la Cour d’appel fédérale a eu raison de la privilégier dans l’arrêt *O’Hara*.

(e) Suivant une interprétation téléologique, il ressort de la teneur des revendications que certains éléments de l’invention sont essentiels, alors que d’autres ne le sont pas. Les éléments essentiels et les éléments non essentiels sont déterminés de la manière suivante:

(i) *En fonction des connaissances usuelles d’un travailleur versé dans l’art dont relève l’invention*

Cet aspect est plus particulièrement examiné dans les arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, et *Whirlpool Corp. c. Maytag Corp.*, [2000] 2 R.C.S. 1116, 2000 CSC 68, rendus concurremment. L’interprétation des revendications avec le concours d’un destinataire versé dans l’art donne au breveté l’assurance que certains termes et concepts seront considérés par le tribunal à la lumière du témoignage d’un expert concernant leur sens technique. Les mots choisis par l’inventeur seront interprétés selon le sens que l’inventeur est présumé avoir voulu leur donner et d’une manière qui est favorable à l’accomplissement de l’objet, exprès ou tacite, des revendications. Cependant, l’inventeur qui s’exprime mal ou qui crée par ailleurs une restriction inutile ou complexe ne peut s’en prendre qu’à lui-même. Le public doit pouvoir s’en remet-

entitled to rely on the words used *provided* the words used are interpreted fairly and knowledgeably.

- (ii) *What Constitutes an “Essential” Element Is to Be Interpreted in Light of the Knowledge of the Art at the Date of the Publication of the Patent Specification*

52

The substitutability of non-essential elements derives from an informed interpretation of the language of the claims at the time they are revealed to the target audience of persons skilled in the relevant art. Thus Dickson J., in *Consolboard*, *supra*, spoke at p. 523 of “what a competent workman reading the specification at its date would have understood it to have disclosed and claimed” (emphasis added). See also Fox, *supra*, at p. 204. The date of publication was identified by Lord Diplock in *Catnic*, *supra*, and picked up by Hoffmann J. (as he then was) in *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.), at p. 182:

Would this (i.e.: that the variant had no material effect) have been obvious at the date of publication of the patent to a reader skilled in the art? If no, the variant is outside the claim. [Emphasis added.]

53

The date of publication continues to be the critical date in England: Terrell, *supra*, at p. 106, although Lord Hoffmann (as he now is) has observed that “there is an important difference between the 1949 [*Patent Act*] and the 1977 [*Patent Act*]” which requires the date of application (or priority date) to become the critical date for certain purposes: *Biogen Inc. v. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1 (H.L.), at p. 54. In that case the court was dealing with the sufficiency of disclosure, but some English judges have taken the cue to construe claims as of the date of application as well, e.g., *Dyson Appliances Ltd. v. Hoover Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 4994 (QL) (Pat. Ct.), at para. 48(k). In Canada, Reed J. advocated a similar position in

tre aux termes employés à condition qu’ils soient interprétés de manière équitable et éclairée.

- (ii) *Ce qui constitue un élément «essentiel» doit être déterminé en fonction des connaissances acquises dans le domaine à la date de la publication du mémoire descriptif*

L’interchangeabilité d’éléments non essentiels est déterminée à l’issue d’une interprétation éclairée de la teneur des revendications au moment où elles sont communiquées aux personnes cibles versées dans l’art dont relève l’invention. Ainsi, dans *Consolboard*, précité, le juge Dickson a fait mention à la p. 523 de [TRADUCTION] «ce qu’un ouvrier habile qui aurait lu le mémoire descriptif à l’époque aurait jugé divulgué et revendiqué par le mémoire» (je souligne). Voir également Fox, *op. cit.*, à la p. 204. La date de la publication a été retenue par lord Diplock dans *Catnic*, précité, puis reprise par le juge Hoffmann (maintenant lord Hoffmann) dans *Improver Corp. c. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.), à la p. 182:

[TRADUCTION] Le fait que la variante n’influence pas de façon appréciable le fonctionnement de l’invention aurait-il été évident, à la date de la publication du brevet, pour un expert du domaine? Dans la négative, la variante ne tombe pas sous le coup de la revendication. [Je souligne.]

La date de publication est toujours la date déterminante en Angleterre: Terrell, *op. cit.*, à la p. 106, bien que lord Hoffmann ait fait remarquer [TRADUCTION] «[qu’]il existe une grande différence entre la [*Patent Act*] de 1949 et [celle] de 1977», qui prévoit que la date de la demande (ou date d’antériorité) devient la date déterminante à certaines fins: *Biogen Inc. c. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1 (H.L.), à la p. 54. Dans cette affaire, la cour devait examiner la question du caractère suffisant de la divulgation, mais certains juges anglais ont saisi l’occasion pour interpréter les revendications également à compter de la date de la demande, p. ex., *Dyson Appliances Ltd. c. Hoover Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 4994 (QL) (Pat. Ct.), au

AT & T Technologies, Inc. v. Mitel Corp. (1989), 26 C.P.R. (3d) 238 (F.C.T.D.), at p. 260, even in the absence of these statutory changes. While there may be some advantages to the establishment of a single critical date for multiple purposes including obviousness, sufficiency and claims construction, my view is that Canadian law does not support the date of application as the critical date for claims construction.

There remains, however, a choice between the date of issuance of the patent and the date of its publication because under the former Act the date of issue and the date of publication were the same. Now, as a result of the obligations assumed by Canada under the 1970 *Patent Cooperation Treaty* implemented by s. 10 of the new Act (S.C. 1993, c. 15, s. 28), the patent specification is “laid open” 18 months after the effective date of the Canadian patent application. In my view, the same logic that favoured the date of issuance/publication as the critical date for claims construction under the former Act, favours the choice of the “laid open” date under the new Act. On that date, the invention is disclosed to the public, those interested have some ability to oppose the grant of the patent applied for, and the applicant for the patent is eventually allowed to claim reasonable compensation (s. 55(2)), provided the patent is ultimately granted, from and after the “laid open” date. The public, the patentee, its competitors and potential infringers all have an interest and/or concern from that date forward. The notional skilled addressee has a text available for interpretation. In summary, public disclosure and the triggering of legal consequences on the “laid open” date, as well as the policy considerations that underpinned the earlier case law, favour that date over the other possibilities as the critical date for the purpose of claims construction.

par. 48k). Au Canada, le juge Reed a préconisé une démarche semblable dans *AT & T Technologies, Inc. c. Mitel Corp.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 260, même en l’absence de ces modifications législatives. Bien qu’il puisse y avoir des avantages à établir une seule date déterminante aux fins, notamment, des questions d’évidence, de caractère suffisant et d’interprétation des revendications, je suis d’avis que le droit canadien ne justifie pas le choix de la date de la demande comme date déterminante pour l’interprétation des revendications.

Un choix demeure toutefois entre la date de la délivrance du brevet et la date de sa publication car, en vertu de l’ancienne loi, la date de la délivrance et la date de publication étaient la même. De nos jours, par suite des obligations que le Canada a contractées dans le cadre du *Traité de coopération en matière de brevets* de 1970 mis en application par l’art. 10 de la nouvelle loi (L.C. 1993, ch. 15, art. 28), le mémoire descriptif des brevets devient «accessible au public» 18 mois après la date d’effet de la demande de brevet canadien. À mon avis, la logique qui préconisait la date de délivrance/publication comme date déterminante pour l’interprétation des revendications en vertu de l’ancienne loi, préconise également la date d’«accessibilité» en application de la nouvelle loi. À compter de cette date, l’invention est divulguée au public, les personnes intéressées ont la possibilité de s’opposer à l’octroi du brevet demandé et le demandeur du brevet peut réclamer une indemnité raisonnable (par. 55(2)), dans la mesure où le brevet est accordé. Le public, le breveté, ses concurrents et les contrefacteurs éventuels sont tous intéressés et (ou) concernés à compter de cette date. Le destinataire fictif versé dans l’art dispose d’un texte susceptible d’être interprété. Bref, la divulgation publique et les conséquences juridiques qu’elle entraîne à compter de la date d’«accessibilité», de même que les considérations de principe qui formaient le fondement de la jurisprudence plus ancienne, militent en faveur de cette date, plutôt que les autres possibilités offertes, comme date déterminante aux fins de l’interprétation des revendications.

(iii) *Regard Is to Be Had to Whether It Was Obvious at the Time the Patent Was Published that Substitution of a Different Variant Would Make a Difference to the Way in Which the Invention Works*

(iii) *Il faut se demander s'il était manifeste, au moment où le brevet a été publié, que la substitution d'une variante modifierait le fonctionnement de l'invention*

55

It would be unfair to allow a patent monopoly to be breached with impunity by a copycat device that simply switched bells and whistles, to escape the literal claims of the patent. Thus the elements of the invention are identified as either essential elements (where substitution of another element or omission takes the device outside the monopoly), or non-essential elements (where substitution or omission is not necessarily fatal to an allegation of infringement). For an element to be considered non-essential and thus substitutable, it must be shown either (i) that on a purposive construction of the words of the claim it was clearly *not* intended to be essential, or (ii) that at the date of publication of the patent, the skilled addressees would have appreciated that a particular element could be substituted without affecting the working of the invention, i.e., had the skilled worker at that time been told of both the element specified in the claim and the variant and “asked whether the variant would obviously work in the same way”, the answer would be yes: *Improver Corp. v. Remington, supra*, at p. 192. In this context, I think “work in the same way” should be taken for our purposes as meaning that the variant (or component) would perform substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result. In *Improver Corp. v. Remington*, Hoffmann J. attempted to reduce the essence of the *Catnic* analysis to a series of concise questions, at p. 182:

(i) Does the variant have a material effect upon the way the invention works? If yes, the variant is outside the claim. If no: —

Il serait injuste de permettre qu'un appareil qui ne se distingue de celui décrit dans les revendications du brevet que par la permutation de caractéristiques secondaires échappe impunément au monopole conféré par le brevet. En conséquence, les éléments de l'invention sont qualifiés soit d'essentiels (la substitution d'un autre élément ou une omission fait en sorte que l'appareil échappe au monopole), soit de non essentiels (la substitution ou l'omission n'entraîne pas nécessairement le rejet d'une allégation de contrefaçon). Pour qu'un élément soit jugé non essentiel et, partant, remplaçable, il faut établir que (i), suivant une interprétation téléologique des termes employés dans la revendication, l'inventeur *n'a* manifestement *pas* voulu qu'il soit essentiel, ou que (ii), à la date de la publication du brevet, le destinataire versé dans l'art aurait constaté qu'un élément donné pouvait être substitué sans que cela ne modifie le fonctionnement de l'invention, c.-à-d. que, si le travailleur versé dans l'art avait alors été informé de l'élément décrit dans la revendication et de la variante et [TRADUCTION] «qu'on lui avait demandé de déterminer si la variante pouvait manifestement fonctionner de la même manière», sa réponse aurait été affirmative: *Improver Corp. c. Remington*, précité, à la p. 192. Dans ce contexte, je crois qu'il faut entendre par «fonctionner de la même manière» que la variante (ou le composant) accomplirait essentiellement la même fonction, d'une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le même résultat. Dans *Improver Corp. c. Remington*, le juge Hoffmann a tenté de ramener l'essentiel de l'analyse proposée dans l'arrêt *Catnic* à une série de questions concises, à la p. 182:

[TRADUCTION]

(i) La variante influence-t-elle de façon appréciable le fonctionnement de l'invention? Dans l'affirmative, la variante ne tombe pas sous le coup de la revendication. Dans la négative:

(ii) Would this (i.e.: that the variant had no material effect) have been obvious at the date of publication of the patent to a reader skilled in the art? If no, the variant is outside the claim. If yes: —

(iii) Would the reader skilled in the art nevertheless have understood from the language of the claim that the patentee intended that strict compliance with the primary meaning was an essential requirement of the invention? If yes, the variant is outside the claim.

The three questions are not exhaustive but they encapsulate the heart of Lord Diplock's analysis, and have been endorsed in subsequent English cases.

In *AT & T Technologies, supra*, at p. 257, Reed J. derived a series of interpretive principles from *Catnic, supra*, *O'Hara, supra*, and other cases. Her third principle is as follows:

(3) if a variant of an aspect of a claim has no material effect on the way the invention works there is a presumption that the patent is infringed and that the patentee intended that that variant falls within the scope of the claim. . . . [Emphasis added.]

The desirability of such a presumption is supported by some commentators (see, e.g., J.-C. Boudreau, "AT&T Technologies: A Contribution to the Purposive Construction Approach for Patent Infringement Analysis in Canada" (1998-99), 15 *C.I.P.R.* 323). If this proposition is taken to mean that a presumption of non-essentiality will arise if it is established in light of the knowledge of substitutability existing *at the date of the infringement* (*AT & T Technologies, supra*, at p. 262) that a variant would have no material effect on the way the invention works then, with respect, I disagree with it. The effect would be that the ambit of the monopoly would grow over the life of the patent as new substitutes are developed and absorbed into the common knowledge of the skilled worker. The inventor cannot be thought to have the necessary "intent" in relation to after-created knowledge except in the irrelevant sense of intending to reap

(ii) Le fait que la variante n'influence pas de façon appréciable le fonctionnement de l'invention aurait-il été évident, à la date de la publication du brevet, pour un expert du domaine? Dans la négative, la variante ne tombe pas sous le coup de la revendication. Dans l'affirmative:

(iii) L'expert du domaine conclurait-il malgré tout, à la lecture de la teneur de la revendication, que le breveté considérerait qu'une stricte adhésion au sens premier constituait une condition essentielle de l'invention? Dans l'affirmative, la variante ne tombe pas sous le coup de la revendication.

Les trois questions ne sont pas exhaustives, mais elles englobent ce qui est au cœur de l'analyse de lord Diplock, et elles ont par la suite été approuvées par les tribunaux anglais.

Dans *AT & T Technologies*, précité, à la p. 257, le juge Reed dégage une série de principes d'interprétation à partir de différents arrêts, dont *Catnic* et *O'Hara*, précités. Le troisième principe qu'elle dégage est le suivant:

(3) Si une variante d'un aspect d'une revendication n'a aucune incidence importante sur le fonctionnement de l'invention, il existe une présomption portant que le brevet est contrefait et que le breveté voulait que cette variante entre dans la portée de la revendication . . . [Je souligne.]

Le caractère souhaitable d'une telle présomption est confirmé par quelques observateurs (voir p. ex. J.-C. Boudreau, «AT&T Technologies: A Contribution to the Purposive Construction Approach for Patent Infringement Analysis in Canada» (1998-99), 15 *R.C.P.I.* 323). S'il s'ensuit que le caractère non essentiel est présumé lorsqu'il est établi, compte tenu de la connaissance de l'interchangeabilité existant *à la date de la contrefaçon* (*AT & T Technologies*, précité, à la p. 262), qu'une variante n'aurait aucun effet important sur la manière dont fonctionne l'invention, je ne peux, en toute déférence, être d'accord avec ce point de vue. Si elle était appliquée, cette présomption aurait pour effet que l'étendue du monopole s'accroîtrait pendant la période de validité du brevet lorsque des substituts seraient mis au point et intégrés aux connaissances usuelles du travailleur versé dans l'art. On ne peut considérer que l'inven-

56

57

the benefit of the maximum coverage available. In my view, *Catnic, supra*, and *O'Hara, supra*, were correct to put the onus on the patentee to establish known and obvious substitutability at the date of publication of the patent. If the patentee fails to discharge that onus, the descriptive word or expression in the claim is to be considered essential unless the context of the claims language otherwise dictates.

(iv) *According to the Intent of the Inventor Expressed or Inferred from the Claims of the Patent*

58

The inventor is addressing others in the same line of work. Words have layers of significance and secondary meanings. A reference to “turf” means something different to racehorse owners than it does to warring business executives. The word “bench” means a physical object to weightlifters but has numerous secondary meanings for members of the legal profession. The courts recognize the pitfalls of language and will do what they can to give the inventor “protection for that which he has actually in good faith invented” (*Western Electric, supra*, at p. 574), but there are limits.

59

In *O'Hara, supra*, the Federal Court of Appeal held that a patent for a pill coating machine that specified a *flexible* exhaust could not be interpreted to cover a machine that fulfilled the same function and contained all of the other essential elements but which utilized a *fixed* exhaust. Pratte J.A., for the court, considered it important that the patentee had specified “exhaust inlet flexibly biased”, and must be taken to have attached significance to the words chosen (at p. 7):

teur a eu l'«intention» nécessaire à l'égard de connaissances dont l'acquisition est postérieure, sauf dans le sens non pertinent de vouloir tirer avantage de la plus grande portée possible de ses revendications. À mon avis, dans *Catnic* et *O'Hara*, précités, les tribunaux ont eu raison d'exiger du breveté qu'il établisse une interchangeabilité connue et manifeste à la date de la publication du brevet. Si le breveté ne se décharge pas de ce fardeau de preuve, l'expression ou le mot descriptifs figurant dans la revendication doivent être considérés comme essentiels, sauf lorsque la teneur des revendications indique le contraire.

(iv) *Conformément à l'intention de l'inventeur, expresse ou inférée des revendications du brevet*

L'inventeur s'adresse à d'autres personnes exerçant leurs activités dans le même domaine. Les mots ont plusieurs degrés de signification et des sens secondaires. En anglais, le mot «*turf*» signifie une piste de course pour un propriétaire de chevaux de course, tandis que, pour un dirigeant d'entreprise combatif, il a le sens de territoire à défendre. De même, le mot «*bench*» représente un objet matériel pour un haltérophile, mais il a de nombreux sens secondaires dans les milieux juridiques. Les tribunaux reconnaissent que la langue comporte des pièges et ils font ce qu'ils peuvent pour accorder à l'inventeur [TRADUCTION] «l'exclusivité de ce qu'il a inventé de bonne foi» (*Western Electric*, précité, à la p. 574), mais jusqu'à un certain point.

Dans *O'Hara*, précité, la Cour d'appel fédérale a statué que le brevet d'un appareil d'enrobage de comprimés précisant qu'un collecteur d'échappement était appliqué de manière *flexible* ne pouvait être considéré comme visant un appareil accomplissant la même fonction et réunissant tous les autres éléments essentiels, mais étant doté d'un collecteur d'échappement *en position fixe*. Selon le juge Pratte, s'exprimant au nom de la cour, le fait que le breveté avait employé l'expression «collecteur d'échappement appliqué obliquement et de manière non rigide» était important et il fallait supposer que l'inventeur attachait une importance particulière aux mots choisis (à la p. 7):

... unless it be obvious that the inventor knew that a failure to comply with that requirement would have no material effect upon the way the invention worked.

Pratte J.A. also stated:

A court must interpret the claims; it cannot redraft them. When an inventor has clearly stated in the claims that he considered a requirement as essential to his invention, a court cannot decide otherwise for the sole reason that he was mistaken.

To the same effect see *J. K. Smit & Sons, supra*, per Duff C.J., at p. 285.

The facts of *O'Hara* have an echo in the facts of this case. Claim 1 of the '156 patent stipulates the "said magnetization coil being stationary" during treatment. Whether the magnetization coil is stationary may or may not affect the way the device works, but the inventor has explicitly so stipulated.

(v) *Based on the Patent Specification Itself Without Resort to Extrinsic Evidence*

In *O'Hara, supra*, Pratte J.A. commented at p. 7 that in claims interpretation the Court "is merely trying to find out what was the intention of the inventor", and this comment has given rise to the contention that some forms of extrinsic evidence should be admissible in claims construction to establish the inventor's intention.

The intervener, Procter & Gamble Inc. urges the Court to allow proof of the intent through evidence of representations to the Patent Office in the course of patent prosecution, i.e., the negotiations over the wording of the claims leading up to issuance of the patent. In her reasons, Rousseau-Houle J.A. made limited reference to the prosecution history in the present case as follows (at pp. 461-62):

[TRANSLATION] During his study of the patent applications, the Commissioner analyzed various systems described in American and German patents which also were developed to treat the human body through the cre-

... sauf si de toute évidence, l'inventeur savait que le fait de ne pas s'y conformer n'aurait aucun effet sur le fonctionnement de [l'invention].

Le juge Pratte a également dit:

Le tribunal doit interpréter les revendications; il ne peut les récrire. Lorsqu'un inventeur a clairement déclaré dans les revendications qu'il tenait un élément pour essentiel à son invention, le tribunal ne saurait en décider autrement pour la seule raison qu'il se trompait.

Voir dans le même sens *J. K. Smit & Sons*, précité, le juge en chef Duff, à la p. 285.

Sur le plan des faits, l'affaire *O'Hara* s'apparente à la présente espèce. La première revendication du brevet 156 énonce que «[la bobine de démagnétisation] est immobilisée» pendant le traitement. Que la bobine de magnétisation soit immobilisée ou non peut avoir ou ne pas avoir un effet sur la manière dont l'appareil fonctionne, mais l'inventeur a stipulé que tel était le cas.

(v) *Interprétation fondée sur le mémoire descriptif lui-même, indépendamment de toute preuve extrinsèque*

Dans *O'Hara*, précité, le juge Pratte dit à la p. 7 que, pour interpréter une revendication, la cour «essaie simplement de dégager l'intention de l'inventeur». Cette observation a incité certains à prétendre que des éléments de preuve extrinsèque devraient parfois être recevables pour interpréter des revendications et établir l'intention de l'inventeur.

L'intervenante, Procter & Gamble Inc., exhorte notre Cour à autoriser la preuve de l'intention de l'inventeur au moyen des observations présentées au Bureau des brevets au cours de l'examen de la demande de brevet, c.-à-d. les négociations qui se sont déroulées au sujet du libellé des revendications et ont mené à la délivrance du brevet. Dans ses motifs, le juge Rousseau-Houle renvoie brièvement à l'examen de la demande de brevet à la p. 2911:

[Le commissaire], lors de son étude des demandes de brevets, a analysé différents appareils décrits dans des brevets américains et allemands et également conçus pour traiter le corps humain par la création de

60

61

62

ation of magnetic fields. He examined the article by Solov'eva which the appellant quoted and specifically commented in patent application 361. . . . He requested additional details with respect to certain of the claims described in the patents and ordered amendments to the descriptions of certain functions and the deletion of any reference to methods of treatment because methods are not patentable. [Emphasis added.]

63

In the United States, representations to the Patent Office were historically noted on the file cover or "wrapper", and the doctrine is thus known in that country as "file wrapper estoppel" or "prosecution history estoppel". In its recent decision in *Warner-Jenkinson Co.*, *supra*, the United States Supreme Court affirmed that a patent owner is precluded from claiming the benefit of the doctrine of equivalents to recapture ground conceded by limiting argument or amendment during negotiations with the Patent Office. The availability of file wrapper estoppel was affirmed, but it was narrowed in the interest of placing "reasonable limits on the doctrine of equivalents", *per* Thomas J., at p. 34. While prosecution history estoppel is still tied to amendments made to avoid the prior art, or otherwise to address a specific concern — such as obviousness — that arguably would have rendered the claimed subject matter unpatentable, the court placed the burden on the patentee to establish the reason for an amendment required during patent prosecution. Where no innocent explanation is established, the court will now presume that the Patent Office had a substantial reason related to patentability for including the limiting element added by amendment. In those circumstances, prosecution history estoppel bars the application of the doctrine of equivalents as to that element.

64

The use of file wrapper estoppel in Canada was emphatically rejected by Thorson P. in *Lovell Manufacturing Co. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C. 112 (Ex. Ct.), and our Federal Court

champs magnétiques. Il a pu prendre connaissance de l'article de Solov'eva que l'appelante avait cité et explicitement commenté dans la demande de brevet 361 [. . .] Il a demandé des précisions additionnelles sur quelques-unes des revendications décrites aux brevets et a exigé des amendements aux descriptions de certaines fonctions et la disparition de toute référence à des méthodes de traitement puisqu'une méthode n'est pas brevetable. [Je souligne.]

Aux États-Unis, les observations devant le Bureau des brevets ont historiquement été notées sur la couverture ou l'«enveloppe» du dossier, ce qui a donné naissance à la théorie de la «préclusion fondée sur les notes apposées au dossier» ou de la «préclusion fondée sur l'examen de la demande de brevet». Récemment, dans *Warner-Jenkinson Co.*, précité, la Cour suprême des États-Unis a statué que le titulaire d'un brevet ne pouvait se prévaloir de la théorie des équivalents pour reprendre le terrain cédé au moyen d'une argumentation ou d'une modification portant restriction lors des négociations avec le Bureau des brevets. Elle a confirmé que la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier pouvait être invoquée, mais elle l'a circonscrite afin que [TRADUCTION] «des limites raisonnables soient apportées à la théorie des équivalents», le juge Thomas, à la p. 34. Alors que la préclusion fondée sur l'examen de la demande de brevet demeure liée aux modifications apportées pour éviter que l'invention ne se heurte à une antériorité ou pour éviter un autre écueil — telle l'évidence — qui aurait pu rendre non brevetable l'objet revendiqué, le tribunal a exigé du breveté qu'il justifie la modification demandée pendant l'examen de la demande de brevet. Lorsque aucune explication innocente n'est avancée, le tribunal présumera désormais que le Bureau des brevets avait un motif valable lié à la brevetabilité d'intégrer l'élément restrictif ajouté par voie de modification. Dans ces circonstances, la préclusion fondée sur l'examen de la demande de brevet fait obstacle à l'application de la théorie des équivalents à l'égard de cet élément.

Au Canada, la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier a été énergiquement rejetée par le président Thorson dans *Lovell Manufacturing Co. c. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C.

has in general confirmed over the years the exclusion of file wrapper materials tendered for the purpose of construing the claims: see, e.g., *P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 346 (F.C.T.D.), at p. 349. No distinction is drawn in this regard between cases involving allegations of literal infringement and those involving substantive infringement.

Counsel for Procter & Gamble Inc. argues that prosecutions history ought to be admissible in some circumstances in the interest of obtaining consistent claims interpretation here and in the United States, where many Canadian patents have their origin. There is some nourishment for this proposition in commentary by other experienced practitioners (e.g., D. W. Scott, "The Record of Proceedings in the Patent Office in Canada & Foreign Countries as Evidence in Infringement & Validity Contests" (1985-86), 2 *C.I.P.R.* 160). References to the intention of the inventor in *Catnic*, *supra*, and *O'Hara*, *supra*, are said to leave the door ajar to the possibility of reconsideration.

In my view, those references to the inventor's intention refer to an objective manifestation of that intent in the patent claims, as interpreted by the person skilled in the art, and do not contemplate extrinsic evidence such as statements or admissions made in the course of patent prosecution. To allow such extrinsic evidence for the purpose of defining the monopoly would undermine the public notice function of the claims, and increase uncertainty as well as fuelling the already overheated engines of patent litigation. The current emphasis on purposive construction, which keeps the focus on the language of the claims, seems also to be inconsistent with opening the Pandora's box of file wrapper estoppel. If significant representations are made to the Patent Office touching the scope of the claims, the Patent Office should insist

112 (C. de l'É.), et la Cour fédérale du Canada a généralement confirmé au fil des ans l'irrecevabilité des notes apposées sur l'enveloppe du dossier aux fins de l'interprétation des revendications. Voir p. ex. *P.L.G. Research Ltd. c. Jannock Steel Fabricating Co.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 346 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 349. Aucune distinction n'est établie à cet égard entre une affaire portant sur une allégation de contrefaçon textuelle et une affaire relative à la contrefaçon de l'essentiel du brevet.

L'avocat de Procter & Gamble Inc. fait valoir que des éléments de preuve liés à l'examen de la demande de brevet devraient être recevables dans certaines circonstances pour que l'interprétation des revendications soient cohérente ici et aux États-Unis, d'où proviennent de nombreux brevets canadiens. Cette proposition jouit d'un certain appui de la part d'autres praticiens d'expérience (p. ex. D. W. Scott, «The Record of Proceedings in the Patent Office in Canada & Foreign Countries as Evidence in Infringement & Validity Contests» (1985-86), 2 *R.C.P.I.* 160). On avance que la mention de l'intention de l'inventeur dans *Catnic* et *O'Hara*, précités, entrouvrirait la porte à un éventuel réexamen de la question.

J'estime que, dans ces affaires, l'intention de l'inventeur renvoie à l'expression objective de cette intention dans les revendications du brevet, selon l'interprétation qui en est faite par une personne versée dans l'art, et non à des éléments de preuve extrinsèque comme des déclarations ou des aveux faits pendant l'examen de la demande de brevet. Autoriser la mise en preuve de tels éléments extrinsèques pour déterminer l'étendue d'un monopole compromettrait le rôle des revendications dans l'information du public et ajouterait à l'incertitude, tout en attisant le brasier déjà intense du contentieux en matière de brevets. La faveur dont jouit actuellement l'interprétation téléologique, qui assure la primauté de la teneur des revendications, paraît également incompatible avec l'ouverture de la boîte de Pandora que serait la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier. Lorsque des observations importantes lui sont présentées concernant la portée des revendications, le Bureau des brevets devrait exiger, si besoin est, qu'une

65

66

where necessary on an amendment to the claims to reflect the representation.

67

This is not to suggest that prosecution history can never be relevant for a purpose other than defining the scope of the grant of the monopoly: *Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35 (F.C.T.D.), at p. 47. That point does not arise in this case for decision and lies outside the scope of these reasons.

(f) Based on the Foregoing Principles, the Respondents' Device Is Outside the Claimed Monopoly and the Appeal Must Be Dismissed

68

While the foregoing principles will have to be adapted to the exigencies of different types of patents, it may be helpful to summarize how they apply in this case.

(1) At the claims construction stage, the wording of the claims was analysed to isolate the descriptive words and phrases which identify the elements of the invention. There is no need here to make heavy weather in the details. The claims specify the presence of "circuit means" to control the electro-magnetotherapy. There is nothing in the context of the claims to suggest that the inventor considered circuit means to be non-essential. On the contrary, it is the core of the invention. Equally, there was no evidence that at the date of publication of the patent the ordinary skilled worker would have appreciated that there were variants that could perform substantially the same function *in substantially the same way* to achieve substantially the same result as the circuit means specified in the patent.

(2) Control of the magnetotherapy by circuit means was therefore an essential element of the invention.

(3) At the infringement analysis stage, the accused *Électro-Santé* device is now to be examined and its constituent elements similarly identified.

modification soit apportée en conséquence aux revendications.

Il ne s'ensuit pas que l'examen de la demande de brevet ne puisse jamais être pertinent pour une autre fin que celle de définir l'étendue du monopole accordé: *Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 47. Notre Cour ne se prononce toutefois pas à ce sujet, car la question n'est pas soulevée en l'espèce.

f) Vu ces principes, l'appareil des intimés n'est pas visé par le monopole de l'appelante et le pourvoi doit être rejeté

Même si les principes dégagés devront être adaptés aux exigences des différents types de brevets, on peut néanmoins résumer leur application en l'espèce.

(1) À l'étape de l'interprétation des revendications, la teneur de ces dernières a été analysée pour faire ressortir les expressions et les termes descriptifs qui déterminent les éléments de l'invention. Il n'y a pas lieu, dans la présente affaire, de se perdre dans les détails. Les revendications précisent que des «circuits» régulent l'électromagnétothérapie. Aucun élément du contexte des revendications ne permet de conclure que l'inventeur considérait les circuits comme non essentiels. Au contraire, ils sont au cœur de l'invention. Aussi, rien ne prouve que, à la date de la publication du brevet, un travailleur moyen versé dans l'art aurait constaté que des variantes pouvaient permettre d'accomplir essentiellement la même fonction, *d'une manière essentiellement identique* pour obtenir essentiellement le même résultat qu'à l'aide des circuits mentionnés dans le brevet.

(2) La régulation de la magnétothérapie grâce à des circuits constitue donc un élément essentiel de l'invention.

(3) À l'étape de l'analyse relative à la contrefaçon, l'appareil *Électro-Santé* en cause doit être soumis à un examen pour en déterminer les éléments constitutifs.

(4) If the accused device takes all of the essential elements of the invention, there is infringement.

The appellant complains, with some justice in my view, that having stated its legal test of infringement, the Quebec Court of Appeal then erred in making a comparison between the device of the appellant and the device of the respondents, and coming to the conclusion (which the appellant did not dispute) that the devices were different.

The appellant contends that the proper comparison is between the claims set out in its patents and the devices marketed by the respondents. I agree, but I believe that on reading the reasons of the Quebec Court of Appeal in their entirety, the court did make the proper comparison, even though that court went on to make a superfluous comparison between the two devices themselves.

The appellant points out that the *Électro-Santé* device features many of the characteristics described in claim 1 of the '156 patent. It is an "electro-magnetic low frequency therapeutic system". The magnetic field intensity is adjustable by the user. There are means for controlling the magnetic field's peak amplitude and frequency. As *Wills J.* said in *Incandescent Gas Light Co. v. De Mare Incandescent Gas Light System, Ltd.* (1896), 13 R.P.C. 301 (Q.B.D.), at p. 330:

It is seldom that the infringer does the thing, the whole thing, and nothing but the thing claimed in the Specification.

The appellant however failed to establish that a skilled reader would have understood in 1981 and 1983, when these patents were published, that (i) the inventions as contemplated were intended to include departures (or variants) from the specified circuit technology, (ii) that it would have been obvious to such a skilled reader that substituting variants for the specified "circuit means" would perform substantially the same function in substantially the same way to produce substantially the same result, and (iii) that when the inventor speci-

(4) Si l'appareil en cause reprend tous les éléments essentiels de l'invention, il y a contrefaçon.

L'appelante déplore, en partie avec raison selon moi, qu'après avoir énoncé le critère juridique applicable en matière de contrefaçon, la Cour d'appel du Québec a commis une erreur en comparant son appareil et celui des intimés, puis en concluant que les appareils étaient différents (ce que l'appelante n'a pas contesté).

L'appelante soutient que la comparaison aurait dû avoir pour objet les revendications de ses brevets et les appareils mis en marché par les intimés. J'en conviens, mais après avoir lu en entier les motifs de la Cour d'appel du Québec, je crois qu'elle a procédé à la comparaison qui s'imposait, même si elle a en outre comparé inutilement les deux appareils.

L'appelante signale que bon nombre des caractéristiques des appareils *Électro-Santé* correspondent à celles décrites dans la première revendication du brevet 156. Il s'agit d'un «[s]ystème thérapeutique électromagnétique à basse fréquence». L'utilisateur peut régler l'intensité du champ magnétique. Une commande permet de régler l'amplitude de crête du champ magnétique ainsi que la fréquence. Comme l'a dit le juge *Wills* dans *Incandescent Gas Light Co. c. De Mare Incandescent Gas Light System, Ltd.* (1896), 13 R.P.C. 301 (Q.B.D.), à la p. 330:

[TRADUCTION] Il est rare que le contrefacteur accomplisse tout ce qui est revendiqué dans le mémoire descriptif et rien d'autre.

Or, l'appelante n'a pas établi que, en 1981 et en 1983, au moment où les brevets ont été publiés, (i) une personne versée dans l'art aurait conclu que l'intention de l'inventeur était que les inventions englobent les écarts (ou les variantes) par rapport à la technologie précisée utilisant un circuit, (ii) il était manifeste pour une telle personne versée dans l'art que la substitution d'une variante aux «circuits» prévus permettrait d'accomplir essentiellement la même fonction, d'une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le

69

70

71

72

fied “circuit means” he didn’t really mean the description to be taken literally. Had the appellant been able to establish these points, its patents would probably have been declared invalid for covetous claiming.

même résultat et (iii) en employant le terme «circuits», l’inventeur n’avait pas vraiment voulu que la description soit textuellement interprétée. Si l’appelante avait pu établir ces éléments, ses brevets auraient probablement été déclarés invalides pour cause de visées trop ambitieuses.

73 The claims clearly require “circuit means”. As mentioned, a skilled reader in 1981 or 1983 would associate that descriptive phrase with specific technology and consider the use of such technology essential to the claimed invention. The fact that the *Électro-Santé* device uses a microcontroller to perform a similar or even the same function does not bring it within the claim. It performs the function in a very different way. Moreover, there is no reason to think the inventor didn’t mean what he said, or considered the use of “circuit means” a non-essential element of the claims, or intended to claim more broadly than “circuit means” and thereby put at risk for “covetous claiming” the validity of the patents. As the Court of Appeal observed, the means of control of amplitude and frequency is precisely the difference that validated the patents over the prior art embodied in such predecessor magnetotherapy machines as the *Magnétopace*, *Myodynamic* and *Elec* devices.

Les revendications exigent clairement des «circuits». Comme je le mentionne précédemment, en 1981 ou en 1983, une personne versée dans l’art aurait associé ce terme descriptif à la technologie en cause et aurait considéré que le recours à cette technologie était essentiel à l’invention revendiquée. Même si l’appareil *Électro-Santé* utilise un microcontrôleur pour accomplir une fonction semblable et même identique, il n’est pas visé par la revendication. Il accomplit la fonction d’une manière très différente. En outre, rien ne permet de croire que l’inventeur envisageait autre chose que ce qu’il a décrit ni qu’il considérait le recours à des «circuits» comme un élément non essentiel des revendications ou qu’il voulait revendiquer davantage que des «circuits», compromettant ainsi la validité des brevets à cause de visées trop ambitieuses. Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, le moyen de régler l’amplitude et la fréquence correspond précisément à la différence qui a justifié la délivrance des brevets par rapport à l’antériorité intégrée à des appareils de magnétothérapie déjà existants comme *Magnétopace*, *Myodynamic* et *Elec*.

74 In sum, the respondents’ device differs both structurally and operationally from the device contemplated in the claims. Substitution of a microcontroller for the “circuit means” substitutes a totally different technology for the core of the ‘156 and ‘361 patents and of itself is clearly fatal to the appellant’s allegation of infringement.

En résumé, l’appareil des intimés se distingue de celui envisagé dans les revendications tant par sa construction que par son fonctionnement. Le remplacement des «circuits» par un microcontrôleur emporte la substitution d’une technologie totalement différente à l’élément essentiel des brevets 156 et 361, ce qui en soi justifie clairement le rejet de l’allégation de contrefaçon formulée par l’appelante.

75 The appellant having failed to establish that the respondents’ *Électro-Santé* system included all of the essential elements of the monopoly set out in its patent claims, purposively construed, the action was rightly dismissed.

Étant donné que l’appelante n’a pas prouvé que le système *Électro-Santé* des intimés englobait tous les éléments essentiels du monopole circonscrit par les revendications de ses brevets, interprétés en fonction de l’objet, l’action a à juste titre été rejetée.

V. Disposition

The appeal is dismissed without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre, Sillery, Québec.

Solicitors for the intervener: Dimock Stratton Clarizio, Toronto.

V. Dispositif

Le pourvoi est rejeté sans dépens.

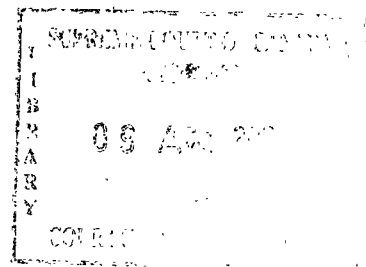
Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre, Sillery (Québec).

Procureurs de l'intervenante: Dimock Stratton Clarizio, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 2000 Vol. 2

and Tables

Cited as [2000] 2 S.C.R. { i-ii
1067-1278

6^e cahier, 2000 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2000] 2 R.C.S. { i-ii
1067-1278

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENDEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISEÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xli
Authors Cited.....	xlv
Index.....	1267

Whirlpool Corp. v. Camco Inc. 1067

Whirlpool Corp. v. Maytag Corp..... 1116

Patents — Claims construction — Whether “purposive construction” proper approach to claims construction for both validity and infringement issues.

Patents — Validity — Double patenting — Whether patent should be invalid as double patenting.

Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)..... 1120

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Legislation placing onus on importer to establish that goods are not obscene — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71, 152(3) — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xix
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xliii
Doctrine citée.....	xlv
Index.....	1273

Whirlpool Corp. c. Camco Inc. 1067

Whirlpool Corp. c. Maytag Corp..... 1116

Brevets — Interprétation des revendications — L’«interprétation téléologique» est-elle la méthode qui doit être utilisée pour interpréter les revendications en ce qui concerne à la fois les questions de validité et les questions de contrefaçon?

Brevets — Validité — Double brevet — Le brevet est-il invalide pour cause de double brevet?

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)..... 1120

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importateurs tenus par la législation douanière de prouver que les marchandises ne sont pas obscènes — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71, 152(3) — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression or equality rights — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71 — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

SOMMAIRE (Fin)

Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou aux droits à l'égalité? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71 — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).



2000 Volume 2

**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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

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

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

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

ERRATA

[2000] 1 S.C.R. p. 68, para. 1, line 8 of the French version. Read "un nouveau type" instead of "une nouveau type".

[2000] 1 S.C.R. p. 82, para. 21, line 11 of the French version. Read "en vertu de l'art. 742.3" instead of "en vertu du l'art. 742.3".

[2000] 2 S.C.R. p. 551. In the English introductory sentence of the reasons read "delivered" instead of "delivred".

[2000] 1 R.C.S. p. 68, par. 1, ligne 8 de la version française. Lire «un nouveau type» au lieu de «une nouveau type».

[2000] 1 R.C.S. p. 82, para. 21, ligne 11 de la version française. Lire «en vertu de l'art. 742.3» au lieu de «en vertu du l'art. 742.3».

[2000] 2 R.C.S. p. 551. Dans la version anglaise de la phrase introductive des motifs lire «delivered» au lieu de «delivred».

MOTIONS — REQUÊTES
(September 1 to December 31, 2000 – 1^{er} septembre au 31 décembre 2000)

- 2953-6778 *Québec Inc c. Gallagher* (Qué.), 27908, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 248524 *Alberta Ltd. v. 155569 Canada Ltd.* (Alta.), 27828, notice of discontinuance filed, 10.10.00, avis de désistement produit.
- 656203 *Ontario Inc. v. Soloway, Wright* (Ont.), 27525, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 702535 *Ontario Inc. v. Timmouth* (Ont.), 27932, leave to appeal refused with costs, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 1238157 *Ontario Inc. v. Corporation of the City of Brampton* (Ont.), 27933, leave to appeal refused with costs, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.H. c. Institut Philippe Pinel* (Qué.), 27854, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.H. c. Melançon* (Qué.), 27937, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- ABI Biotechnology Inc. v. Apotex Inc.* (Man.), 27795, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Air Wemindji Inc. c. Héli-Forex Inc.* (Qué.), 27859, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Andrew v. The Queen* (Alta.), 28109, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Antkiw v. Verscheure* (Ont.), 27806, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck & Co.* (F.C.A.), 27764, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arthur c. Procureur général du Canada* (C.A.F.), 27772, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Harper* (Alta.), 28210, leave to appeal granted, 10.11.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Canada v. Pleau* (N.S.), 27770, leave to appeal refused, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Attorney General of Ontario v. Starr* (Ont.), 26514, notice of discontinuance filed, 14.11.00, avis de désistement produit.
- Autobus Thomas Inc. c. La Reine* (C.A.F.), 27804, leave to appeal granted with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Aziz v. United Used Auto & Truck Parts Ltd.* (B.C.), 27824, leave to appeal granted, 14.9.00, autorisation de pourvoi accordée.

- Baas v. Jellema* (B.C.), 27812, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of America Canada v. Clarica Trust Co.* (Ont.), 27898, leave to appeal granted, 14.9.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Bank of Montreal v. Enchant Resources Ltd.* (Alta.), 27766, leave to appeal granted, 21.9.00, autorisation de pourvoi accordée.
- B. Frégeau & Fils Inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux* (Qué.), 27942, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beach v. United States of America* (Crim.)(Man.), 27916, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bedford v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 28004, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bellegarde v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 27821, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bernardo v. The Queen* (Ont.), 27925, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beyo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27917, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Biderman v. The Queen* (F.C.A.), 27841, leave to appeal refused with costs, 19.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Black v. The Queen* (N.S.), 27837, leave to appeal refused, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Blerot v. The Queen* (Sask.), 27819, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bonamy (Nicholas Y.) v. Correctional Service Canada* (F.C.A.), 28003, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bonamy (Nicholas Y.) v. The Queen* (B.C.), 28038, leave to appeal refused, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bourbeau c. La Reine* (Qué.), 27906, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bromby c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 28076, leave to appeal refused, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bromstein v. Khanna* (Ont.), 27923, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. Regional Municipality of Durham Police Service Board* (Crim.)(Ont.), 27150, notice of discontinuance filed, 4.10.00, avis de désistement produit.
- Buck Consultants Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 27707, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- C.S. c. Goupil* (Qué.), 28138, leave to appeal refused with costs, 7.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Campitelli v. Corporation of the Town of Ajax* (Ont.), 28156, notice of discontinuance filed, 20.12.00, avis de désistement produit.
- Canada Mortgage and Housing Corp. v. Corporation of the District of North Vancouver* (B.C.), 27874, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Samos Investments Inc.* (B.C.), 28012, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Union of Public Employees Local 882 v. City of Prince Albert* (Sask.), 27816, notice of discontinuance filed, 20.9.00, avis de désistement produit.
- Can-Dive Services Ltd. v. Morrison-Knudsen Co.* (B.C.), 27845, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Cannella v. Toronto Transit Commission* (Ont.), 27705, leave to appeal refused, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Cape Breton-Victoria Regional School Board v. Menzies* (N.S.), 27962, leave to appeal refused with costs, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Casey v. The Queen* (Ont.), 28030, leave to appeal refused, 7.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Challenge Team v. Revenue Canada* (F.C.A.), 27946, leave to appeal refused with costs, 7.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charland v. The Queen* (Alta.), 28109, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Chase Manhattan Bank of Canada v. The Queen* (F.C.A.), 27740, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cipollone v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 28035, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Clarkson v. Government of the Kingdom of the Netherlands* (B.C.), 28128, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- CLR Construction Labour Relations Association of Saskatchewan Inc. v. PCL Industrial Constructors Inc.* (Sask.), 27833, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cogswell v. The Queen* (N.B.), 28063, notice of discontinuance filed, 26.10.00, avis de désistement produit.
- Collymore v. The Queen* (Ont.), 27526, leave to appeal refused, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Conex Services Inc. v. Bogner Developments Ltd.* (B.C.), 27671, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conseil scolaire de l'Île de Montréal c. Ville de l'Île Bizard* (Qué.), 27651, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Mississauga v. Slough Estates Canada Ltd.* (Ont.), 27951, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cortese v. Nowasco Well Service Ltd.* (Alta.), 27968, leave to appeal refused with costs, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Côté (Jean Denis) c. La Reine* (C.A.F.), 27656, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Côté (Fernand) c. Taillefer* (Qué.), 27882, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coulombe v. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* (Qué.), 27536, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.C.A. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27913, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- D.T.A. c. M.E.L.* (Qué.), 27984, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dagher v. McDonnell-Ronald Limousine Service Ltd.* (Ont.), 27829, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desnomie v. The Queen* (F.C.A.), 27972, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Devinat c. Commission de l'Immigration et du Statut de réfugié* (C.A.F.), 27727, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dick v. The Queen* (F.C.A.), 27641, leave to appeal granted, 12.10.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Doiron c. Lipp* (Qué.), 27940, leave to appeal refused with costs to respondents Lipp and Louis-Hyppolite Lafontaine Hospital, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens en faveur des intimés Lipp et Hôpital Louis-Hyppolite Lafontaine.

- Drummie v. Society of Lloyd's* (N.B.), 27815, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duchesne c. Picard* (Qué.), 27625, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Duguid v. Bank of Montreal* (Ont.), 27973, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.12.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Durand v. Bastien* (Alta.), 27818, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- E.S. Fox Ltd. v. Hagt* (Ont.), 27834, leave to appeal refused with costs to respondent Hagt, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens en faveur de l'intimé Hagt.
- Edwards v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 28108, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 7.12.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Elliott (Bettyann) v. City of Toronto* (Ont.), 27289, leave to appeal refused with costs, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elliott (Veronica) v. Liczyk* (Ont.), 27888, leave to appeal refused with costs, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- F.C.B. v. The Queen* (N.S.), 27868, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Fabrikant c. Hyppolite* (Qué.), 28005, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fehr v. Brodowski* (Man.), 28023, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Firm of Kirkland, Murphy & Ain v. Wernikowski* (Ont.), 27763, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fliss v. The Queen* (B.C.), 27998, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Fortin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 28066, leave to appeal refused, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Francis v. Minister of Citizenship and Immigration* (Ont.), 27615, motion to quash appeal granted, 6.11.00, requête en annulation du pourvoi accueillie.
- Friedman v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27930, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friends of the West Country Association v. Minister of Fisheries and Oceans* (F.C.A.), 27644, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gajic (Dragisa) v. The Queen* (F.C.A.), 27750, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gajic (Dragisa) v. Wolverton Securities Ltd.* (B.C.), 27679, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Galerie D'art Yves Laroche Inc. c. Théberge* (Qué.), 27872, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Gaudreault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 28040, leave to appeal refused, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gérald Robitaille & Associés Ltée c. La Reine* (Qué.), 27799, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Golden Maple Leaf International Inc. v. Browne of Canada Ltd.* (Ont.), 28000, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Goohsen v. The Queen* (Sask.), 27926, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gorenko c. La Reine* (Qué.), 27266, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Gorenko c. La Reine* (Qué.), 27266, notice of discontinuance filed, 4.12.00, avis de désistement produit.
- Gramaglia v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27729, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greenwood v. Hickson* (Sask.), 27807, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Groleau-Roberge c. Paradis* (Qué.), 27591, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gronnerud v. Gronnerud* (Sask.), 27993, leave to appeal granted, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Guignard c. Ville de Saint-Hyacinthe* (Qué.), 27704, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.9.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Hall v. Melna* (Man.), 28034, leave to appeal refused with costs, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hanmore v. Hanmore* (Alta.), 27858, leave to appeal refused, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Harvey v. The Queen in Right of the Province of British Columbia* (B.C.), 27849, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hayat v. Faculty of Dentistry, University of Toronto* (Ont.), 27698, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hettema Inc. v. Claude & Conrad Toner Ltd.* (N.B.), 27755, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Highland Park Financial Inc. v. Chalmers* (Man.), 27920, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hnatiw v. Scramstad* (Sask.), 27601, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hoang v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 28014, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hogan v. Attorney General of Newfoundland* (Nfld.), 27865, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Holdbrook v. Emeneau* (N.S.), 27957, leave to appeal refused with costs, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hollick v. City of Toronto* (Ont.), 27699, leave to appeal granted, 21.9.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Hongkong Bank of Canada v. Micron Construction Ltd.* (B.C.), 27867, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hoover v. Edwards* (Ont.), 28151, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hospital Employees' Union v. Children and Women's Health Centre* (B.C.), 27873, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Housen v. Rural Municipality of Shellbrook No. 493* (Sask.), 27826, leave to appeal granted, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Hunter v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26580, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hurst v. The Queen* (B.C.), 27919, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hydro-Québec c. Ville de Hampstead* (Qué.), 27883, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Imperial Oil Ltd. v. Lloyd* (Alta.), 27744, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Jacko v. The Queen* (Alta.), 28109, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- K.D.J. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 28095, leave to appeal refused, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kajat v. The Ship "Arctic Taglu"* (F.C.A.), 27857, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kalashnikoff v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27803, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kapoor v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 28054, leave to appeal refused, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kelemen v. El-Homeira* (Ont.), 27693, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerr v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27943, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Khader v. The Queen* (Ont.), 27986, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kimberly-Clark Nova Scotia v. Nova Scotia Woodlot Owners and Operators Association* (N.S.), 27832, leave to appeal refused, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Klein v. Decock* (Alta.), 27980, leave to appeal granted, 7.12.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Kleven v. The Queen* (B.C.), 27586, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kovacevic v. The Queen* (B.C.), 27886, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- KPMG v. Montreal Trust Co.* (Ont.), 27959, leave to appeal refused with costs, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- L.K.W. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 28036, leave to appeal refused, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Lamerton & Associates Professional Surveyors v. Quinn* (Y.T.), 27746, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lansdowne v. Pensa & Associates* (Ont.), 27842, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laplante v. Fortin* (Ont.), 27885, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Laufer v. Bucklaschuk* (F.C.A.), 27761, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Law c. La Reine* (Crim.)(N.-B.), 27870, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 5.10.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Lay v. Lay* (Ont.), 28051, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Lazeo v. The Queen* (B.C.), 27830, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Lebrun c. La Reine* (Qué.), 27618, leave to appeal refused, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Ledoux c. La Reine* (C.A.F.), 27808, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Létourneau c. Garantie, Compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord* (Qué.), 27877, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Liao v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 27840, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Longley v. The Queen as represented by the Minister of National Revenue* (B.C.), 27927, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Long Lake 58 First Nation v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27950, leave to appeal refused with costs, 19.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lopez v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 27971, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- M.T. c. Dubé* (Qué.), 28110, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.

- MacDonald v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 28048, leave to appeal refused, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- MacInnes v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27899, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- MacPherson v. The Queen* (Ont.), 27616, leave to appeal refused, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Mankwe c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27791, leave to appeal granted, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Markel Insurance Co. of Canada v. Azevedo* (Alta.), 27663, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Market News Publishing Inc. v. Southam Inc.* (B.C.), 27853, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Martel c. La Reine* (Qué.), 27907, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Martelli c. Commission des affaires sociales* (Qué.), 27811, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McCormack v. The Queen* (B.C.), 27793, leave to appeal refused, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- McKenzie Forest Products Inc. v. Tilberg* (Ont.), 27967, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meidel v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27909, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Merasty v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 27756, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Merz v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27918, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Metchewais v. The Queen* (Alta.), 28109, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Metzner v. Metzner* (B.C.), 28208, leave to appeal dismissed with costs on a solicitor-client basis, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens sur la base procureur-client.
- Mil Systems v. Minister of Public Works and Government Services Canada* (F.C.A.), 28022, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Environment Canada v. Information Commissioner of Canada* (F.C.A.), 27956, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Molson Breweries v. John Labatt Ltd.* (F.C.A.), 27839, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrill v. Krangle* (B.C.), 27891, leave to appeal granted with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Morrison v. Society of Lloyd's* (N.B.), 27813, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nichols Gravel Ltd. v. Corporation of the Township of Delhi* (Ont.), 27720, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Novak v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 27922, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Omari v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 28049, leave to appeal refused, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Ontario Property Assessment Corp. v. Slough Estates Canada Ltd.* (Ont.), 27951, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ordre des chiropraticiens du Québec c. Thomas* (Qué.), 27871, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Ouellet c. La Reine* (Qué.), 28064, leave to appeal refused, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Panduit Corp. v. Thomas & Betts, Ltd.* (F.C.A.), 27789, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Patterson v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 27757, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pattison v. Samos Investments Inc.* (B.C.), 28012, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Persaud v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27771, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Pérusse c. Ministre du Revenu national* (C.A.F.), 27835, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pimentel v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27931, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Premier Horticulture Ltée c. Lévesque* (Qué.), 27654, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureure générale du Québec c. Raymond, Chabot Inc.* (Qué.), 27653, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Public Service Alliance of Canada v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27901, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. B.J.S.* (B.C.), 27847, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. B.J.S.* (B.C.), 27976, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cinous* (Crim.)(Qué.), 27788, leave to appeal granted, 12.10.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Diu* (Ont.), 28084, notice of discontinuance filed, 13.12.00, avis de désistement produit.
- R. v. Dudney* (F.C.A.), 27869, leave to appeal refused with costs, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Fournier* (Qué.), 27866, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Handy* (Crim.)(Ont.), 27996, leave to appeal granted, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Harris* (F.C.A.), 28041, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Lavallee* (Alta.), 27852, leave to appeal granted, 7.12.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Llorenz* (Crim.)(Ont.), 28002, notice of discontinuance filed, 29.11.00, avis de désistement produit.
- R. v. Mafi* (Crim.)(B.C.), 27856, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Walls* (F.C.A.), 27724, leave to appeal granted, 14.9.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Williamson* (Ont.), 27921, leave to appeal refused, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Wren* (Crim.)(Ont.), 27912, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in Right of the Province of British Columbia v. Rumley* (B.C.), 27721, leave to appeal granted, 28.9.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Re 147557 Canada Ltée* (Qué.), 27651, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rhee v. The Queen* (B.C.), 27863, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Rhys-Jones v. Rhys-Jones* (Ont.), 28017, leave to appeal refused with costs, 1.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ritchie v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (B.C.), 27944, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roberts v. The Queen* (F.C.A.), 27641, leave to appeal granted, 12.10.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Robitaille c. La Reine* (Qué.), 28061, leave to appeal refused, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Roles v. 306972 Saskatchewan Ltd.* (Sask.), 27864, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Romkey v. The Queen* (F.C.A.), 27777, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosati v. Liakus* (Ont.), 27719, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosen v. The Queen* (F.C.A.), 27903, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ruman v. Municipal Corporation of the City of Yellowknife* (N.W.T.), 27974, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sagaz Industries Canada Inc. v. 671122 Ontario Ltd.* (Ont.), 27820, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 7.12.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Sandhu v. College of Physicians & Surgeons of Manitoba* (Man.), 27904, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sarvanis v. The Queen in Right of Canada* (F.C.A.), 27796, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 5.10.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Scanie v. The Queen* (Alta.), 28109, leave to appeal refused, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Scarborough Muslim Association v. Hussain* (Ont.), 28123, notice of discontinuance filed, 9.11.00, avis de désistement produit.
- Schepanow v. The Queen in Right of Ontario* (F.C.A.), 27733, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schiavone v. Canadian Imperial Bank of Canada* (Ont.), 27915, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Schwartz (Succession) c. Zerbisias* (Qué.), 27855, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Selman v. Samos Investments Inc.* (B.C.), 28012, leave to appeal refused with costs, 21.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Seven-up Canada Inc. v. Fasken Campbell Godfrey* (Ont.), 27825, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shalala v. The Queen* (N.B.), 27810, leave to appeal refused, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Shearing v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27782, leave to appeal granted, 12.10.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Silbernagel v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27952, leave to appeal refused, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Simmons v. United States of America* (Ont.), 27979, leave to appeal refused, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Sloan v. Johnson* (Ont.), 27892, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith (Bernadette) v. Co-operators General Insurance Co.* (Ont.), 27875, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 9.11.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Smith (Godwin) v. The Queen* (F.C.A.), 27878, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith (Wilton Anthony) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27802, leave to appeal refused, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Smithline Beecham Animal Health Inc. v. The Queen* (F.C.A.), 27850, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Snider v. Manitoba Association of Registered Nurses* (Man.), 27783, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Société en commandite 2858-9893 Québec c. 2420-3242 Québec Inc.* (Qué.), 27673, leave to appeal refused with costs, 28.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Solis v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27947, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Spiterie v. Update Management Ltd.* (Ont.), 27521, leave to appeal refused with costs, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stark v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27975, leave to appeal refused, 2.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Steckmar National Realty Investment Corp. c. Galerie Mirabelle Inc.* (Qué.), 27760, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stefanovic v. Sanseverino* (Ont.), 27978, leave to appeal refused with costs, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stevenson v. The Queen* (Sask.), 27620, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Stewart v. The Queen* (F.C.A.), 27860, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 14.9.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue du pourvoi.
- Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes* (Qué.), 27539, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 27889, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Thangarajan v. Minister of Citizenship & Immigration* (F.C.A.), 27713, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- The Gazette c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145* (Qué.), 27753, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thouin v. Miron* (Qué.), 28197, notice of discontinuance filed, 8.11.00, avis de désistement produit.
- Thyssen Canada Ltd. v. Mariana Maritime S.A.* (F.C.A.), 27928, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tombran v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27969, leave to appeal refused, 30.11.00, autorisation de pourvoi refusée.
- TransCanada Pipelines Ltd. v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27950, leave to appeal refused with costs, 19.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tremblay c. Ville de Forestville* (Crim.)(Qué.), 27994, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Food and Commercial Workers Union, Local 832 v. Maple Leaf Meats* (Man.), 27914, leave to appeal refused with costs, 9.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Transportation Union v. International Brotherhood of Locomotive Engineers* (F.C.A.), 27765, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- VanDenburgh v. The Queen* (B.C.), 28015, leave to appeal refused, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Van Bergen v. United States of America* (Crim.)(Alta.), 28079, leave to appeal refused, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Van Halteren v. Wilhelm* (B.C.), 27786, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vancouver College Ltd. v. Christian Brothers of Ireland in Canada* (Ont.), 27958, leave to appeal refused, 16.11.00, autorisation de pourvoi refusée.

- Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (Ont.), 27735, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Varma v. Canada Labour Relations Board* (F.C.A.), 27836, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville d'Amos c. Raymond, Chabot Inc.* (Qué.), 27653, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Chambly c. Dicaire* (Qué.), 27924, leave to appeal refused with costs, 5.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de l'Île Bizard c. Conseil scolaire de l'Île-de-Montréal* (Qué.), 27651, leave to appeal refused with costs, 14.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Warsh v. International Freehold Financial Services Ltd.* (Ont.), 27949, leave to appeal refused with costs, 23.11.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Brown* (Sask.), 27945, leave to appeal refused with costs, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilder v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27960, leave to appeal refused, 12.10.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Witte v. Workers' Compensation Board of the Northwest Territories* (N.W.T.), 27751, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wristen v. The Queen* (Ont.), 28104, leave to appeal refused, 7.12.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Zelinski v. The Queen* (F.C.A.), 27748, leave to appeal refused with costs, 21.9.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zundel v. Citron* (F.C.A.), 28008, leave to appeal refused with costs to S. Citron, the Canadian Holocaust Remembrance Association, the Canadian Human Rights Commission and the Simon Wiesenthal Centre, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens en faveur de S. Citron, la Canadian Holocaust Remembrance Association, la Commission canadienne des droits de la personne et le Centre Simon Wiesenthal.
- Zundel v. Citron* (F.C.A.), 28009, leave to appeal refused with costs to S. Citron, the Canadian Holocaust Remembrance Association and the Canadian Human Rights Commission, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens en faveur de S. Citron, la Canadian Holocaust Remembrance Association et la Commission canadienne des droits de la personne.
- Zundel v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27977, leave to appeal refused with costs, 14.12.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zurich Insurance Co. v. Corporation of the City of Dawson Creek* (B.C.), 27893, leave to appeal refused with costs, 26.10.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		E	
Alberta (Attorney General), Public School Boards' Assn. of Alberta v.	409	Électro Santé Inc., Free World Trust v.	1024
Araujo, R. v.	992	F	
Avetyan, R. v.	745	Free World Trust v. Électro Santé Inc.	1024
B		G	
Beauchamp, R. v.	720	Glass, Musqueam Indian Band v.	633
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission).....	307	H	
British Columbia (Human Rights Commission), Blencoe v.....	307	Hamelin, R. v.	273
C		Harper v. Canada (Attorney General).....	764
Camco Inc., Whirlpool Corp. v.	1067	J	
Canada (Attorney General), Harper v.	764	J. (J.), R. v.	600
Canada (Minister of Justice), Little Sisters Book and Art Emporium v.....	1120	J. (J.-L.), R. v.	600
Canada, Martel Building Ltd. v.....	860	J.-L.J., R. v.	600
Caouette, R. v.	271	K	
Charlebois, R. v.....	674	K.L.W., Winnipeg Child and Family Services v.	519
Commission scolaire de Rivière-du-Loup v. Syndicat de l'enseignement du Grand- Portage.....	913	Khan, R. v.	915
D		Knoblauch, R. v.	780
D.D., R. v.	275	L	
D. (A.S.), R. v.	443	Lévesque, R. v.	487
Darrach, R. v.	443		

	PAGE		PAGE
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice).....	1120	R. v. J. (J.).....	600
		R. v. J. (J.-L.).....	600
M		R. v. J.-L.J.	600
M.O., R. v.....	594	R. v. Khan	915
Martel Building Ltd. v. Canada.....	860	R. v. Knoblauch	780
Maytag Corp., Whirlpool Corp. v.	1116	R. v. Lévesque.....	487
Morency, Syndicat de l'enseignement du Grand- Portage v.	913	R. v. M.O.....	594
Morrisey, R. v.	90	R. v. Morrisey	90
Musqueam Indian Band v. Glass.....	633	R. v. N.M.P.	857
		R. v. O. (M.).....	594
N		R. v. Oickle	3
N.M.P., R. v.	857	R. v. P. (N.M.)	857
		R. v. Russell	731
		R. v. Simard	911
O		R. v. Starr	144
O. (M.), R. v.....	594	R. v. Sutton.....	595
Oickle, R. v.	3	Russell, R. v.	731
P		S	
P. (N.M.), R. v.	857	Simard, R. v.	911
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City).....	919	Starr, R. v.	144
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	409	Sutton, R. v.....	595
		Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage, Commission scolaire de Rivière-du-Loup v.	913
		Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage v. Morency.....	913
R		V	
R. v. Araujo.....	992	Victoria (City), Pacific National Investments Ltd. v.....	919
R. v. Avetyan	745		
R. v. Beauchamp.....	720	W	
R. v. Caouette.....	271	W. (K.L.), Winnipeg Child and Family Ser- vices v.	519
R. v. Charlebois.....	674	Whirlpool Corp. v. Camco Inc.	1067
R. v. D.D.	275	Whirlpool Corp. v. Maytag Corp.....	1116
R. v. D. (A.S.).....	443	Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	519
R. v. Darrach	443	Winnipeg Child and Family Services v. W. (K.L.)	519
R. v. Hamelin	273		

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		E	
Alberta (Procureur général), Public School Boards' Assn. of Alberta c.	409	Électro Santé Inc., Free World Trust c.	1024
Araujo, R. c.	992	F	
Avetyan, R. c.	745	Free World Trust c. Électro Santé Inc.	1024
B		G	
Bande indienne de Musqueam c. Glass	633	Glass, Bande indienne de Musqueam c.	633
Beauchamp, R. c.	720	H	
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission).....	307	Hamelin, R. c.	273
C		Harper c. Canada (Procureur général).....	764
Camco Inc., Whirlpool Corp. c.	1067	J	
Canada (Ministre de la Justice), Little Sisters Book and Art Emporium c.	1120	J. (J.), R. c.	600
Canada (Procureur général), Harper c.	764	J. (J.-L.), R. c.	600
Canada, Martel Building Ltd. c.	860	J.-L.J., R. c.	600
Caouette, R. c.	271	K	
Charlebois, R. c.	674	K.L.W., Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c.	519
Colombie-Britannique (Human Rights Commission), Blencoe c.	307	Khan, R. c.	915
Commission scolaire de Rivière-du-Loup c. Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage	913	Knoblauch, R. c.	780
D		L	
D.D., R. c.	275	Lévesque, R. c.	487
D. (A.S.), R. c.	443		
Darrach, R. c.	443		

	PAGE		PAGE
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	1120	R. c. D. (A.S.).....	443
		R. c. Darrach.....	443
M		R. c. Hamelin.....	273
M.O., R. c.....	594	R. c. J. (J.).....	600
Martel Building Ltd. c. Canada.....	860	R. c. J. (J.-L.).....	600
Maytag Corp., Whirlpool Corp. c.....	1116	R. c. J.-L.J.	600
Morency, Syndicat de l'enseignement du Grand- Portage c.....	913	R. c. Khan.....	915
Morrisey, R. c.....	90	R. c. Knoblauch.....	780
		R. c. Lévesque.....	487
N		R. c. M.O.....	594
N.M.P., R. c.....	857	R. c. Morrisey.....	90
		R. c. N.M.P.....	857
O		R. c. O. (M.).....	594
O. (M.), R. c.....	594	R. c. Oickle.....	3
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.....	519	R. c. P. (N.M.).....	857
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. W. (K.L.).....	519	R. c. Russell.....	731
Oickle, R. c.....	3	R. c. Simard.....	911
P		R. c. Starr.....	144
P. (N.M.), R. c.....	857	R. c. Sutton.....	595
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville).....	919	Russell, R. c.....	731
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général).....	409	S	
		Simard, R. c.....	911
R		Starr, R. c.....	144
R. c. Araujo.....	992	Sutton, R. c.....	595
R. c. Avetytan.....	745	Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage, Commission scolaire de Rivière-du-Loup c.	913
R. c. Beauchamp.....	720	Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage c. Morency.....	913
R. c. Caouette.....	271	V	
R. c. Charlebois.....	674	Victoria (Ville), Pacific National Investments Ltd. c.....	919
R. c. D.D.....	275	W	
		W. (K.L.), Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c.....	519
		Whirlpool Corp. c. Camco Inc.....	1067
		Whirlpool Corp. c. Maytag Corp.....	1116

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts	383 U.S. 413 (1966).....	1221
Abbott Laboratories, Ltd. v. Nu-Pharm Inc.....	(1998), 78 C.P.R. (3d) 38.....	1101
Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1991] 3 C.F. 32	367
Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1991] 3 F.C. 32	367
Alder v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609.....	429
Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.	[1968] 1 All E.R. 543.....	381
Andover Case	(1700), Holt. 441, 90 E.R. 1143	387
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728	879
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	171
AT & T Technologies, Inc. v. Mitel Corp.	(1989), 26 C.P.R. (3d) 238.....	1054, 1101
Attorney-General for New Brunswick v. Saint John	[1948] 3 D.L.R. 693	953, 984
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	340, 533, 558
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.	[1986] 1 S.C.R. 228.....	879
Bagg's Case	(1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271	387
Ball v. Gutschenritter	[1925] S.C.R. 68.....	644, 657
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1995] 4 R.C.S. 344.....	647
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville).....	[1997] 2 R.C.S. 657.....	647
Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.	[1993] 1 R.C.S. 167.....	939
Beecham Canada Ltd. v. Procter & Gamble Co.	(1982), 61 C.P.R. (2d) 1.....	1104
Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY	(1986), 8 C.P.R. (3d) 289.....	1041
Beloit Technologies Inc. v. Valmet Paper Machinery Inc.....	[1997] R.P.C. 489	1108
Berger v. New York.....	388 U.S. 41 (1967).....	1009
Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine	[1985] 2 C.F. 293	892
Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen.....	[1985] 2 F.C. 293	892
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12.....	904
Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 2 C.F. 315	388

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 2 F.C. 315	388
Bigaouette v. The King.....	(1926), 46 C.C.C. 311	83
Biogen Inc. v. Medeva PLC.....	[1997] R.P.C. 1.....	1054
Birkdale District Electric Supply Co. v. Corporation of Southport	[1926] A.C. 355.....	951
Birmingham Sound Reproducers Ltd. v. Collaro Ltd.	[1956] R.P.C. 232.....	1092
Blackburn v. Alabama.....	361 U.S. 199 (1960).....	43
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44.....	533, 569
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission).....	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44.....	533, 569
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344.....	647
Boudreau v. The King	[1949] S.C.R. 262.....	22
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210.....	877
British Gas Corp. v. Universities Superannuation Scheme Ltd.....	[1986] 1 W.L.R. 398	659
Brodie v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 681.....	1165, 1221
Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia.....	[1994] B.C.J. No. 2037 (QL).....	371, 390
Bullock's, Inc. v. Security-First National Bank of Los Angeles.....	325 P.2d 185 (1958).....	658
Burrard Dry Dock Co. v. Canada	[1974] F.C.J. No. 417 (QL)	658
Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 555.....	1099

C

C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central).....	(1997), 33 R.F.L. (4th) 175.....	568
C. Van Der Lely N.V. v. Bamfords Ltd.	[1963] R.P.C. 61	1092
Calgary Board of Education v. Attorney General for Alberta	[1980] 1 W.W.R. 347.....	433
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	364, 1241
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	364, 1241
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias.....	[1997] 3 S.C.R. 391.....	403
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias.....	[1997] 3 R.C.S. 391.....	403
Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission).....	[1996] 1 F.C. 638	336
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480.....	1232
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	875
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711.....	891, 940
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général).....	[1999] 1 R.C.S. 743.....	1006
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General).....	[1999] 1 S.C.R. 743.....	1006
Capital Regional District v. District of Saanich.....	(1980), 115 D.L.R. (3d) 596.....	952
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)	[1994] 2 S.C.R. 165.....	587
Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.	[1982] R.P.C. 183.....	1048, 1087
Cattle v. Stockton Waterworks Co.	(1875), L.R. 10 Q.B. 453	875
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	904
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	562
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[1992] 1 S.C.R. 711.....	562
Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District).....	(1989), 35 C.L.R. 241	892

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	875
City of Vancouver v. B.C. Telephone Co.	[1951] S.C.R. 3.....	947
Clark v. Adie.....	(1873), L.R. 10 Ch. 667.....	1047
Clothworkers of Ipswich Case.....	(1653), Godb. 252, 78 E.R. 147.....	1035
Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City).....	(1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258.....	893
Collins v. Collins.....	(1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215.....	187
Comeau v. The Queen.....	(1961), 131 C.C.C. 139.....	35
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning.....	[1964] S.C.R. 49.....	1105
Commissioners of Customs and Excise v. Harz.....	[1967] 1 A.C. 760.....	34
Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.....	(1992), 44 C.P.R. (3d) 77.....	1052
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.....	[1981] 1 S.C.R. 504.....	1040, 1089
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1999] 2 R.C.S. 203.....	1183, 1231
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	[1999] 2 S.C.R. 203.....	1183, 1231
Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.....	(1983), 68 C.P.R. (2d) 179.....	1052

D

D'Amato v. Badger.....	[1996] 2 S.C.R. 1071.....	875
Dableh v. Ontario Hydro.....	[1996] 3 F.C. 751.....	1093
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	1194, 1231
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	1194, 1231
Dalglish v. Jarvie.....	(1850), 2 Mac. & G. 231, 42 E.R. 89.....	1015
Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1996] 2 C.F. 410.....	388
Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1996] 2 F.C. 410.....	388
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.	509 U.S. 579 (1993).....	615
Davie v. Magistrates of Edinburgh.....	[1953] S.C. 34.....	627
DeClercq v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 902.....	83
Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)...	(1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278.....	388
Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration).....	(1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278.....	388
Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise.....	(1958), 2 T.B.R. 154.....	1263
Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada.....	[1991] F.C.J. No. 1142 (QL)	650, 660, 672
Dietz v. Damas.....	932 F.Supp. 431 (1996).....	570
Domtar Ltd. v. MacMillan Bloedel Packaging Ltd.....	(1977), 33 C.P.R. (2d) 182.....	1041
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	335
Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.....	[1971] 2 All E.R. 277.....	956, 985
Dubois c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 350.....	481
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	481
Dyson Appliances Ltd. v. Hoover Ltd.....	[2000] E.W.J. No. 4994 (QL).....	1054

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	1154, 1259
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	1154, 1259
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513.....	1187, 1231
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624.....	333, 1248
Eldridge v. British Columbia (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 624.....	333, 1248
Electric & Musical Industries Ltd. v. Lissen Ltd.	(1939), 56 R.P.C. 23.....	1047
Electrolier Manufacturing Co. v. Dominion Manufacturers Ltd.	[1934] S.C.R. 436.....	1045
Eli Lilly & Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.	(1989), 26 C.P.R. (3d) 1.....	1048, 1087
Entick v. Carrington.....	(1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807 ...	1240
Ernest Scragg & Sons Ltd. v. Leeson Corp.	(1964), 26 Fox Pat. C. 1	1101
Erven c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 926.....	474
Erven v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 926.....	474
F		
Family and Children's Services of Kings County v. E.D.....	(1988), 86 N.S.R. (2d) 205	590
Feherguard Products Ltd. v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.	(1995), 60 C.P.R. (3d) 512.....	1052
First City Development Corp. v. Durham (Regional Municipality)	(1989), 41 M.P.L.R. 241	985
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	1154
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712.....	1154
Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)	(1995), 24 C.H.R.R. D/464	368, 385
Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.	(1991), 36 C.P.R. (3d) 35.....	1062
Free World Trust c. Électro Santé Inc.	[2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66.....	1024, 1101
Freedman v. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)	(1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196	368
Freedman v. Maryland	380 U.S. 51 (1965).....	1244
Frye v. United States	293 F. 1013 (1923).....	615
G		
Gareau v. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services).....	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352.....	574
General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.	[1972] R.P.C. 457.....	1041
Gentry v. State.....	443 S.E.2d 667 (1994)	617
Giles v. United States	432 A.2d 739 (1981).....	233
Gillette Safety Razor Co. of Canada v. Pal Blade Corp.	[1933] S.C.R. 142.....	1046
Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise).....	[1992] O.J. No. 1466 (QL)	1180
Godbout c. Longueil (Ville).....	[1997] 3 R.C.S. 844.....	341, 428
Godbout v. Longueil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844.....	341, 428
Golden Acres Ltd. v. Canada	(1988), 22 F.T.R. 123.....	649
Gould c. Procureur général du Canada	[1984] 2 R.C.S. 124.....	769
Gould c. Procureur général du Canada	[1984] 1 C.F. 1133	777
Gould v. Attorney General of Canada	[1984] 2 S.C.R. 124.....	769

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Gould v. Attorney General of Canada	[1984] 1 F.C. 1133	777
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377	438
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28	1183
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28	1183
Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.	339 U.S. 605 (1950)	1042
Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.	[1952] 3 D.L.R. 1	187
Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.	[1955] 4 D.L.R. 307	187
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 377	438
Grip Printing and Publishing Co. of Toronto v. Butterfield	(1885), 11 S.C.R. 291	1042
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	550
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	550
Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux	C.F. 1 ^{re} inst., n ^o T-1478-71, 15 septembre 1972	658
Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board	F.C.T.D., No. T-1478-71, September 15, 1972	658

H

Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton	[1982] 1 All E.R. 1042	777
Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	769
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	388
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	388
Health Care Developers Inc. v. Newfoundland	(1996), 136 D.L.R. (4th) 609	893
Hepton v. Maat	[1957] S.C.R. 606	564
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young	[1997] 2 S.C.R. 165	879
Hildebrand v. Butler	(1979), 11 B.C.L.R. 234	187
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	354
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	354
Hobbins c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 553	23
Hobbins v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 553	23
Home v. Corbeil	[1955] 4 D.L.R. 750	187
Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.	[1993] 1 S.C.R. 167	939
Horvath c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 376	23
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376	23
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	539, 573, 1004, 1167, 1226

I

Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	22
Idaho v. Wright	497 U.S. 805 (1990)	254
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	942
Improver Corp. v. Raymond Industrial Ltd.	[1991] F.S.R. 233	1048
Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.	[1990] F.S.R. 181	1054

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)	[1996] A.C. 563	575
Incandescent Gas Light Co. v. De Mare Incandescent Gas Light System, Ltd.	(1896), 13 R.P.C. 301	1063
Ingledeu's Ltd. v. City of Vancouver	(1967), 61 D.L.R. (2d) 41	934, 982
Interpress Associates Ltd. v. Pacific Coilcoaters Ltd.	(1994), 29 I.P.R. 635	1048
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	1223
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	1223
J		
J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock	[1940] S.C.R. 279	1046, 1091
Jamb Sets Ltd. v. Carlton	(1963), 42 C.P.R. 65	1112
Johnson Controls, Inc. v. Varta Batteries Ltd.	(1984), 80 C.P.R. (2d) 1	1052
Just c. Colombie-Britannique	[1989] 2 R.C.S. 1228	882
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228	882
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	877
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	877
Katz v. U.S.	389 U.S. 347 (1967)	1009
Kelliher (Village of) v. Smith	[1931] S.C.R. 672	288, 614
Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.	(1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263	904
Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan	[1991] 6 W.W.R. 717	893
Kendrick v. Nelson (City)	(1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134	953, 971
Kiani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81	388
Kiani v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)	(1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81	388
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	562
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	562
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	564
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	535
Kribs v. The Queen	[1960] S.C.R. 400	303
L		
La Reine c. Guerin	[1983] 2 C.F. 656	662
La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	890
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	353, 1183, 1225
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	353, 1183, 1225
Lawrason v. Town of Dundas	(1920), 18 O.W.N. 22	949, 990
Leighton v. Canada	(1987), 13 F.T.R. 198	655
Leiriao c. Val-Bélair (Ville)	[1991] 3 R.C.S. 349	939
Leiriao v. Val-Bélair (Town)	[1991] 3 S.C.R. 349	939
Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commis- sion des droits de la personne)	[1996] 1 C.F. 638	336

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lister v. Norton Brothers and Co.....	(1886), 3 R.P.C. 199.....	1093
Lovelace v. Ontario.....	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.....	1183
Lovell Manufacturing Co. v. Beatty Bros. Ltd.....	(1962), 23 Fox Pat. C. 112	1060, 1104
Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise.....	[1985] 1 C.F. 85	1142, 1258
Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise	[1985] 1 F.C. 85	1142, 1258

M

M. (L.N.) v. Green.....	(1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194.....	186
M. v. H.....	[1999] 2 S.C.R. 3.....	1187, 1247
M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée....	[1999] 1 R.C.S. 619.....	890, 940, 962
M.J.B. Entreprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619.....	890, 940, 962
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	438, 1253
Mahoney c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 834.....	683
Mahoney v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 834.....	683
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110.....	769, 774
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110.....	769, 774
Marconi v. British Radio Telegraph and Telephone Co.....	(1911), 28 R.P.C. 181.....	1091
Martin Corp. v. West Vancouver (District).....	(1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305.....	947
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602.....	369, 385
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	369, 385
Martselos Services Ltd. v. Arctic College.....	(1994), 111 D.L.R. (4th) 65.....	892
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484.....	504
McPhar Engineering Co. of Canada v. Sharpe Instruments Ltd.	[1956-60] Ex. C.R. 467.....	1091
Metalliflex Ltd. v. Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft.....	[1961] S.C.R. 117.....	1098
Miller v. City of Philadelphia.....	174 F.3d 368 (1999).....	583
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863.....	336
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	336
Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.	[1947] Ex. C.R. 306	1035
Miron v. Trudel.....	[1995] 2 S.C.R. 418.....	1148
Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan	(1988), 52 D.L.R. (4th) 477.....	369, 390
Mitton v. British Columbia Securities Commission.....	(1999), 123 B.C.A.C. 263	1018
Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.	(1995), 63 C.P.R. (3d) 473.....	1052
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	503
Muia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1996), 113 F.T.R. 234.....	388
Muia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	(1996), 113 F.T.R. 234.....	388
Multotec Manufacturing (Pty.) Ltd. v. Screenex Wire Weaving Manufacturers (Pty.) Ltd.	1983 (1) SA 709.....	1048
Murphy v. Alberton (Town)	(1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34	893
Muskoka Mall Ltd. v. Town of Huntsville.....	(1977), 3 M.P.L.R. 279	990
Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon.....	145 U.S. 285 (1892).....	161, 189
Myers v. Director of Public Prosecutions.....	[1965] A.C. 1001	171

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
N		
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13...428, 942, 969	
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.....	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13...428, 942, 969	
Near v. Minnesota.....	283 U.S. 697 (1931).....	1240
Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg	(1993), 89 Man. R. (2d) 150.....	186
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.).....	[1999] 3 S.C.R. 46.....	338, 532, 563
Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission).....	(1993), 101 D.L.R. (4th) 744.....	336
No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.	(1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273.....	658
Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique.....	[1995] 2 C.F. 132.....	893
Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority.....	[1995] 2 F.C. 132.....	893
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.).....	[1999] 3 R.C.S. 46.....	338, 532, 563
O		
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.).....	[1997] 3 R.C.S. 925.....	551
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York.....	[1996] 2 R.C.S. 929.....	433
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education.....	[1996] 2 S.C.R. 929.....	433
Operation Dismantle Inc. c. La Reine.....	[1985] 1 R.C.S. 441.....	345
Operation Dismantle Inc. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 441.....	345
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	1236
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	1236
P		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141.....	576
P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co.....	(1991), 35 C.P.R. (3d) 346.....	1061
Palmer c. La Reine.....	[1980] 1 R.C.S. 759.....	492
Palmer v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 759.....	492
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba.....	[1991] 2 R.C.S. 869.....	534, 562
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee.....	[1991] 2 S.C.R. 869.....	534, 562
People v. Alcalde.....	148 P.2d 627 (1944).....	189
People v. John W.....	185 Cal.App.3d 801 (1986).....	617
People v. Madson.....	638 P.2d 18 (1981).....	233
Phillion c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 18.....	81
Phillion v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 18.....	81
Populin v. H.B. Nominees Pty. Ltd.	(1982), 59 F.L.R. 37.....	1048
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville).....	[1994] 1 R.C.S. 231.....	956, 980

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Prosko v. The King.....	(1922), 63 S.C.R. 226.....	22
Protection de la jeunesse – 539.....	[1992] R.J.Q. 1144	617
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général).....	[2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45.....	942
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45.....	942

Q

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City).....	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27.....	584
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville).....	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27.....	584
Queen v. Cognos Inc.....	[1993] 1 S.C.R. 87.....	904

R

R. v. Abbey.....	[1982] 2 S.C.R. 24.....	228, 288, 299, 614
R. v. Alexis.....	(1994), 35 C.R. (4th) 117.....	53
R. v. Allain.....	(1998), 205 N.B.R. (2d) 201.....	1018
R. v. Amyot.....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 312.....	56, 83
R. v. Anderson.....	[1990] 1 S.C.R. 265.....	105
R. v. Archibald.....	(1992), 15 B.C.A.C. 301	502
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	374, 386
R. v. Avetytan.....	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56....	728, 733
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	285
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	287, 716
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	173, 228, 472
R. v. B. (S.C.).....	(1997), 119 C.C.C. (3d) 530.....	619
R. v. B.L.....	[1988] O.J. No. 2522 (QL)	618
R. v. Bain.....	[1992] 1 S.C.R. 91.....	226, 1167
R. v. Baldry.....	(1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568	83
R. v. Ball.....	[1993] O.J. No. 3207 (QL)	136
R. v. Baltzer.....	(1974), 10 N.S.R. (2d) 561.....	187
R. v. Barbeau.....	(1996), 110 C.C.C. (3d) 69.....	1006
R. v. Barker.....	(1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823.....	387
R. v. Baron von Lindberg.....	(1977), 66 B.C.L.R. 277.....	186
R. v. Barton.....	(1993), 81 C.C.C. (3d) 574.....	60
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	339, 562, 1194
R. v. Beauchamp.....	[2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54....	733, 749
R. v. Béland.....	[1987] 2 S.C.R. 398.....	81, 287, 356, 610
R. v. Bell.....	(1992), 17 B.C.A.C. 36	101, 135
R. v. Bencardino.....	(1973), 2 O.R. (2d) 351.....	187
R. v. Berry.....	(1997), 196 A.R. 398.....	505
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	219, 598, 683, 716

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Bill	(1997), 13 C.R. (5th) 103 and (1998), 13 C.R. (5th) 125	130
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15	1003
R. v. Bisson	(1997), 114 C.C.C. (3d) 154	245
R. v. Bisson	[1994] 3 S.C.R. 1097	1017
R. v. Bisson	[1998] 1 S.C.R. 306	197, 261, 736, 754
R. v. Blondin	[1996] A.Q. n° 3605 (QL)	617
R. v. Borden	[1994] 3 S.C.R. 145	697
R. v. Boss	(1988), 30 O.A.C. 184	472
R. v. Bradley	[1941] S.C.R. 270	388
R. v. Brady	(1998), 121 C.C.C. (3d) 504	828
R. v. Brooks	[2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11	683, 716
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	24
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	287
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	1148, 1207
R. v. C. (B.)	(1993), 12 O.R. (3d) 608	254
R. v. C. (G.)	(1996), 110 C.C.C. (3d) 233	285
R. v. C. (R.A.)	(1990), 57 C.C.C. (3d) 522	289
R. v. C. Coles Co.	[1965] 1 O.R. 557	1221
R. v. Carriere	(1986), 40 Man. R. (2d) 150	186
R. v. Carter	[1982] 1 S.C.R. 938	234, 597
R. v. Chahley	(1992), 72 C.C.C. (3d) 193	184, 245
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	710
R. v. Charrette	[1994] O.J. No. 2509 (QL)	83
R. v. Cheung	(1997), 119 C.C.C. (3d) 507	1012
R. v. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley	[1986] Q.B. 424	389
R. v. Chivers	[1988] N.W.T.R. 134	138
R. v. Clot	(1982), 69 C.C.C. (2d) 349	42
R. v. Collins	(1997), 118 C.C.C. (3d) 514	184, 245
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	24
R. v. Collins	[1999] O.J. No. 2437 (QL)	125
R. v. Commisso	[1983] 2 S.C.R. 121	1006
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	375, 392
R. v. Cook	[1997] 1 S.C.R. 1113	484
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	239
R. v. Covlin	[1923] 3 W.W.R. 555	187
R. v. Crawford	[1995] 1 S.C.R. 858	710
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	124
R. v. Crosby	[1995] 2 S.C.R. 912	466
R. v. Crossley	(1997), 117 C.C.C. (3d) 533	245
R. v. D. (L.E.)	[1989] 2 S.C.R. 111	239
R. v. D.E.C.	[1995] B.C.J. No. 1074 (QL)	138
R. v. Davis	[1985] B.C.J. No. 1732 (QL)	106
R. v. Deane	[1997] O.J. No. 3578 (QL)	139
R. v. Degan	(1985), 20 C.C.C. (3d) 293	804
R. v. Desmeules	[1971] R.L. 505	35

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Dickhoff.....	(1998), 130 C.C.C. (3d) 494.....	692
R. v. Dickson.....	[1994] 1 S.C.R. 153.....	477
R. v. Dietrich.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 49.....	301
R. v. Doug Rankine Co.	(1983), 36 C.R. (3d) 154.....	1184
R. v. Dowd.....	(1997), 120 C.C.C. (3d) 360.....	623
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	1004
R. v. Edwards.....	(1996), 105 C.C.C. (3d) 21.....	499
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	1235
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451.....	84
R. v. Erotica Video Exchange Ltd.....	(1994), 163 A.R. 181.....	1164
R. v. Ewanchuk.....	[1999] 1 S.C.R. 330.....	478, 1003
R. v. Ewert.....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 207.....	33
R. v. Ewert.....	[1992] 3 S.C.R. 161.....	21
R. v. F. (D.S.).....	(1999), 43 O.R. (3d) 609.....	284
R. v. Felawka.....	[1993] 4 S.C.R. 199.....	116
R. v. Ferguson.....	[1997] O.J. No. 2488 (QL).....	137
R. v. Ferry.....	(1992), 18 C.R. (4th) 221.....	187
R. v. Finlay.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48.....	1006
R. v. Fisher.....	(2000), 47 O.R. (3d) 397.....	844
R. v. Fitton.....	[1956] S.C.R. 958.....	21, 62
R. v. Flemming.....	(1980), 43 N.S.R. (2d) 249.....	187
R. v. Fowler.....	(1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255.....	53
R. v. Frederick.....	(1931), 57 C.C.C. 340.....	479
R. v. G. (J.R.).....	(1998), 17 C.R. (5th) 399.....	618
R. v. G. (R.M.).....	[1996] 3 S.C.R. 362.....	691
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	506, 515
R. v. Garfinkle.....	(1992), 15 C.R. (4th) 254.....	610
R. v. Garofoli.....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	1004
R. v. Gauthier.....	[1996] Q.J. No. 952 (QL).....	502
R. v. Gladue.....	[1999] 1 S.C.R. 688.....	116, 795, 847
R. v. Goltz.....	[1991] 3 S.C.R. 485.....	98, 129
R. v. Grand-Pierre.....	(1998), 124 C.C.C. (3d) 236.....	244
R. v. Grant.....	(1998), 130 C.C.C. (3d) 53.....	1006
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	1017
R. v. Greenbaum.....	[1993] 1 S.C.R. 674.....	428, 942, 971
R. v. Gregor.....	(1953), 31 M.P.R. 99.....	126
R. v. Guidice.....	[1964] W.A.R. 128.....	83
R. v. H. (C.W.).....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 146.....	695
R. v. Hainnu.....	[1998] N.W.T.J. No. 101 (QL).....	130
R. v. Hanlon.....	(1958), 28 C.R. 398.....	35
R. v. Hardy.....	(1794), 24 St. Tr. 199.....	83
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	589
R. v. Harris.....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 1.....	1021
R. v. Hawkins.....	(1993), 15 O.R. (3d) 549.....	1163
R. v. Hawkins.....	[1996] 3 S.C.R. 1043.....	182, 243
R. v. Hayes.....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 294.....	36

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	22, 476, 709
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761.....	340
R. v. Hicklin	(1868), L.R. 3 Q.B. 360.....	1156
R. v. Hirtle.....	(1999), 136 C.C.C. (3d) 419.....	844
R. v. Hiscock.....	[1992] R.J.Q. 895	1010
R. v. Hodgson.....	[1998] 2 S.C.R. 449.....	83
R. v. Hogan	(1979), 50 C.C.C. (2d) 439.....	499
R. v. Hoilett.....	(1999), 136 C.C.C. (3d) 449.....	38
R. v. Irwin	(1979), 48 C.C.C. (2d) 423.....	502
R. v. J.C.....	(1992), 58 O.A.C. 157.....	101, 135
R. v. Jack	(1992), 70 C.C.C. (3d) 67	186
R. v. Jackson	(1977), 34 C.C.C. (2d) 35	33
R. v. Jackson	(1980), 57 C.C.C. (2d) 154.....	187
R. v. Jacob.....	(1996), 112 C.C.C. (3d) 1	1163
R. v. Jacquard.....	[1997] 1 S.C.R. 314.....	692
R. v. James	Ont. Ct. (Gen. Div.), January 25, 1991.....	53
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128.....	375
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	588
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229.....	473
R. v. K. (A.)	(1999), 45 O.R. (3d) 641.....	285
R. v. K.B.	(1999), 176 N.S.R. (2d) 283	620
R. v. Kalashnikoff.....	(1981), 57 C.C.C. (2d) 481	32
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	1223
R. v. Kelly	(1999), 213 N.B.R. (2d) 1	244
R. v. Kensington Income Tax Commissioners	[1917] 1 K.B. 486.....	1015
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531.....	166, 206
R. v. Kopf.....	(1997), 6 C.R. (5th) 305.....	844
R. v. Kopf.....	[1997] R.J.Q. 410	844
R. v. Krist.....	(1998), 113 B.C.A.C. 176	1018
R. v. Kuldip.....	[1990] 3 S.C.R. 618.....	482, 697
R. v. Kumar	(1993), 85 C.C.C. (3d) 417	110
R. v. L. (J.W.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 263	254
R. v. L. (W.K.).....	[1991] 1 S.C.R. 1091.....	367
R. v. L.E.W.	[1996] O.J. No. 753 (QL)	83
R. v. Lachance.....	[1990] 2 S.C.R. 1490.....	1006
R. v. Langille.....	(1987), 77 N.S.R. (2d) 224	502
R. v. Lapierre	(1998), 123 C.C.C. (3d) 332	130
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852... 288, 505, 514, 614, 686	
R. v. Lazure.....	(1959), 126 C.C.C. 331	32
R. v. Lefthand.....	(1981), 31 A.R. 459.....	101, 134
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281.....	27, 247
R. v. Lemay	(1998), 127 C.C.C. (3d) 528	502
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475.....	171
R. v. Liew.....	[1999] 3 S.C.R. 227.....	23
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320.....	166, 206, 726, 733, 748, 758

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lillyman	[1896] 2 Q.B. 167.....	303
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	1259
R. v. Lockwood.....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 438.....	502
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439.....	1244
R. v. Lupien.....	[1970] S.C.R. 263.....	614
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711.....	108
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309... 114, 461, 535, 562, 589	
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	114, 501, 515
R. v. M. (P.S.).....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402.....	304, 497
R. v. Madrid	(1994), 48 B.C.A.C. 271	1021
R. v. Madsen	[1988] N.W.T.R. 82.....	1008
R. v. Mafi	(1998), 21 C.R. (5th) 139.....	187
R. v. Maheu.....	[1997] R.J.Q. 410	828
R. v. Maheu.....	(1997), 116 C.C.C. (3d) 361	828
R. v. Mair	(1998), 122 C.C.C. (3d) 563	289
R. v. Malboeuf	[1997] O.J. No. 1398 (QL)	620
R. v. Malott	[1998] 1 S.C.R. 123.....	692, 739
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223.....	381, 383, 630
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	112
R. v. Maynard.....	[1999] M.J. No. 8 (QL).....	844
R. v. McAnespie.....	[1993] 4 S.C.R. 501.....	512
R. v. McCrea	[1970] 3 C.C.C. 77	106, 134
R. v. McCreery.....	[1996] B.C.J. No. 2405 (QL).....	1009
R. v. McDonald.....	(1998), 127 C.C.C. (3d) 57	130
R. v. McDow	(1996), 147 N.S.R. (2d) 343	502
R. v. McIntosh.....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 385	610
R. v. McIntosh.....	(1999), 141 C.C.C. (3d) 97	85
R. v. McKenzie	(1986), 32 C.C.C. (3d) 527	186
R. v. McLeod	(1991), 6 B.C.A.C. 223	186
R. v. McMillan.....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 160.....	614
R. v. Ménard.....	[1998] 2 S.C.R. 109.....	293
R. v. Mesgun	(1997), 121 C.C.C. (3d) 439	502
R. v. Middleton	(1974), 59 Cr. App. R. 18.....	77
R. v. Miller.....	(1991), 5 O.R. (3d) 678.....	186
R. v. Mills.....	(1999), 133 C.C.C. (3d) 451	130
R. v. Mills.....	[1999] 3 S.C.R. 668.....	247, 327, 358, 461, 562, 1257
R. v. Mohan.....	[1994] 2 S.C.R. 9.....	81, 283, 298, 609
R. v. Monkman.....	(1998), 132 C.C.C. (3d) 89	844
R. v. Monroe	(1997), 8 C.R. (5th) 324.....	1018
R. v. Moore	(1984), 15 C.C.C. (3d) 541	186
R. v. Morehouse.....	(1982), 38 N.B.R. (2d) 367.....	106
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	340, 562, 1155, 1226
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	284, 382, 394, 597
R. v. Morris	(1998), 134 C.C.C. (3d) 539	1019
R. v. Murakami	[1951] S.C.R. 801	21

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Murray	[1951] 1 K.B. 391.....	83
R. v. Noble	[1997] 1 S.C.R. 874.....	710
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	1049, 1235
R. v. Nugent	(1988), 84 N.S.R. (2d) 191	18, 87
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411.....	340, 350, 462, 573
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	352, 474, 1179, 1231
R. v. Olav D	(1986), 1 W.C.B. (2d) 42	107
R. v. Ollerhead	(1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38	53
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	462
R. v. Owen	(1983), 4 C.C.C. (3d) 538	39
R. v. P. (R.)	(1990), 58 C.C.C. (3d) 334	186, 221
R. v. Pascoe	(1997), 5 C.R. (5th) 341.....	618
R. v. Paulson	(1995), 97 C.C.C. (3d) 344	1012
R. v. Perlett	[1999] O.J. No. 1695 (QL)	621
R. v. Pétel	[1994] 1 S.C.R. 3.....	684
R. v. Pettigrew	(1990), 56 C.C.C. (3d) 390	117, 138
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281.....	1019
R. v. Playford	(1987), 40 C.C.C. (3d) 142	1006
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880.....	375
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601.....	375
R. v. Precourt	(1976), 18 O.R. (2d) 714.....	26
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5.....	116, 504, 795, 826, 855
R. v. Puffer	(1976), 31 C.C.C. (2d) 81	35
R. v. R. (D.)	(1995), 98 C.C.C. (3d) 353	244
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588.....	336, 386
R. v. Rennie	(1981), 74 Cr. App. R. 207.....	37
R. v. Riley	(1996), 107 C.C.C. (3d) 278	502
R. v. Roberts	(1998), 199 N.B.R. (2d) 387.....	130
R. v. Robertson	(1975), 21 C.C.C. (2d) 385	614
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829.....	163, 240
R. v. Romansky	(1981), 6 Man. R. (2d) 408.....	57
R. v. Rose	(1998), 108 B.C.A.C. 221	254
R. v. Russell	[2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55..	728, 748, 762
R. v. S. (J.T.)	(1996), 47 C.R. (4th) 240.....	623
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909.....	684
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451.....	473
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521.....	755, 759
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	178
R. v. Santocono	(1996), 91 O.A.C. 26.....	468
R. v. Saswirsy	(1981), 6 W.C.B. 344	101, 135
R. v. Saulnier	(1987), 21 B.C.L.R. (2d) 232.....	141
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979.....	375
R. v. Scozzafava	[1997] O.J. No. 5804 (QL)	134
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	171, 241, 449, 613

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar	[1976] 1 Q.B. 606.....	389
R. v. Serack	[1974] 2 W.W.R. 377.....	39
R. v. Shalala	(2000), 224 N.B.R. (2d) 118.....	1009
R. v. Sharma	[1993] 1 S.C.R. 650.....	428, 943, 969
R. v. Sharp	[1988] 1 W.L.R. 7	229
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227.....	504
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495.....	1170
R. v. Smith	[1959] 2 Q.B. 35.....	34
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	128, 398
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915.....	167, 218
R. v. Smyk	(1993), 86 C.C.C. (3d) 63	1006
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40...597, 728, 733, 749	
R. v. Stevenson.....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 464	699, 710
R. v. Stewart.....	[1993] O.J. No. 954 (QL)	107
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607.....	24
R. v. Stoddart	(1987), 37 C.C.C. (3d) 351	469
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480.....	504
R. v. Strongquill	(1978), 43 C.C.C. (2d) 232.....	187
R. v. Sweeney.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 245	699, 710
R. v. Symonds	(1983), 9 C.C.C. (3d) 225	710
R. v. T. (D.B.).....	(1994), 89 C.C.C. (3d) 466	289
R. v. T.E.M.....	(1996), 187 A.R. 273.....	292, 304
R. v. Taillefer.....	(1995), 100 C.C.C. (3d) 1	619
R. v. Taillefer.....	(1995), 40 C.R. (4th) 1.....	619
R. v. Tam.....	(1995), 100 C.C.C. (3d) 196.....	254
R. v. Tarafa.....	[1990] R.J.Q. 427	481
R. v. Tat	(1997), 117 C.C.C. (3d) 481	223
R. v. Terceira.....	(1998), 123 C.C.C. (3d) 1	86
R. v. Terry	[1996] 2 S.C.R. 207.....	177
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	1006
R. v. Thorne	(1988), 41 C.C.C. (3d) 344	85
R. v. Todoruk	(1992), 78 C.C.C. (3d) 139	1009
R. v. Tombran.....	(2000), 47 O.R. (3d) 182.....	200
R. v. U. (F.J.).....	[1995] 3 S.C.R. 764.....	242
R. v. Underwood.....	[1998] 1 S.C.R. 77.....	480
R. v. Villamar	[1999] O.J. No. 1923 (QL)	285
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	198, 263, 748, 758
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	304
R. v. Warickshall	(1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234	83
R. v. Warner	(1994), 94 C.C.C. (3d) 540	245
R. v. Warsing.....	[1998] 3 S.C.R. 579.....	498
R. v. Weber.....	[1973] 1 W.W.R. 262	106, 134
R. v. Wells	[2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10.....	847
R. v. Wey.....	(1999), 142 C.C.C. (3d) 556	844

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Whalen.....	[1999] O.J. No. 3488 (QL)	83
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417.....	461
R. v. Whittle	[1994] 2 S.C.R. 914.....	23
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3.....	474
R. v. Worth	(1995), 98 C.C.C. (3d) 133	699, 713
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272.....	22
R. v. Wust.....	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.....	98, 129
R. v. Wysochan	(1930), 54 C.C.C. 172	187
R. v. Yun Ying Lee.....	(1981), 6 W.C.B. 344	101, 135
R.C.A. Photophone, Ltd. v. Gaumont-British Picture Corp.....	(1936), 53 R.P.C. 167.....	1049
Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)	(1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336.....	372, 390
Re Agar, McNeilly v. Agar	[1958] S.C.R. 52.....	587
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486.....	339, 538
Re Church of Scientology and The Queen (No. 6).....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449	1015
Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond	(1982), 132 D.L.R. (3d) 166	976
Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York	(1975), 61 D.L.R. (3d) 193	658
Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge	(1982), 135 D.L.R. (3d) 58	952, 990
Re Grant Estate	[1971] 1 W.W.R. 555.....	187
Re J.B.	(1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1	187
Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto	[1970] 3 O.R. 657.....	664
Re Preston.....	[1985] A.C. 835.....	389
Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay.....	[1970] 1 O.R. 109.....	949
Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	429
Reference re Education Act (Que.)	[1993] 2 S.C.R. 511.....	429
Reference re Firearms Act.....	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	129
Reference re Resolution to Amend the Constitution	[1981] 1 S.C.R. 753.....	430
Reference re s. 17 of the Alberta Act.....	[1927] R.C.S. 364	437
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	343, 569, 1224
Regina Public School District v. Graton Separate School District	(1915), 50 S.C.R. 589.....	431
Reilly v. State.....	355 A.2d 324 (1976)	28
Reilly v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 396.....	684
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	339, 538
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	343, 569, 1224
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)	[1993] 2 R.C.S. 511.....	429
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu.....	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	129
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	429
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	430
Revenue Properties Co. v. Victoria University.....	(1993), 101 D.L.R. (4th) 172.....	644, 658, 670
Rhone-Poulenc Agrochimie SA v. UIM Chemical Services Pty. Ltd.	(1986), 68 A.L.R. 77	1048
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189	875
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27.....	584, 1006, 1095
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 311.....	770, 774

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
RJR–MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	1197, 1232
RJR MacDonal d Inc. c. Canada (Procureur général).....	C.S.C., n° 23460, 4 octobre 1993.....	859
RJR–MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 311.....	770, 774
RJR–MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	1197, 1234
RJR MacDonal d Inc. v. Canada (Attorney General).....	S.C.C., No. 23460, October 4, 1993.....	859
Rodgers v. Canada.....	(1993), 74 F.T.R. 164.....	650, 660, 672
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	343, 562
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	343, 562
Rothman c. La Reine.....	[1981] 1 R.C.S. 640.....	22, 709
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	22, 709
Rourke c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 1021.....	388
Rourke v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 1021.....	388

S

S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service).....	(1998), 38 R.F.L. (4th) 138.....	548, 579
Sappi Fine Papers (Pty.) Ltd. v. ICI Canada Inc. (Formerly CIL Inc.).....	1992 (3) SA 306.....	1048
Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas.....	(1989), 60 D.L.R. (4th) 143.....	336, 394
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	406, 550, 591, 1248
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	44
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City).....	[1994] 1 S.C.R. 231.....	956, 980
Shepard v. United States.....	290 U.S. 96 (1933).....	233
Singh c. Minist re de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	339, 534, 562
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	339, 534, 562
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	334, 1193
Smale v. North Sails Ltd.....	[1991] 3 N.Z.L.R. 19.....	1048
Smith Incubator Co. v. Seiling.....	[1936] S.C.R. 251.....	1045
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal.....	[1987] 1 R.C.S. 711.....	891, 940
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 3 R.C.S. 480.....	1232
St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City).....	[1997] 2 S.C.R. 657.....	647
State v. Spencer.....	459 S.E.2d 812 (1995).....	617
Steel Brothers Canada Ltd. v. Canada.....	(1986), 1 F.T.R. 22.....	650
Steele c. Établissement Mountain.....	[1990] 2 R.C.S. 1385.....	129
Steele v. Mountain Institution.....	[1990] 2 S.C.R. 1385.....	129
Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia).....	(1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122.....	371, 390
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	45
Stein v. The Ship "Kathy K".....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	44
Stourcliffe Estates Co. v. Bournemouth Corp.....	[1908-10] All E.R. 785.....	985
Submarine Signal Co. v. Henry Hughes & Son, Ld.....	(1931), 49 R.P.C. 149.....	1112
Sun Life Assurance Co. of Canada v. City of Montreal.....	[1950] S.C.R. 220.....	658
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	774

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
T		
T. v. Alberta (Director of Child Welfare).....	(2000), 188 D.L.R. (4th) 603.....	566
Tarmac Canada Inc. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality).....	(1999), 48 C.L.R. (2d) 236.....	893
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	1248
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	1248
The King ex rel. Lee v. Workmen's Compensation Board.....	[1942] 2 D.L.R. 665.....	388
The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.	[1930] S.C.R. 500.....	970
The King v. Uhlemann Optical Co.	[1952] 1 S.C.R. 143.....	1041
The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111.....	890
The Queen v. Guerin.....	[1983] 2 F.C. 656.....	662
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 1997, p. 882.....	770
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877.....	1232
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	S.C.C. Bulletin of Proceedings, 1997, p. 882.....	770
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877.....	1232
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	340, 535, 590
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	340, 535, 589
Times Film Corp. v. City of Chicago.....	365 U.S. 43 (1961).....	1241
Timm c. La Reine.....	[1981] 2 R.C.S. 315.....	303
Timm v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 315.....	304
Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa.....	(1918), 44 O.L.R. 284.....	952, 984
Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine.....	[1985] 1 R.C.S. 494.....	1157
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	1157
Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.	(1996), 31 C.L.R. (2d) 210.....	904
U		
U.S. v. Commito.....	918 F.2d 95 (1990).....	1010
U.S. v. Green.....	40 F.3d 1167 (1994).....	1010
U.S. v. Guerra-Marez.....	928 F.2d 665 (1991).....	1010
U.S. v. London.....	66 F.3d 1227 (1995).....	1010
U.S. v. Milton.....	153 F.3d 891 (1998).....	1010
U.S. v. Smith.....	31 F.3d 1294 (1994).....	1010
U.S. v. Torres.....	901 F.2d 205 (1990).....	1010
United States of America v. Friedland.....	[1996] O.J. No. 4399 (QL).....	1015
United States v. Brown.....	490 F.2d 758 (1973).....	233

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States v. Pheaster	544 F.2d 353 (1976).....	189
United States v. Powers	59 F.3d 1460 (1995).....	617
United States v. Thirty-Seven Photographs	402 U.S. 363 (1971).....	1176, 1244

V

Vachon Construction Ltd. v. Cariboo (Regional District).....	(1996), 136 D.L.R. (4th) 307.....	893
Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District	[1955] 2 D.L.R. 709.....	934, 982
Vézeau c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 277.....	597
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	597
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.....	1187, 1247

W

Walker v. Mayor of St. John.....	(1872), 14 N.B.R. 143.....	955, 984
Wall and Redekop Corp. v. City of Vancouver.....	(1974), 16 N.R. 436.....	956
Wallis v. Spencer.....	202 F.3d 1126 (2000).....	570
Ward c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 30.....	21
Ward v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 30.....	21
Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.....	520 U.S. 17 (1997).....	1046
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	178
Wells c. Terre-Neuve.....	[1999] 3 R.C.S. 199.....	954, 975
Wells v. Newfoundland.....	[1999] 3 S.C.R. 199.....	954, 975
Wepruk (Guardian ad litem of) v. McMillan Estate	(1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273.....	245
West Virginia State Board of Education v. Barnette.....	319 U.S. 624 (1943).....	1258
Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada....	[1934] S.C.R. 570.....	1050, 1098
Whirlpool Corp. v. Camco Inc.....	[2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67.....	1053, 1118
Whirlpool Corp. v. Maytag Corp.....	[2000] 2 S.C.R. 1116, 2000 SCC 68.....	1053
White v. Dunbar.....	119 U.S. 47 (1886).....	1097
William Cory & Son Ltd. v. London Corp.	[1951] 2 K.B. 476.....	957
Williams v. Box.....	(1910), 44 S.C.R. 1.....	1094
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) ...	[1999] 2 R.C.S. 625.....	850
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625.....	850
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	[1997] 3 S.C.R. 925.....	551
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.	[1995] 1 S.C.R. 85.....	877

Y

Yorkton Flying Services Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)	[1995] 9 W.W.R. 184.....	893
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	576

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Alberta Act</i> , S.C. 1905, c. 3		<i>Customs Tariff</i> , R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII	
s. 17(2).....	409	Code 9956(a).....	1120
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		G	
s. 1.....	1120	<i>Government Organization Act</i> , S.A. 1994, c. G-8.5	
s. 2(b).....	1120	s. 13(2).....	409
s. 7.....	307, 443, 519	L	
s. 11(d).....	443	<i>Land Title Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 250	
s. 12.....	90	s. 108(2).....	919
s. 15.....	1120	M	
s. 32.....	307	<i>Municipal Act</i> , R.S.B.C. 1960, c. 255	
<i>Child and Family Services Act</i> , S.M. 1985-86, c. 8		s. 702A.....	919
s. 21(1).....	519	<i>Municipal Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 290	
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 19.....	919
s. 93.....	409	s. 287.....	919
<i>Criminal Code</i> , R.S.C., 1985, c. C-46		s. 963.....	919
s. 220(a).....	90	s. 972.....	919
s. 276(1).....	443	s. 980(5).....	919
s. 276(2)(c).....	443	s. 982.....	919
s. 276.1(2).....	443	S	
s. 276.2(2).....	443	<i>School Act</i> , S.A. 1988, c. S-3.1	
s. 676(1)(a).....	992	s. 157.1(1).....	409
s. 686(1)(b)(iii).....	674	s. 157.1(8).....	409
s. 742.1.....	780	s. 158.....	409
s. 742.3(2)(f).....	780	<i>Supreme Court Act</i> , R.S.C., 1985, c. S-26	
<i>Customs Act</i> , R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)		s. 47.....	307
s. 58.....	1120		
s. 71.....	1120		
s. 152.....	1120		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur la Cour suprême</i> , L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 1.....	1120	art. 47.....	307
art. 2b).....	1120	<i>Loi sur les douanes</i> , L.R.C. (1985), ch. 1 (2 ^e suppl.)	
art. 7.....	307, 443, 519	art. 58.....	1120
art. 11d).....	443	art. 71.....	1120
art. 12.....	90	art. 152.....	1120
art. 15.....	1120	<i>Loi sur les services à l'enfant et à la famille</i> , L.M. 1985-86, ch. 8	
art. 32.....	307	art. 21(1).....	519
<i>Code criminel</i> , L.R.C. (1985), ch. C-46		M	
art. 220a).....	90	<i>Municipal Act</i> , R.S.B.C. 1960, ch. 255	
art. 276(1).....	443	art. 702A.....	919
art. 276(2)c).....	443	<i>Municipal Act</i> , R.S.B.C. 1979, ch. 290	
art. 276.1(2).....	443	art. 19.....	919
art. 276.2(2).....	443	art. 287.....	919
art. 676(1)a).....	992	art. 963.....	919
art. 686(1)b)(iii).....	674	art. 972.....	919
art. 742.1.....	780	art. 980(5).....	919
art. 742.3(2)f).....	780	art. 982.....	919
G			
<i>Government Organization Act</i> , S.A. 1994, ch. G-8.5		S	
art. 13(2).....	409	<i>School Act</i> , S.A. 1988, ch. S-3.1	
L			
<i>Land Title Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 250		art. 157.1(1).....	409
art. 108(2).....	919	art. 157.1(8).....	409
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 158.....	409
art. 93.....	409	T	
<i>Loi sur l'Alberta</i> , S.C. 1905, ch. 3		<i>Tarif des douanes</i> , L.R.C. (1985), ch. 41 (3 ^e suppl.), annexe VII	
art. 17(2).....	409	code 9956a).....	1120

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Annand, Ruth E. “Infringement of Patents — Is “Catnic” the Correct Approach for Determining the Scope of a Patent Monopoly Under the Patents Act 1977?” (1992), 21 <i>Anglo-Am. L. Rev.</i> 39.	1048
Appraisal Institute of Canada. <i>The Appraisal of Real Estate</i> , Canadian ed. Winnipeg: The Institute, 1999.	647
Archibald, Bruce P. “The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?” (1999), 25 <i>Queen’s L.J.</i> 1.	254
Bala, Nicholas. “An Introduction to Child Protection Problems”. In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., <i>Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State</i> . Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 1.	564
Bala, Nicholas. “Reforming Ontario’s <i>Child and Family Services Act</i> : Is the Pendulum Swinging Back Too Far?” (1999-2000), 17 <i>C.F.L.Q.</i> 121.	536, 579
Barker, James G., and Robert J. Howell. “The Plethysmograph: A Review of Recent Literature” (1992), 20 <i>Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.</i> 13.	617
Barnhorst, Dick, and Bernd Walter. “Child Protection Legislation in Canada”. In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., <i>Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State</i> . Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 17.	566
Bedau, Hugo Adam, and Michael L. Radelet. “Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases” (1987), 40 <i>Stan. L. Rev.</i> 21.	27
Bernstein, Marvin M., Lynn M. Kirwin and Helen Bernstein. <i>Child Protection Law in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1990 (loose-leaf updated 2000, release 1).	564
Berryman, Jeffrey. <i>The Law of Equitable Remedies</i> . Toronto: Irwin Law, 2000.	776
Bickel, Alexander M. <i>The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics</i> , 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.	1239
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 5. Traduit de l’anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.	1240
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed., Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.	387
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed., Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1770.	1240
Blok, Murray B. “The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, “Hearsay Today, Gone Tomorrow”)” (1993), 51 <i>Advocate</i> 675.	175
Borovoy, A. Alan. <i>When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties</i> . Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.	1218

Boudreau, Jean-Claude. "AT&T Technologies: A Contribution to the Purposive Construction Approach for Patent Infringement Analysis in Canada" (1998-99), 15 <i>C.I.P.R.</i> 323.	1057
Boyle, Christine, and Marilyn MacCrimmon. "The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered" (1999), 41 <i>Crim. L.Q.</i> 198.....	466
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 6, 2nd Sess., 31st Parl., pp. 4353-54.	973
British Columbia. Ministry of Social Services. Gove Inquiry into Child Protection. <i>Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia</i> . Vancouver: The Inquiry, 1995.....	563
Brookings Task Force on Civil Justice Reform. <i>Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation</i> . Washington: Brookings Institution, 1989.....	395
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).....	367
Bryden, Philip. " <i>Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission): A Case Comment</i> " (1999), 33 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 153.....	363
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975.....	170, 228
Canada. Commission du droit. <i>La dignité retrouvée: la réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens</i> . Ottawa: Commission du droit du Canada, 2000.....	564
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 20 septembre 1994, pp. 5871, 5873.	845
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 1 ^{re} sess., 24 ^e lég., 27 août 1958, p. 4388.	1141
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 1 ^{re} sess., 33 ^e lég., 2 avril 1985, pp. 3605, 3606, 3608, 3611.	1258
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873.	845
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, p. 4177.....	1141
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, pp. 3605-6, 3608, 3611.	1258
Canada. Law Commission. <i>Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions</i> . Ottawa: Law Commission of Canada, 2000.	563
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975.	170, 228
Canada. Sénat. <i>Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> . Fascicule n ^o 60, 19 octobre 1995.....	137
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> . Issue No. 60, October 19, 1995.....	137
Canada. Statistics Canada. <i>Family Violence in Canada: A Statistical Profile 2000</i> . Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2000.	563
Canada. Statistique Canada. <i>La violence familiale au Canada: un profil statistique 2000</i> . Ottawa: Centre canadien de la statistique juridique, 2000.....	563
Carter, P. B. "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 <i>L.Q.R.</i> 573.	178, 246
Cassels, Jamie. "An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy". In Jeffrey Berryman, ed., <i>Remedies: Issues and Perspectives</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271.	776
Cherniak, Earl A., and Elissa How. "Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada" (1999), 31 <i>Can. Bus. L.J.</i> 209.....	878
Choo, Andrew L.-T. <i>Hearsay and Confrontation in Criminal Trials</i> . Oxford: Clarendon Press, 1996.	178, 245
Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. "Customs Censorship and the Charter: The <i>Little Sisters</i> Case" (1996), 7 <i>Constitutional Forum</i> 103.	1246

Cossman, Brenda, et al. <i>Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1997.	1160
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal: Thémis, 1999.	499, 938, 1094
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	938, 1094
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.	499
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.	239
<i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.	170, 229
Delisle, R. J. "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75.	173
Delisle, R. J. "R. v. Smith: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260.	161, 187
Delisle, R. J. "The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles" (1994), 29 C.R. (4th) 267.	623
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	1006
Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.". In Varda Burstyn, ed., <i>Women Against Censorship</i> . Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.	1234
Emerson, Thomas I. "The Doctrine of Prior Restraint" (1955), 20 <i>L. & Contemp. Probs.</i> 648.	1242
Evans, J. M., H. N. Janisch and David J. Mullan. <i>Administrative Law: Cases, Text, and Materials</i> , 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1995.	367
Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982.	303
Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 <i>Can. Bus. L.J.</i> 356.	877
Feldthusen, Bruce. <i>Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2000.	884
Feldthusen, Bruce. "Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?" (1999), 28 <i>U. W. Austl. L. Rev.</i> 84.	883
Fodden, Simon R. <i>Family Law</i> . Toronto: Irwin Law, 1999.	565
Fortin, Jane. <i>Children's Rights and the Developing Law</i> . London: Butterworths, 1998.	565
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.	1040, 1099
Friedman, Milton R. <i>Friedman on Leases</i> , vol. 2. New York: Practising Law Institute, 1974.	645
<i>Funding for School Authorities in the 1995-1996 School Year: A Manual for School Jurisdictions, Private Schools and Private ECS Operators</i> . Alberta: Alberta Education, 1995.	424
Furedy, John J. "The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers" (1993), 15 <i>Int. J. Psychophysiology</i> 263.	56
Furedy, John J., and John Liss. "Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses" (1986), 29 <i>Crim. L.Q.</i> 91.	30
Goldsmith, Immanuel. <i>Patents of Invention</i> . Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.	1050
Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. Cowansville: Yvon Blais, 1983.	303
Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects" (1988), 28 <i>Med. Sci. & L.</i> 187.	27

Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type" (1990), 30 <i>Med. Sci. & L.</i> 329.....	27
Hawkins, Robert E. "Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions" (2000), 25 <i>Queen's L.J.</i> 599.....	380
Hayhurst, William L. "The Art of Claiming and Reading a Claim". In Gordon F. Henderson, ed., <i>Patent Law of Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 177.	1087
Héту, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. <i>Droit municipal: Principes généraux et contentieux</i> . Montréal: Hébert Denault, 1998.....	941
Hickson, Ford. C. I., et al. "Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex" (1994), 23 <i>Archives of Sexual Behavior</i> 281.	1223
Hitchman, Carol V. E., and Donald H. MacOdrum. "Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions" (1990-91), 7 <i>C.I.P.R.</i> 167.	96, 1052
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 75.....	1193, 1257
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (update 1999, release 1).....	333, 539, 1236
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.....	988
Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , 7th ed., vol. I. Revised under the general editorship of A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.....	387
Hung, Kwing. <i>Firearm Statistics</i> . Ottawa: Research and Statistics Division, Department of Justice, 1999.	116
Hung, Kwing. <i>Statistiques sur les armes à feu</i> . Ottawa: Section de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice, 1999.....	116
Institut canadien des évaluateurs. <i>The Appraisal of Real Estate</i> , édition canadienne. Winnipeg: L'institut, 1999.	647
Ireland. Law Reform Commission. "The Rule Against Hearsay". In <i>Reports</i> , vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.....	179
Island, David, and Patrick Letellier. <i>Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence</i> . New York: Harrington Park Press, 1991.....	1223
Jeffreys, Sheila. <i>The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution</i> . North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.....	1224
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.....	387, 952
Kassin, Saul M., and Lawrence S. Wrightsman. "Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts" (1981), 11 <i>J. Applied Soc. Psychol.</i> 489.	26
Kaufman, Fred. <i>The Admissibility of Confessions</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.....	35
Kelly, Katharine D. "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 <i>C.J.W.L.</i> 178.....	462
Kiesel, Diane. "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the Hillmon Doctrine" (1984), 33 <i>Cath. U. L. Rev.</i> 699.....	233
<i>La protection de l'enfant: évolution</i> . Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999.	565
Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 1338.....	1248
Learned Hand. "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony" (1901), 15 <i>Harv. L. Rev.</i> 40.	299

Lepofsky, M. David. "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation". In Frank E. McArdle, ed., <i>The Cambridge Lectures 1989</i> . Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.....	1234
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.....	876
Lupul, Manoly R. <i>The Roman Catholic Church and the North-West School Question: a study in church-state relations in western Canada, 1875-1905</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1974.....	439
Lykken, David T. <i>A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector</i> . New York: Plenum Trade, 1998.	56
Macaulay, Robert W., and Robert G. Doumani. <i>Ontario Land Development: Legislation and Practice</i> , vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 (loose-leaf updated 1999, release 3).	958
MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality" (1992), 3 <i>Supreme Court L.R.</i> (2d) 269.....	175
MacMillan, H. L., et al. "Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement" (1997), 278 <i>JAMA</i> 131.	563
Maguire, John MacArthur. "The Hillmon Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 <i>Harv. L. Rev.</i> 709.	233
Manitoba. Family Services. Child and Family Services Act Review Committee. <i>Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process</i> . Winnipeg: The Ministry, 1997.	581
Manitoba. Family Services. <i>Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96</i> . Winnipeg: The Ministry, 1996.	563
Marin, André. "How to Assess Reliability in <i>Khan</i> and <i>K.G.B.</i> Applications" (1996), 38 <i>Crim. L.Q.</i> 353.	173
Marin, René J. <i>Admissibility of Statements</i> , 9th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated January 2000, release 4).	32
<i>McCormick on Evidence</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.....	229
McCrea, Patricia McNeill. "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — Implications for Preliminary Hearing Recantations" (1998), 61 <i>Sask. L. Rev.</i> 199.	173
McElroy, Wendy. <i>XXX: A Woman's Right to Pornography</i> . New York: St. Martin's Press, 1995.....	1234
McMurtrie, Sheena N. "The Waiting Game -- The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures", [1997] <i>Public Law</i> 159.....	392
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).....	239
Megarry, Robert Edgar, and William Wade. <i>The Law of Real Property</i> , 6th ed. By Charles Harpum. London: Sweet & Maxwell, 2000.	659
Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 <i>Crim. L.Q.</i> 29.....	618
Milton, John. <i>Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England</i> . London: 1644.....	1260
Moon, Richard. "R. v. Butler: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163" (1993), 25 <i>Ottawa L. Rev.</i> 361.....	1160
Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 <i>Harv. L. Rev.</i> 177.	229
Morin, Luc, et Claude Boisclair. «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert» (1992), 23 <i>R.D.U.S.</i> 27.....	617
Myers, John E. B., et al. "Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation" (1989), 68 <i>Neb. L. Rev.</i> 1.	617
Nead, Lynda. "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality". In Nicholas Mirzoeff, ed., <i>The Visual Culture Reader</i> . London: Routledge, 1998, 485.....	1234

<i>Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Montréal: Dicorobert, 1996, "collectivité".....	836
Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 <i>Stud. L. Pol. & Soc.</i> 189.....	27
Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" (1998), 88 <i>J. Crim. L. & Criminology</i> 429.	27
Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" (1997), 74 <i>Denv. U. L. Rev.</i> 979.....	27
Oleskiw, Diane. "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 <i>Crown's Newsletter</i> 37.....	175
Ontario Association of Children's Aid Societies. <i>Ontario Child Mortality Task Force – Final Report</i> . Special edition supplement to the Journal of the Ontario Association of Children's Aid Societies, July 1997.	563
Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. <i>The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin</i> (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.....	300
Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. <i>Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin</i> (Rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général, 1998.....	300
Ontario. Human Rights Commission. <i>Annual Report 1997-1998</i> . Toronto: The Commission, 1998.....	380
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Evidence</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.	179
Ontario. Panel of Experts on Child Protection. <i>Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection</i> . By Mary Jane Hatton. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998.....	563
Paciocco, David M. "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration". In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., <i>Labour Arbitration Yearbook 1994-95</i> . Toronto: Lancaster House, 1995, 123.	177
Paciocco, David M. "Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going? ". Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), January 31, 1998.	302
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.	623
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.	287
Paglia, Camille. <i>Vamps & Tramps: New Essays</i> . New York: Vintage Books, 1994.	1234
Patrick, Christopher J., and William G. Iacono. "Validity of the Control Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias" (1991), 76 <i>J. App. Psych.</i> 229.	56
<i>Phipson on Evidence</i> , 12th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).....	228
<i>Phipson on Evidence</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.....	239
Prithipaul, Ravi. "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1996), 39 <i>Crim. L.Q.</i> 84.....	175
Renzetti, Claire M. <i>Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships</i> . Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.	1223
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release 6).	1252
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 2000, release 7).	778
Rogers, Ian MacFee. <i>The Law of Canadian Municipal Corporations</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2000, release 3).....	947

Rogers, Ian MacFee. <i>Canadian Law of Planning and Zoning</i> . Toronto: Carswell, 1973 (loose-leaf updated 2000, release 3).	947
Rosenberg, Marc. "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69.	175, 245
Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 <i>Supreme Court L.R.</i> (2d) 421.	181
Rowse, Derek. "Necessity and Reliability: What is the Impact of <i>Khan</i> on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 294.	172, 245
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.	507
Rycus, Judith S., Ronald C. Hughes and Jewell K. Garrison. <i>Child Protective Services: A Training Curriculum</i> , vol. 1. Washington: Child Welfare League of America, 1989.	568
Ryder, Bruce. "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada". In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., <i>Interpreting Censorship in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.	1246
Sajewycz, Mark. "Patent Claim Interpretation as It Should Be: Promoting the Objects of the Patent Act" (1996-97), 13 <i>C.I.P.R.</i> 173.	1048
Schiff, Stanley. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.	176, 229
Schwartz, Hart. "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection" (1994), 31 C.R. (4th) 232.	480
Scott, David W. "The Record of Proceedings in the Patent Office in Canada & Foreign Countries as Evidence in Infringement & Validity Contests" (1985-86), 2 <i>C.I.P.R.</i> 160.	1061
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated 1999, release 7).	769
Simpson, J. "Human Rights Commission Mill Grinds Slowly", <i>The Globe & Mail</i> . Toronto, October 1, 1998, p. A18.	380
Skiffington, Lawrence S. "Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context" (1982), 28 <i>Rocky Mtn. Min. L. Inst.</i> 671.	393
Solov'eva, G. R. "Instrumentation and Applications of Low-Frequency Magnetotherapy" (1975), 8 <i>Biomedical Engineering</i> 166.	1031
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	43, 83, 170, 233, 298, 473, 503
Sotiriadis, Bob H. "Purposive Construction in Canadian Patent Infringement Cases Since <i>O'Hara</i> " (1996), 11 <i>I.P.J.</i> 111.	1052
Steinhauer, Paul D. <i>Le moindre mal: La question du placement de l'enfant</i> . Traduit par Denise Marchand. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1996.	587
Steinhauer, Paul D. <i>The Least Detrimental Alternative: A Systematic Guide to Case Planning and Decision Making for Children in Care</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1991.	587
Stewart, Hamish. "Prior Identifications and Hearsay: A Note on <i>R. v. Tat</i> " (1998), 3 <i>Can. Crim. L. Rev.</i> 61.	175, 257
Strossen, Nadine. <i>Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights</i> . New York: Doubleday, 1995.	1219
Stuesser, Lee. " <i>R. v. B. (K.G.)</i> : Prior Inconsistent Statements as Truth" (1991), 5 C.R. (4th) 373.	175
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.	836
Takenaka, Toshiko. "Doctrine of Equivalents after <i>Hilton Davis</i> : A Comparative Law Analysis" (1996), 22 <i>Rutgers Computer & Tech. L.J.</i> 479.	1045

<i>Terrell on the Law of Patents</i> , 15th ed. By S. Thorley, R. Miller, G. Burkill and C. Birss. London: Sweet & Maxwell, 2000.....	1050
Then, Edward. "Dying Declarations Following <i>Khan and Smith</i> : Are They Necessarily Reliable?" In <i>National Criminal Law Program: Criminal Evidence</i> , vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.....	245
Thompson, D. A. Rollie. "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 C.R. (4th) 282.....	173, 246
Tisdale, Sallie. <i>Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex</i> . New York: Doubleday, 1994.....	1234
Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. <i>Mental Disorder in Criminal Proceedings</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	846
Turner, Jonathan D. C. "Purposive Construction: Seven Reasons Why Catnic is Wrong" (1999), 21 <i>E.I.P.R.</i> 531.....	1048
United Kingdom. Law Commission. Consultation Paper No. 138. <i>Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics</i> . London: HMSO, 1995.....	179
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.....	1099
Vogl, Robin. "Initial Involvement". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., <i>Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State</i> . Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 33.....	565
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.....	949, 969
Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. <i>Administrative Law</i> , 7th ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.....	367, 389
Wallace, I. N. Duncan. "Contractual Relational Loss in Canada" (1998), 114 <i>L.Q.R.</i> 370.....	878
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Evidence</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.....	241
White, Welsh S. "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 <i>Harv. C.R.—C.L. L. Rev.</i> 105.....	27
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.....	250
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vols. 2 and 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1970.....	43, 83
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.....	161, 232
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.....	302
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.....	239
Wisow, L. S. "Current Concepts: Child Abuse and Neglect" (1995), 332 <i>New Eng. J. Med.</i> 1425.....	563
Wood, Josiah. "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 <i>Prov. Judges J.</i> 5.....	173
Younger, Irving. <i>An Irreverent Introduction to Hearsay</i> . Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.....	229

**Camco Inc. and General Electric
Company Appellants**

v.

**Whirlpool Corporation and Inglis
Limited Respondents**

INDEXED AS: WHIRLPOOL CORP. v. CAMCO INC.

Neutral citation: 2000 SCC 67.

File No.: 27208.

1999: December 14; 2000: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Claims construction — Whether “purposive construction” proper approach to claims construction for both validity and infringement issues.

Patents — Validity — Double patenting — Whether patent should be invalid as double patenting.

In the 1970s the respondent Whirlpool developed an ingenious dual action agitator for clothes washing machines that utilized the bottom portion of the shaft for the usual oscillating motion back and forth but added an upper sleeve that was designed to work as a helical auger. The auger rotated only in one direction like a post-hole digger, and propelled water and clothing downwards onto the oscillating vanes of the lower agitator to produce more uniform scrubbing. This development work resulted in three Canadian patents. In the first patent the dual agitator was powered by a drive shaft. A second patent (“803 patent”) substituted a clutch mechanism for the drive shaft. The trial judge concluded that both of these patents required that the vanes on the lower agitator be rigid. Under a third patent (“734 patent”) flexible vanes were substituted for rigid vanes. The 734 patent also offered a choice of drive modes, one where the upper auger was driven “intermittently” and the other where it was driven

**Camco Inc. et General Electric
Company Appelantes**

c.

**Whirlpool Corporation et Inglis
Limited Intimées**

RÉPERTORIÉ: WHIRLPOOL CORP. c. CAMCO INC.

Référence neutre: 2000 CSC 67.

N° du greffe: 27208.

1999: 14 décembre; 2000: 15 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Interprétation des revendications — L'«interprétation téléologique» est-elle la méthode qui doit être utilisée pour interpréter les revendications en ce qui concerne à la fois les questions de validité et les questions de contrefaçon?

Brevets — Validité — Double brevet — Le brevet est-il invalide pour cause de double brevet?

Au cours des années 70, l'intimée Whirlpool a mis au point un ingénieux agitateur à double effet pour laveuse, qui utilisait la partie inférieure de l'arbre pour le mouvement oscillatoire habituel dans les deux directions, mais qui comportait, en plus, un manchon supérieur devant servir de chemise hélicoïdale. La chemise effectuait un mouvement de rotation dans une seule direction comme une bêche tarière, et elle projetait l'eau et les vêtements vers le bas sur les ailettes oscillantes de l'agitateur inférieur afin de réaliser un nettoyage plus uniforme. Ces travaux de développement ont donné lieu à trois brevets canadiens. Dans le premier brevet, l'agitateur à double effet était actionné par un arbre d'entraînement. Un deuxième brevet («brevet 803») remplaçait l'arbre d'entraînement par un mécanisme d'embrayage. Le juge de première instance a conclu que ces deux brevets exigeaient que les ailettes de l'agitateur inférieur soient rigides. Dans un troisième brevet («brevet 734»), les ailettes rigides étaient remplacées par des ailettes flexibles. Le brevet 734 offrait également un choix de modes d'entraînement; en vertu d'un mode d'entraînement, la chemise supérieure était actionnée de façon «intermittente», alors qu'en vertu de l'autre mode d'entraînement elle était actionnée de façon «continue». Le

“continuously”. The trial judge held the '734 patent to be valid and infringed.

On appeal to the Federal Court of Appeal the centerpiece of the attack on the validity of the '734 patent was that it constituted “double patenting” because the invention set out in its intermittent drive claims corresponded with the invention set out in the claims of the earlier '803 patent. Alternatively, it was said that the use of flex vanes was well understood in the washing machine business from the 1960s onward, and even if the '803 patent contemplated (as held by the trial judge) only rigid vanes on the lower oscillator, the use of flexible vanes was an obvious and non-inventive variation that did not warrant patent protection. Further the appellants denied infringement of the continuous drive claims. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The first step in a patent suit is to construe the claims. The “purposive construction” approach is adopted for both validity and infringement issues. This requires the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular descriptive words or phrases in the claims that describe the “essential” elements of the invention. Purposive construction properly directs itself to the words of the claims interpreted knowledgeably and in the context of the specification as a whole; it advances the objective of an interpretation of the patent claims that is reasonable and fair to both patentee and public.

It was open to the trial judge to conclude, having regard to the expert evidence, that the claims of the '803 patent, properly construed, did not include flexible vanes. The appellants “dictionary” approach to claims construction was rightly rejected. It was permissible for the trial judge to look at the rest of the specification, including the drawing, to understand what was meant by the word “vane” in the claims, but not to enlarge or contract the scope of the claim as written and thus understood. The patent specification was not addressed to grammarians, etymologists or to the public generally, but to skilled workers sufficiently versed in the art to which the patent relates to enable them on a technical level to appreciate the nature and description of the

juge de première instance a décidé que le brevet 734 était valide et contrefait.

Lors de l'appel devant la Cour d'appel fédérale, on a contesté la validité du brevet 734 en faisant valoir essentiellement que ce brevet constituait un «double brevet» du fait que l'invention énoncée dans les revendications relatives à l'entraînement intermittent correspondait à celle énoncée antérieurement dans les revendications du brevet 803. On a prétendu subsidiairement que l'usage d'ailettes flexibles était bien compris dans l'industrie des laveuses depuis les années 60 et que, même si le brevet 803 visait uniquement les ailettes rigides situées sur l'oscillateur inférieur (comme l'a conclu le juge de première instance), l'utilisation d'ailettes flexibles constituait une variante évidente et non inventive qui ne méritait pas d'être protégée par un brevet. De plus, les appelantes ont prétendu que les revendications relatives à l'entraînement continu n'ont pas été contrefaites. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans des poursuites en matière de brevet, la première étape consiste à interpréter les revendications. La méthode de l'«interprétation téléologique» est adoptée à la fois pour les questions de validité et pour les questions de contrefaçon. Cette méthode requiert l'identification par la cour, avec l'aide du lecteur versé dans l'art, des mots ou expressions particuliers qui sont utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l'inventeur, constituait les éléments «essentiels» de son invention. L'interprétation téléologique consiste à bon droit à interpréter les mots des revendications de façon éclairée et en fonction de l'ensemble du mémoire descriptif; elle favorise l'atteinte de l'objectif de l'interprétation des revendications de brevet qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public.

Le juge de première instance pouvait conclure, à la lumière de la preuve d'expert, que les revendications du brevet 803, correctement interprétées, n'englobaient pas les ailettes flexibles. La méthode des appelantes consistant à s'en tenir au dictionnaire pour interpréter le sens des mots utilisés dans les revendications a été rejetée à juste titre. Le juge de première instance pouvait examiner le reste du mémoire descriptif, y compris le dessin, pour comprendre le sens du mot «ailette» utilisé dans les revendications, mais non pour élargir ou restreindre la portée de la revendication telle qu'elle était écrite et, ainsi, interprétée. Le mémoire descriptif du brevet s'adressait non pas aux grammairiens, aux étymologistes ou au public en général, mais plutôt aux personnes

invention. The trial judge, reading the claims with the knowledge and insight into the technical terms provided by the rest of the specification, and by the concession of the appellants' own expert, concluded that rigid vanes were essential to the '803 invention as claimed. No basis had been shown to reverse that conclusion.

The prohibition against double patenting involves a comparison of the claims rather than the disclosure, because it is the claims that define the monopoly. The question is how "identical" the claims must be in the subsequent patent to justify invalidation. The first branch of the prohibition is sometimes called "same invention" double patenting. Given the claims construction adopted by the trial judge it cannot be said that the subject matter of the '734 patent was the same or that the claims were "identical or conterminous" with those of the '803 patent.

There is, however, a second branch of the prohibition which is sometimes called "obviousness" double patenting. This is a more flexible and less literal test that prohibits the issuance of a second patent with claims that are not "patentably distinct" from those of the earlier patent. On this point, the trial judge was wrong to have accepted the evidence of a long-time employee of the respondent Whirlpool Corporation as a proxy for the "ordinary worker". His opinions were predicated on Whirlpool's in-house knowledge. On the other hand the trial judge was entitled to reject the evidence of the appellants' expert whose testimony was not supported by the level of practical understanding of dual action washing machines that by 1981 was common knowledge among the skilled workers interested in this end of the washing machine business. In the end, the trial judge concluded that he had not been given sufficient proof by the appellants to displace the presumption of validity in s. 45 of the *Patent Act*. The Federal Court of Appeal agreed, and there is no basis on which this Court could properly interfere with the concurrent factual findings thus the validity of the '734 patent is affirmed.

Claims construction is a matter of law but whether a defendant's activities fall within the scope of the monopoly thus defined is a question of fact. The trial

suffisamment versées dans l'art dont relève le brevet pour être en mesure, techniquement parlant, de comprendre la nature et la description de l'invention. En lisant les revendications en fonction de la connaissance et de la compréhension des termes techniques qu'il avait acquises à la lumière du mémoire descriptif et de la concession faite par l'expert des appelantes, le juge de première instance a décidé que les ailettes rigides étaient essentielles à l'invention revendiquée dans le brevet 803. On n'a démontré l'existence d'aucun motif d'infirmer cette conclusion.

L'interdiction du double brevet implique une comparaison des revendications plutôt que des divulgations, car ce sont les revendications qui définissent le monopole. La question est de savoir à quel point les revendications du brevet ultérieur doivent être «identiques» pour justifier l'invalidation. Ce premier volet de l'interdiction est parfois appelé le double brevet relatif à la «même invention». Étant donné l'interprétation que le juge de première instance a donnée des revendications, on ne peut pas dire que l'objet du brevet 734 était le même que celui du brevet 803 ni qu'il y avait «identité» des revendications des deux brevets.

L'interdiction comporte toutefois un deuxième volet qui est parfois appelé le double brevet relatif à une «évidence». Il s'agit d'un critère plus souple et moins littéral qui interdit la délivrance d'un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un «élément brevetable distinct» de celui visé par les revendications du brevet antérieur. À ce sujet, le juge de première instance a eu tort d'accepter le témoignage qu'un employé de longue date de l'intimée Whirlpool Corporation a fait à titre de représentant du «travailleur moyen». Ses opinions reposaient sur des connaissances internes de Whirlpool. Par contre, le juge de première instance était en droit de rejeter le témoignage de l'expert des appelantes qui n'était pas étayé par le niveau de compréhension concrète des laveuses à double effet qui, dès 1981, faisait partie des connaissances usuelles des travailleurs versés dans l'art qui s'intéressaient à cet aspect de l'industrie des laveuses. En définitive, le juge de première instance a conclu que les appelantes ne lui avaient pas fourni une preuve suffisante pour réfuter la présomption de validité créée par l'art. 45 de la *Loi sur les brevets*. La Cour d'appel fédérale lui a donné raison et il n'y a rien qui justifierait notre Cour de modifier les conclusions de fait concordantes. La validité du brevet 734 est donc confirmée.

L'interprétation des revendications est une question de droit, mais la question de savoir si les activités de la défenderesse relèvent du monopole ainsi défini est une

judge erred in basing his finding of infringement of the continuous drive claims by conflating them to encompass the intermittent drive claims. The error in claims construction was corrected by the Federal Court of Appeal. The evidence of infringement was not very satisfactory. The appellants declined to call a witness to describe the drive means utilized in the accused General Electric washing machines, preferring to sit back and argue that the respondents had not made sufficient proof. Both the trial judge and the Federal Court of Appeal were obliged to fall back principally on a video showing a rotating General Electric auger under a "medium or light wash load". Unsatisfactory as the evidence was, the Federal Court of Appeal concluded that it supported the inference of a continuous drive as well as the observed continuous rotation. In the absence of any evidence to the contrary, it was open to that court to find, as a fact, infringement of the continuous drive claims. The appellants, having elected not to call any evidence on this point, were not well placed to argue that the Federal Court of Appeal made a palpable error in reaching the factual conclusion that it did.

Cases Cited

Applied: *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183; *Eli Lilly & Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1; **referred to:** *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279; *McPhar Engineering Co. of Canada v. Sharpe Instruments Ltd.*, [1956-60] Ex. C.R. 467; *Marconi v. British Radio Telegraph and Telephone Co.* (1911), 28 R.P.C. 181; *Birmingham Sound Reproducers Ltd. v. Collaro Ltd.*, [1956] R.P.C. 232; *C. Van Der Lely N.V. v. Bamfords Ltd.*, [1963] R.P.C. 61; *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751; *Lister v. Norton Brothers and Co.* (1886), 3 R.P.C. 199; *Williams v. Box* (1910), 44 S.C.R. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *White v. Dunbar*, 119 U.S. 47 (1886); *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570; *Metalliflex Ltd. v. Rodi & Wienberger Aktiengesellschaft*, [1961] S.C.R. 117; *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555; *Ernest Scragg & Sons Ltd. v. Leeson Corp.* (1964), 26 Fox Pat. C. 1; *AT&T Technologies, Inc. v.*

question de fait. Le juge de première instance a eu tort de conclure à la contrefaçon des revendications relatives à l'entraînement continu en considérant qu'elles englobaient les revendications relatives à l'entraînement intermittent. La Cour d'appel fédérale a corrigé l'erreur commise dans l'interprétation des revendications. La preuve de contrefaçon n'était pas très satisfaisante. Les appelantes ont refusé de faire décrire par un témoin le mécanisme d'entraînement utilisé dans les machines de General Electric visées par les allégations de contrefaçon, et ont préféré plaider simplement l'insuffisance de la preuve présentée par les intimées. Le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale ont dû avoir recours principalement à une bande vidéo montrant la rotation d'une chemise de General Electric dans le cas «d'une lessive petite ou moyenne». Même si cette preuve laissait à désirer, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'elle étayait la déduction qu'il y avait un entraînement continu en plus de la rotation continue observée. En l'absence de tout élément de preuve contraire, la cour pouvait conclure qu'il y avait, en fait, contrefaçon des revendications relatives à l'entraînement continu. Après avoir décidé de ne présenter aucun élément de preuve sur cette question, les appelantes étaient mal venues de prétendre que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur manifeste en tirant cette conclusion de fait.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183; *Eli Lilly & Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1; **arrêts mentionnés:** *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *J. K. Smit & Sons, Inc. c. McClintock*, [1940] R.C.S. 279; *McPhar Engineering Co. of Canada c. Sharpe Instruments Ltd.*, [1956-60] R.C. de l'É. 467; *Marconi c. British Radio Telegraph and Telephone Co.* (1911), 28 R.P.C. 181; *Birmingham Sound Reproducers Ltd. c. Collaro Ltd.*, [1956] R.P.C. 232; *C. Van Der Lely N.V. c. Bamfords Ltd.*, [1963] R.P.C. 61; *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751; *Lister c. Norton Brothers and Co.* (1886), 3 R.P.C. 199; *Williams c. Box* (1910), 44 R.C.S. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *White c. Dunbar*, 119 U.S. 47 (1886); *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570; *Metalliflex Ltd. c. Rodi & Wienberger Aktiengesellschaft*, [1961] R.C.S. 117; *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555; *Ernest Scragg & Sons Ltd. c. Leeson Corp.* (1964), 26 Fox Pat. C. 1; *AT&T Technologies, Inc. c.*

Mitel Corp. (1989), 26 C.P.R. (3d) 238; *Abbott Laboratories, Ltd. v. Nu-Pharm Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 38; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Beecham Canada Ltd. v. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1; *Lovell Manufacturing Co. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Beloit Technologies Inc. v. Valmet Paper Machinery Inc.*, [1997] R.P.C. 489; *Jamb Sets Ltd. v. Carlton* (1963), 42 C.P.R. 65, aff'd (1965), 46 C.P.R. 192; *Submarine Signal Co. v. Henry Hughes & Son, Ltd.* (1931), 49 R.P.C. 149.

Statutes and Regulations Cited

Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973, Art. 69.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2(1) "regulation", 12.
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 10.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 10 [rep. & sub. c. 33 (3rd Suppl.)], s. 2; rep. & sub. 1993, c. 15, s. 28], 34, 36(1), 44, 45, 46.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
 Hayhurst, William L. "The Art of Claiming and Reading a Claim", in G. F. Henderson, ed., *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 177.
 Hitchman, Carol V. E., and Donald H. MacOdrum. "Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions" (1990), 7 *C.I.P.R.* 167.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 236 N.R. 330, 85 C.P.R. (3d) 129, [1999] F.C.J. No. 84 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the Federal Court, Trial Division (1997), 76 C.P.R. (3d) 150, [1997] F.C.J. No. 1086 (QL), holding that patents 1,095,734 and 1,049,803 were valid, that patent

Mitel Corp. (1989), 26 C.P.R. (3d) 238; *Abbott Laboratoires, Ltd. c. Nu-Pharm Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 38; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Beecham Canada Ltd. c. Procter & Gamble Co.*, [1982] A.C.F. n° 10 (QL); *Lovell Manufacturing Co. c. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Beloit Technologies Inc. c. Valmet Paper Machinery Inc.*, [1997] R.P.C. 489; *Jamb Sets Ltd. c. Carlton* (1963), 42 C.P.R. 65, conf. par (1965), 46 C.P.R. 192; *Submarine Signal Co. c. Henry Hughes & Son, Ltd.* (1931), 49 R.P.C. 149.

Lois et règlements cités

Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973, art. 69.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1) «règlement», 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 10 [abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.)], art. 2; abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 28], 34, 36(1), 44, 45, 46.
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 10.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal, Qué.: Thémis, 1999.
 Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
 Hayhurst, William L. «The Art of Claiming and Reading a Claim», in G. F. Henderson, ed., *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 177.
 Hitchman, Carol V. E., and Donald H. MacOdrum. «Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions» (1990), 7 *R.C.P.I.* 167.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 236 N.R. 330, 85 C.P.R. (3d) 129, [1999] A.C.F. n° 84 (QL), qui a rejeté l'appel des appelantes contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale (1997), 76 C.P.R. (3d) 150, [1997] A.C.F. n° 1086 (QL), selon laquelle les brevets 1 095 734 et 1 049 803

1,095,734 was infringed and that patent 1,049,803 was not infringed. Appeal dismissed.

James D. Kokonis, Q.C., Dennis S. K. Leung and Ronald E. Dimock, for the appellants.

Christopher J. Kvas and Peter R. Everitt, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

¹ BINNIE J. — In 1975, the respondent Whirlpool Corporation announced to the world an advance in clothes washing technology which the trial judge described as “entirely new”. The nub of the improvement was to replace the traditional one-piece “agitator” in the wash tub with a two-piece agitator consisting of a lower oscillating spindle with a rotating “auger” attached to the top. By all accounts the two-piece “dual action” agitator produced a more effective wash (“uniform scrubbing”). Whirlpool introduced these useful machines onto the North American market in the 1970s, and over the years sold millions of units to the clothes washing public. General Electric (“GE”) and Maytag were somewhat envious of this invention, but moved quickly on expiry of the U.S. patents in 1995 to put their own dual action agitators on the market. Between 1995 and the date of trial, GE had sold in excess of 750,000 dual action machines. The respondents’ complaint is that the appellants’ machines were not only marketed in the United States but some of them were sold in Canada where the relevant patents had not yet expired.

² The development work at Whirlpool resulted in three patents. Each, when issued, gave Whirlpool a 17-year monopoly on manufacturing and marketing washing machines that incorporated the inventions as respectively claimed. The consumer market for large appliances is immense and this appeal brought together some of the major competitors for the purpose of alternatively denouncing or

étaient valides, le brevet 1 095 734 était contrefait et le brevet 1 049 803 n’était pas contrefait. Pourvoi rejeté.

James D. Kokonis, c.r., Dennis S. K. Leung et Ronald E. Dimock, pour les appelantes.

Christopher J. Kvas et Peter R. Everitt, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — En 1975, l’intimée Whirlpool Corporation a annoncé un progrès technologique dans le domaine du lavage des vêtements, que le juge de première instance a qualifié d’«entièrement nouveau». Le perfectionnement en question consistait essentiellement à remplacer l’«agitateur» monobloc traditionnel, situé dans la cuve, par un agitateur à deux pièces comprenant un oscillateur inférieur et une «chemise» supérieure rotative. De l’avis de tous, l’agitateur à «double effet», constitué de deux pièces, permettait de réaliser un lavage plus efficace («nettoyage uniforme»). Whirlpool a lancé ces machines utiles sur le marché nord-américain au cours des années 70 et en a vendu des millions d’unités au fil des ans. General Electric («GE») et Maytag enviaient quelque peu cette invention, mais à l’expiration des brevets américains en 1995, elles se sont empressées de lancer sur le marché leurs propres agitateurs à double effet. Entre 1995 et la date du procès, GE avait vendu au-delà de 750 000 machines à double effet. Les intimées se plaignent du fait que les appelantes ont non seulement mis en marché leurs machines aux États-Unis, mais qu’elles en ont vendu un certain nombre au Canada, où les brevets pertinents n’étaient pas encore expirés.

Les travaux de développement effectués chez Whirlpool ont donné lieu à trois brevets. Chaque brevet délivré conférait à Whirlpool un monopole de 17 ans sur la fabrication et la mise en marché des laveuses dotées de l’invention revendiquée. Le marché des grands appareils électroménagers est immense et le présent pourvoi a réuni certains compétiteurs majeurs qui sont venus dénoncer ou

upholding the relevant patents owned by Whirlpool. The appellants say that the first two patents to issue covered the invention, and that the monopoly was improperly extended by the issuance of the third patent (which at trial they were held to have infringed). The third patent, the appellants say, ought for the most part never to have been granted and is to that extent invalid.

The practical impact of this argument is that if the most recent patent is invalid, the period of infringement is reduced by more than two years, and the compensation payable to Whirlpool would be greatly diminished. The appeal raises some important legal issues concerning the interpretation, validity and infringement of patents, but in the end, the appellants' case largely comes apart on the evidence (or lack of it) and the appeal must therefore be dismissed.

I. Facts

In the late 1960s, GE and its Canadian subsidiary, Camco marketed a range of washing machines across Canada that utilized what was known as a single action agitator, that is to say a single spindle sitting in a tub of water rotating its vanes back and forth to scrub the clothes. Similar machines were marketed by the respondents Whirlpool and Inglis, and by the appellants in the companion appeal, Maytag Corporation and its Canadian subsidiaries. The U.S. laboratories of the parent companies were at work trying to develop products that would give what advertising agencies call a "new and improved wash" to heavy household loads. Progress was uneven. Much research was done at Whirlpool and other manufacturers on the benefits of rigid vanes on the agitator versus flexible vanes (sometimes called "flex vanes"). In the late 1960s, Whirlpool built a washer with flexible vanes for development purposes that mauled the clothes so badly it became known as the "Golden Gobbler". Maytag however developed a "flex vane" unitary action machine in the late 1960s and the trial judge noted the evidence that "[i]t's been nothing but a satisfactory device" over the next 30 years ((1997), 76 C.P.R. (3d) 150, at p. 182). It did not tangle clothes unduly and was a great commercial suc-

défendre, selon le cas, les brevets pertinents détenus par Whirlpool. Les appelantes affirment que les deux premiers brevets visaient l'invention et que le monopole a été prolongé à tort par la délivrance du troisième brevet (qu'elles ont contrefait, selon la conclusion tirée en première instance). Elles prétendent que le troisième brevet n'aurait jamais dû être délivré en majeure partie et qu'il est invalide dans cette mesure.

L'effet concret de cet argument est que si le brevet le plus récent est invalide, la période de contrefaçon est réduite de plus de deux ans, de sorte que l'indemnité payable à Whirlpool s'en trouve grandement diminuée. Le pourvoi soulève certaines questions de droit importantes concernant l'interprétation, la validité et la contrefaçon des brevets, mais en fin de compte, il doit être rejeté du fait que la thèse des appelantes s'effondre en grande partie en raison de la preuve (ou de l'absence de preuve).

I. Les faits

À la fin des années 60, GE et sa filiale canadienne Camco ont lancé sur le marché canadien une gamme de laveuses munies de ce qui était connu comme un agitateur à simple effet constitué d'un seul arbre situé dans une cuve d'eau, qui transmettait à ses ailettes un mouvement de rotation dans les deux directions afin de nettoyer les vêtements. Des machines similaires ont été mises en marché par les intimées Whirlpool et Inglis, ainsi que par les appelantes dans le pourvoi connexe, à savoir Maytag Corporation et ses filiales canadiennes. Les laboratoires américains des sociétés mères s'efforçaient de mettre au point des produits qui permettraient d'obtenir ce que les agences de publicité appellent un «lavage nouveau et amélioré» des grosses lessives ménagères. Les progrès n'ont pas été uniformes. Whirlpool et d'autres fabricants ont fait beaucoup de recherches sur les avantages de l'agitateur muni d'ailettes rigides par rapport à l'agitateur muni d'ailettes flexibles. À la fin des années 60, Whirlpool a mis au point une laveuse munie d'ailettes flexibles qui endommageait tellement les vêtements qu'elle a été surnommée la «Golden Gobbler». Maytag a cependant conçu, également à la fin des années 60, une machine à simple effet munie d'ailettes

3

4

cess. By the end of the 1960s, the clothes washing machine trade in North America was thus familiar with one-piece agitators featuring rigid or flexible vanes, and understood that the “yield” in the flex vanes could deliver an extra push to the laundry load to produce a better scrub. Indeed, the evidence was that Maytag obtained a 50 percent increase in wash loads by using flexible vanes rather than rigid vanes.

flexibles, et le juge de première instance a souligné le témoignage selon lequel [TRADUCTION] «le dispositif [s’était] toujours révélé satisfaisant» au cours des 30 années qui ont suivi ([1997] A.C.F. n° 1086 (QL), au par. 136). Cette machine n’entre-
laçait pas trop les vêtements et a été une grande réussite commerciale. À la fin des années 60, les gens qui œuvraient dans le domaine des laveuses en Amérique du Nord connaissaient donc bien les agitateurs monoblocs dotés d’ailettes rigides ou flexibles et comprenaient que le [TRADUCTION] «fléchissement» des ailettes flexibles pouvait fournir une poussée supplémentaire à la lessive et en améliorer ainsi le nettoyage. En fait, la preuve indiquait que le recours à des ailettes flexibles plutôt que rigides a permis à Maytag d’accroître la capacité de lessive de 50 pour 100.

5 Eventually, Whirlpool came up with an ingenious dual action agitator that utilized the bottom portion of the shaft for the usual oscillating motion back and forth in the wash cycle, but added an upper sleeve that was designed to work as a helical auger. The auger rotated only in one direction like a post-hole digger, and propelled water and clothing downwards onto the oscillating vanes of the lower agitator which sent the laundry into a rollover tumble across the floor of the tub, upward along the side wall, thence back across the surface to the agitator (the “toroidal motion”).

Whirlpool a finalement mis au point un ingénieux agitateur à double effet qui utilisait la partie inférieure de l’arbre pour le mouvement oscillatoire habituel dans les deux directions pendant le cycle de lavage, mais qui comportait, en plus, un manchon supérieur devant servir de chemise hélicoïdale. La chemise effectuait un mouvement de rotation dans une seule direction comme une bêche tarière, et elle projetait l’eau et les vêtements vers le bas sur les ailettes oscillantes de l’agitateur inférieur, ce qui entraînait la chute de la lessive vers le fond de la cuve et la faisait ensuite remonter le long des murs latéraux jusqu’à la surface vers l’agitateur («mouvement toroïdal»).

1. *Invention Dates*

6 Whirlpool’s initial invention of the dual action agitator was made in 1972 and resulted in Canadian patent 1,045,401 (the “401 patent”). It contemplated that both the upper and lower portions of the agitator would be powered by a drive shaft. No claim was made against the appellants under the ‘401 patent.

1. *Les dates d’invention*

Whirlpool a inventé, en 1972, l’agitateur à double effet pour lequel elle a obtenu le brevet canadien 1 045 401 («brevet 401»). Cette invention prévoyait que les parties supérieure et inférieure de l’agitateur seraient actionnées par un arbre d’entraînement. Aucune action n’a été intentée contre les appelantes en vertu du brevet 401.

7 In March 1973, a Whirlpool researcher, Ernest Ruble, came up with various ingenious improvements to the dual action agitator, including a new drive means that could be utilized to rotate the upper auger intermittently using a clutch that engaged when the lower agitator rotated forward

En mars 1973, Ernest Ruble, un chercheur de Whirlpool, a apporté divers perfectionnements ingénieux à l’agitateur à double effet, dont un nouveau mécanisme d’entraînement qui pouvait transmettre à la chemise supérieure un mouvement de rotation intermittent au moyen d’un embrayage qui

and disengaged when it rotated backward. The agitator sleeve itself was designed to be removable. These advances resulted in a further application that eventually became Canadian patent 1,049,803 (the "803 patent"). The prototype washing machine had rigid vanes on the lower oscillating unit and when it went to the Whirlpool product development group for testing in mid to late 1973, it came under the eyes of Mr. John Pielemeier, an engineer with many years' experience. Mr. Pielemeier was called as an expert at trial by Whirlpool. His affidavit explained that:

My personal involvement with dual action agitators commenced in the middle to late portion of 1973 when I was an engineer in product engineering in the Whirlpool Laundry Engineering Division. At that time Clark Platt presented to me, for the first time, a dual action agitator that had rigid vanes on its lower base.

The tests conducted by the product engineering group disclosed serious problems with the '803 technology. It tangled up the clothes even worse than had the Golden Gobbler. Counsel referred us to the following passage in Mr. Pielemeier's evidence:

It was the worst tangling I have ever seen in a machine. As a matter of fact I had to stand on a chair to get the whole thing [i.e., the laundry test load] out of the machine.

Mr. Kurt Werner, another Whirlpool engineer who joined the company somewhat later, described the problem to the trial judge thusly:

What we had done was taken this new clothes washing agitator that had this unidirectional motion and we were starting to see garments having a three-dimensional tangling condition, where garments were actually rotating around in the basket and actually rotating in the load and causing a roping effect within the load.

s'activait lorsque l'agitateur inférieur effectuait une rotation dans une direction et se désactivait lorsque l'agitateur inférieur effectuait une rotation dans l'autre direction. Le manchon de l'agitateur était lui-même amovible. Ces progrès sont à l'origine d'une autre demande qui a permis d'obtenir le brevet canadien 1 049 803 («brevet 803»). La partie inférieure oscillante du prototype de laveuse était munie d'ailettes rigides, et lorsque ce prototype a été envoyé à la division du développement des produits de Whirlpool pour y être testé, entre le milieu et la fin de l'année 1973, il a été examiné par M. John Pielemeier, un ingénieur expérimenté. Monsieur Pielemeier a été appelé par Whirlpool à témoigner à titre d'expert lors du procès. Son affidavit comportait l'explication suivante:

[TRADUCTION] Mon expérience personnelle en matière d'agitateurs à double effet a commencé entre le milieu et la fin de l'année 1973, alors que j'étais ingénieur au sein de la division d'ingénierie de produits pour la lessive chez Whirlpool. À l'époque, Clark Platt m'a montré, pour la première fois, un agitateur à double effet dont la partie inférieure était munie d'ailettes rigides.

Les tests effectués par la division d'ingénierie des produits ont permis de découvrir que la technologie du brevet 803 posait de graves problèmes. La laveuse entrelaçait les vêtements d'une façon encore pire que la Golden Gobbler. L'avocat nous a mentionné l'extrait suivant du témoignage de M. Pielemeier:

[TRADUCTION] C'était le pire entrelacement que j'aie jamais vu dans une machine. En fait, j'ai dû monter sur une chaise pour enlever le tout [c'est-à-dire la lessive d'essai] de la machine.

Monsieur Kurt Werner, un autre ingénieur de Whirlpool qui a joint les rangs de la société un peu plus tard, a décrit ainsi le problème au juge de première instance:

[TRADUCTION] Lorsque nous avons mis en marche ce nouvel agitateur de laveuse à mouvement unidirectionnel, nous avons commencé à voir les vêtements s'entrelacer dans tous les sens et à pivoter dans le panier et la lessive, d'où un effet de torsion dans la lessive.

8

9

10 Mr. Clark Platt was assigned to come up with a solution to the “3-D tangle” problem which he did by proposing the substitution of flex vanes for rigid vanes “at least as early as June 5, 1974” (trial judgment, at p. 154). This work ultimately resulted in the third of the three patents, Canadian patent 1,095,734 (the “734 patent”). The “roping effect” was greatly reduced by making the vanes sufficiently flexible to yield and deflect the moving mass of water and laundry. The benefit, apparently, lay in the ability of flex vanes to yield rather than in their ability to push, as disclosed in the ‘734 patent as follows:

This unloading of the vanes tends to avoid tangling of fabrics on the agitator which might otherwise lead to increased agitator shaft torque, increased motor wattage, reduced rollover as well as unbalanced spin loads and generally tangled clothes loads.

11 The trial judge considered the 3-D tangling problem associated with “dual action” washers to be “qualitatively” different from the tangling experienced with such “unitary action” machines as the Golden Gobbler (at p. 183):

I would also note that, even after counsel’s description of 3-D tangling and manual demonstration of what 3-D tangling is supposed to be, I remain unclear as to what this concept really means. I am, however, prepared to accept that the tangling produced by dual action agitation is qualitatively different from that produced by unitary action agitation.

12 Whirlpool also discovered that by use of gears and pinions the oscillating lower portion of the agitator could be made to rotate the upper auger continuously. The ‘734 patent thus offered a choice of drive modes. In one embodiment, the upper auger was driven “intermittently”; in another, it was driven continuously.

13 The respondent Whirlpool Corporation applied for the U.S. equivalent of the ‘803 patent on November 23, 1973, despite Mr. Pielemeier’s

Monsieur Clark Platt, qui avait été chargé de régler le problème de l’«entrelacement dans tous les sens», a proposé de remplacer les ailettes rigides par des ailettes flexibles «[au moins dès] le 5 juin 1974» (jugement de première instance, par. 2). Ces travaux ont abouti au troisième des trois brevets, soit le brevet canadien 1 095 734 («brevet 734»). Le fait de rendre les ailettes suffisamment flexibles pour fléchir et faire dévier la masse mouvante d’eau et de lessive a permis de réduire considérablement l’«effet de torsion». Cet avantage découlait apparemment de la capacité des ailettes flexibles de fléchir au lieu de pousser, comme l’indique le brevet 734:

[TRADUCTION] Ce déchargement des ailettes permet d’éviter l’entrelacement des tissus sur l’agitateur, qui pourrait par ailleurs entraîner une augmentation du couple de l’axe de l’agitateur et de la consommation d’électricité du moteur, ainsi qu’une réduction du mouvement de brassage, un déséquilibre lors de l’essorage et, de façon générale, l’entrelacement de la lessive.

Le juge de première instance a considéré que le problème de l’entrelacement dans tous les sens lié aux laveuses à «double effet» était «qualitativement» différent de l’entrelacement causé par les machines à «simple effet» comme la Golden Gobbler (au par. 139):

Aussi, malgré la description par l’avocat de l’entrelacement dans tous les sens et la démonstration manuelle de ce que ce phénomène est censé être, cette notion m’échappe toujours. Je suis cependant disposé à accepter que l’entrelacement causé par le mécanisme d’agitation à double effet est qualitativement différent de celui associé à l’agitation à simple effet.

Whirlpool a également découvert qu’il était possible, au moyen d’engrenages et de pignons, de faire en sorte que la partie oscillante inférieure de l’agitateur imprime un mouvement de rotation continu à la chemise supérieure. Le brevet 734 offrait donc un choix de modes d’entraînement. Selon une variante, la chemise supérieure était actionnée de façon «intermittente», alors que, selon une autre variante, elle l’était de façon continue.

Le 23 novembre 1973, l’intimée Whirlpool Corporation a fait une demande en vue d’obtenir l’équivalent américain du brevet 803, et ce, en

worry about the 3-D tangle problem. By the time the Whirlpool Corporation filed an application for Canadian patent '803 on November 12, 1974, Whirlpool had come up with the solution of using flex vanes instead of rigid vanes, but did not in the '803 specification disclose the 3-D tangling problem. Nor did Whirlpool disclose the flex vane solution that had been discovered five months before the Canadian '803 patent was applied for.

The claims of the '803 patent specify "vanes" but do not further specify whether the vanes are to be flexible or rigid. Whirlpool's position is that flex vanes were not included. The appellants argue the contrary.

Whirlpool waited until June 16, 1976 to apply for what became the U.S. equivalent of the '734 patent for the dual agitator with flex vane and continuous drive claims. The Canadian '734 patent was applied for on May 27, 1977. Undoubtedly experimental and product development work continued between 1973 and 1976, but the result of the delay was to position a third patent to issue several years after the '401 and '803 patents. Ultimately the result, if the '734 patent is valid, was to prolong the monopoly in Canada on the better type of dual action agitators from March 5, 1996 to February 16, 1998. For ease of reference the relevant dates are as follows:

<u>Canadian Patent No.</u>	<u>Applied For</u>	<u>Issued</u>	<u>Expired</u>
1,045,401	Nov. 12, 1974	January 2, 1979	January 1, 1996
1,049,803	Nov. 12, 1974	March 6, 1979	March 5, 1996
1,095,734	May 27, 1977	February 17, 1981	February 16, 1998

It is of significance that all three patents were co-pending before the Commissioner of Patents for a period of almost two years between May 27, 1977, when the last of the three patent applications was filed with the Canadian Patent Office, and January 2, 1979, when the first of the three patents

dépôt de l'inquiétude de M. Pielemeier au sujet du problème d'entrelacement dans tous les sens. Lorsque Whirlpool Corporation a déposé une demande de brevet canadien le 12 novembre 1974, elle avait déjà trouvé la solution de l'utilisation d'ailettes flexibles au lieu d'ailettes rigides, mais elle n'a pas divulgué le problème de l'entrelacement dans tous les sens dans le mémoire descriptif du brevet 803. Whirlpool n'a pas non plus divulgué la solution des ailettes flexibles qui avait été découverte cinq mois avant le dépôt de la demande à l'origine du brevet canadien 803.

Les revendications du brevet 803 mentionnent les «ailettes» sans toutefois préciser si elles sont flexibles ou rigides. Selon Whirlpool, les ailettes flexibles n'étaient pas incluses. Les appelantes prétendent le contraire.

Whirlpool a attendu jusqu'au 16 juin 1976 pour demander ce qui est devenu l'équivalent américain du brevet 734 relativement aux revendications relatives à l'agitateur à double effet muni d'ailettes flexibles et à l'entraînement continu. Le brevet canadien 734 a été demandé le 27 mai 1977. Il ne fait aucun doute que les travaux de développement et d'expérimentation des produits se sont poursuivis entre 1973 et 1976, mais le délai écoulé a fait en sorte qu'un troisième brevet n'a été délivré que plusieurs années après la délivrance des brevets 401 et 803. En fin de compte, s'il est valide, le brevet 734 a eu pour effet de prolonger du 5 mars 1996 au 16 février 1998 le monopole exercé sur le meilleur modèle d'agitateur à double effet au Canada. Pour plus de commodité, voici les dates pertinentes:

<u>Brevet canadien n°</u>	<u>Demande</u>	<u>Délivrance</u>	<u>Expiration</u>
1 045 401	12 nov. 1974	2 janvier 1979	1 ^{er} janvier 1996
1 049 803	12 nov. 1974	6 mars 1979	5 mars 1996
1 095 734	27 mai 1977	17 février 1981	16 février 1998

Fait important, les trois demandes de brevet ont été simultanément en instance devant le Commissaire aux brevets pendant une période de presque deux ans, à savoir entre le 27 mai 1977, date du dépôt de la dernière des trois demandes de brevet auprès du Bureau canadien des brevets, et le 2 jan-

14

15

16

issued. This is worth noting for two reasons. Firstly, the 3-D tangle problem had in fact been disclosed in the '734 specification to the Commissioner of Patents, who was therefore in a position to consider any concern that the '803 technology lacked utility because of the 3-D tangle problems before the issuance of the '803 patent. The '803 invention was nevertheless pronounced new, ingenious and useful and the '803 patent issued. Secondly, s. 10 of the old *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, provided that the contents of a patent specification are disclosed to the public only after a patent is issued. The disclosure of "dual action" technology in the first two patent applications was not in the public domain until after the third patent had been applied for, and did not therefore constitute "prior art" to feed the appellants' "obviousness" attack on the '734 invention.

2. *The Claims in Suit*

17

The '803 patent taught a double action agitator with a drive system which the trial judge described as "unique". There was no drive shaft. The upper part of the agitator was driven off the lower part by means of a clutch. Claim 1 sets out the broad description of the claimed monopoly as follows:

1. An agitator for a washing machine having a driven oscillating shaft, said agitator comprising: first agitator portion capable of being mounted on said shaft by means of a locked, non-rotating connection and having an upper part, and a lower part provided with outwardly extending substantially vertically oriented vanes; a second agitator portion in the form of a sleeve having at least one outwardly extending, inclined vane, said sleeve being rotatably mounted on the upper part of the first agitator portion; and a one-way clutch located between the first and second agitator portions, the first agitator portion being adapted to drive said clutch and the second agitator portion being adapted to be driven

vier 1979, date de délivrance du premier des trois brevets. Cela est digne de mention pour deux raisons. Premièrement, le Commissaire aux brevets avait pris connaissance du problème d'entrelacement dans tous les sens dans le mémoire descriptif du brevet 734 et il était donc en mesure de tenir compte de toute crainte que la technologie du brevet 803 ne soit inutile en raison des problèmes d'entrelacement dans tous les sens, avant de délivrer ce dernier brevet. L'invention visée par le brevet 803 a été néanmoins déclarée nouvelle, ingénieuse et utile, et le brevet 803 a été délivré. Deuxièmement, l'art. 10 de l'ancienne *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, ch. P-4, prévoyait que le contenu du mémoire descriptif d'un brevet n'était divulgué au public qu'après la délivrance du brevet. La technologie du «double effet» divulguée dans les deux premières demandes de brevet n'a tombé dans le domaine public qu'après le dépôt de la troisième demande de brevet, et ne constituait donc pas une «antériorité» que les appelantes pouvaient invoquer pour contester, au moyen de l'argument du caractère évident, l'invention visée par le brevet 734.

2. *Les revendications en cause*

Le brevet 803 portait sur un agitateur à double effet muni d'un mécanisme d'entraînement que le juge de première instance a qualifié d'«unique». Il n'y avait pas d'arbre d'entraînement. La partie supérieure de l'agitateur était actionnée par la partie inférieure au moyen d'un embrayage. La revendication 1 donne la description générale suivante du monopole revendiqué:

[TRADUCTION]

1. Agitateur pour laveuse automatique muni d'un arbre d'entraînement oscillant, l'agitateur étant composé: d'une première section montée sur cet arbre à l'aide d'un raccord fixe et verrouillé, et constitué d'une partie supérieure et d'une partie inférieure dotée d'ailettes faisant saillie principalement sur le plan vertical; d'une deuxième section en forme de manchon et munie d'au moins une ailette inclinée faisant saillie, le manchon pouvant pivoter sur la partie supérieure de la première section de l'agitateur d'un embrayage unidirectionnel situé entre les première et deuxième sections de l'agitateur, la première de ces sections étant conçue de façon à commander l'embrayage et la deuxième section de

by said clutch so that the rotation of the first agitator portion gives a positive rotation to the second agitator portion in only one direction of rotation of the first agitator portion, said inclined vane being inclined upwardly with respect to the direction of positive rotation of the second agitator portion, and at least the lower parts of said vertically oriented vanes extending radially outwardly by a greater amount than said at least one inclined vane. [Emphasis added.]

The abstract of the patent refers to an “accessory comprising a sleeve which is securable to the barrel of the agitator . . . having a vane means attached thereto” (emphasis added). Further, a portion of the '803 disclosure talks about an “agitator accessory . . . easily removable from the agitator itself” (emphasis added). However, the claims themselves do not refer to the agitator sleeve as being either “securable” or removable, and it is the claims, not the rest of the specification, that define the monopoly.

At trial, the respondents and appellants were agreed that the GE machines with flex vanes were covered by the '803 patent. They agreed that the only unresolved infringement issue under the '803 patent was whether or not “the element identified as a ‘sleeve’” was removable. As will be seen, the trial judge disagreed with both sides on the issue of claims construction. He concluded that the '803 technology as claimed employed rigid vanes only.

The appellants were also accused of infringing the '734 patent which explicitly stated that the vanes of the lower oscillator of the dual action agitator were flexible rather than rigid. The '734 patent disclosed the new “continuous drive” claims. Claim 1 set out the broad monopoly claim as follows:

1. An agitator assembly for a clothes washing machine comprising:

a first agitator element,

l'agitateur étant constituée pour être entraînée par l'embrayage de manière que la rotation de la première section de l'agitateur transmette un mouvement de rotation contrôlé à la deuxième section de l'agitateur dans une seule des deux directions possibles, l'ailette inclinée pointant vers le haut par rapport à la direction du mouvement de rotation contrôlé de la deuxième section de l'agitateur et les ailettes verticales faisant saillie sur le plan radial, au moins à leur base, de manière à excéder au moins une ailette inclinée. [Je souligne.]

Le brevet fait état d'un [TRADUCTION] «accessoire se composant d'un manchon qui se fixe au tourillon de l'agitateur [et qui est] assorti d'une ailette» (je souligne). De plus, une partie du brevet 803 traite d'un [TRADUCTION] «accessoire d'agitation [qui] peut facilement être détaché de l'agitateur même» (je souligne). Toutefois, les revendications elles-mêmes ne précisent pas si le manchon de l'agitateur peut se «fixer» ou se détacher et ce sont les revendications, et non le reste du mémoire descriptif, qui définissent le monopole.

Au procès, les intimées et les appelantes ont convenu que les machines de GE munies d'ailettes flexibles étaient visées par le brevet 803. Elles étaient d'accord pour dire que la seule question de contrefaçon non résolue relativement au brevet 803 était de savoir si «l'élément appelé “manchon”» était amovible. Comme nous le verrons, le juge de première instance a été en désaccord avec les intimées et les appelantes sur la question de l'interprétation des revendications. Il a conclu que la technologie revendiquée dans le brevet 803 n'utilisait que des ailettes rigides.

Les appelantes ont également été accusées de contrefaçon du brevet 734 qui précisait que les ailettes de l'oscillateur inférieur de l'agitateur à double effet étaient flexibles plutôt que rigides. Le brevet 734 divulguait les nouvelles revendications relatives à l'«entraînement continu». La revendication 1 énonçait ainsi la revendication générale de monopole:

[TRADUCTION]

1. Un agitateur pour laveuse à linge constitué:

d'un premier composant d'agitateur,

18

19

20

a second agitator element,

drive means for driving said first agitator element in an oscillatory motion and for concurrently driving said second agitator element in an unidirectional rotary motion, said first and second agitator elements cooperating to circulate the contents of the machine in a toroidal rollover pattern within the washing machine, and means associated with said second agitator element for forcing articles adjacent thereto into the oscillatory path of said first agitator element and into said rollover pattern, said first agitator element having formed thereon flexible vanes which are free to flex in response to oscillatory motions of the agitator element, thereby to yieldingly engage fabrics deflected downwardly and lessening high impact loading of the first agitator element. [Emphasis added.]

3. *The Litigation*

21 The appellants challenged the validity of both patents but adopted the fall-back position that if any infringement occurred, it was under the '803 patent. This allowed them to argue that the '803 patent included the flex vanes and that (apart from the continuous drive claims) there was nothing "patentably distinct" to nourish the grant of the '734 patent. It argued that the intermittent drive claims in the '734 patent constituted an illegitimate effort to prolong the monopoly by an unjustified two additional years.

22 A similar action was subsequently initiated against Maytag and its Canadian subsidiaries. The claims against GE included both the "intermittent" drive claims and the "continuous" drive claims. The action against Maytag asserted only the intermittent claims.

23 The GE action proceeded to trial, it being agreed that the outcome of the GE action would govern the Maytag action as well, including all findings of fact and law at trial. The appeals were heard concurrently in the Federal Court of Appeal and in this Court.

d'un deuxième composant d'agitateur,

d'un mécanisme d'entraînement qui transmet un mouvement oscillatoire à ce premier composant de l'agitateur et, simultanément, un mouvement de rotation unidirectionnel au deuxième composant de l'agitateur, les premier et deuxième composants de l'agitateur contribuant tous les deux au brassage du contenu de la laveuse selon un mouvement toroïdal; d'un dispositif associé à ce deuxième composant de l'agitateur qui, à leur approche, pousse les vêtements en direction de la course oscillatoire du premier composant de l'agitateur et du mouvement toroïdal entraînant la chute des vêtements d'un côté et de l'autre, ce premier composant de l'agitateur étant muni d'ailettes flexibles incurvées qui fléchissent sous l'effet du mouvement oscillatoire de ce composant, dirigeant ainsi en douceur les pièces d'étoffe vers le bas et diminuant toute charge trop importante exercée sur le premier composant de l'agitateur. [Je souligne.]

3. *Le litige*

Les appelantes ont contesté la validité des deux brevets, mais ont fait valoir que, de toute façon, s'il y avait eu contrefaçon, elle concernait le brevet 803. Cela leur a permis de prétendre que le brevet 803 incluait les ailettes flexibles et que (à l'exception des revendications relatives à l'entraînement continu) il n'y avait aucun [TRADUCTION] «élément brevetable distinct» qui justifiait la délivrance du brevet 734. Elles ont prétendu que les revendications du brevet 734 concernant l'entraînement intermittent constituaient une tentative illégitime de prolonger indûment de deux ans le monopole.

Une action similaire a, par la suite, été intentée contre Maytag et ses filiales canadiennes. Les allégations dont GE a fait l'objet concernaient à la fois les revendications relatives à l'entraînement «intermittent» et celles relatives à l'entraînement «continu». L'action intentée contre Maytag ne concernait que les revendications relatives à l'entraînement intermittent.

L'action intentée contre GE a donné lieu à un procès, et il a été entendu que l'issue de l'action intentée contre Maytag serait déterminée par l'issue de l'action intentée contre GE, y compris toutes les conclusions de fait et de droit tirées au procès. Les appels ont été entendus ensemble tant en Cour d'appel fédérale qu'en notre Cour.

II. Judicial History

1. *Federal Court, Trial Division* (1997), 76 C.P.R. (3d) 150

(a) The '803 Patent

As stated, the parties had agreed in advance that infringement of the '803 claims, as they interpreted them, turned on whether the agitator "sleeve" was removable. The respondents claimed that it was and the appellants denied it. This issue was addressed by the experts, including a video of the Whirlpool expert attempting to remove the GE sleeve with power tools, apparently with limited success. Cullen J. found that the sleeve was not removable but went on to hold that this was not the essence of the '803 invention. In his view, the essence of the '803 patent was the unique drive mechanism connecting the lower agitator to the upper auger without the use of a drive shaft. The trial judge noted that the '803 patent was not attacked until some 16 years after it was issued and therefore the "onus on the defendant to prove invalidity ought to be a heavy one because the patent has been honoured for so long as valid" (p. 166). He rejected the various attacks on the validity of the patent including over-breadth, covetousness and obviousness. He held the '803 patent to be valid.

Cullen J. ruled that there was no infringement however because, in his view, rigid vanes were an essential component of the '803 invention as claimed. The accused GE machines used flex vanes. Accordingly, Cullen J. held the '803 patent to be valid but not infringed. If he had found infringement, it would have ceased with expiry of the '803 patent on March 5, 1996.

II. Historique des procédures judiciaires

1. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 1086 (QL)

a) Le brevet 803

Comme je l'ai mentionné, les parties avaient convenu d'avance que la question de la contrefaçon des revendications du brevet 803, telles qu'elles les interprétaient, dépendait du point de savoir si le «manchon» de l'agitateur était amovible. Les intimées ont soutenu qu'il était amovible et les appelantes ont prétendu le contraire. Cette question a été abordée par les experts, notamment au moyen d'une bande vidéo dans laquelle on pouvait voir l'expert de Whirlpool tenter de retirer, apparemment avec peu de succès, le manchon de GE à l'aide d'outils électriques. Le juge Cullen a conclu que le manchon n'était pas amovible, mais il a ajouté que cela n'était pas l'élément essentiel de l'invention visée par le brevet 803. Selon lui, l'élément essentiel du brevet 803 était le mécanisme d'entraînement unique liant l'agitateur inférieur à la chemise supérieure sans l'aide d'un arbre d'entraînement. Le juge de première instance a souligné que le brevet 803 n'avait été contesté qu'environ 16 ans après sa délivrance, de sorte que «[l]e brevet ayant été tenu pour valide pendant une si longue période, la preuve d'invalidité avancée par la partie défenderesse doit être très probante» (par. 59). Il a rejeté les différentes contestations de la validité du brevet, notamment celles fondées sur la portée trop large, les visées trop ambitieuses et l'évidence. Il a jugé que le brevet 803 était valide.

Le juge Cullen a toutefois conclu à l'absence de contrefaçon étant donné que, selon lui, les ailettes rigides constituaient un composant essentiel de l'invention revendiquée dans le brevet 803. Les machines de GE en cause utilisaient des ailettes flexibles. Par conséquent, le juge Cullen a décidé que le brevet 803 était valide, mais qu'il n'avait pas été contrefait. S'il avait conclu à l'existence de contrefaçon, elle aurait cessé à l'expiration du brevet 803, à savoir le 5 mars 1996.

(b) The '734 Patent

26

As to validity, the trial judge concluded that the '734 patent was for a new and different invention than the '803 patent, because it addressed specifically the superiority of flex vanes over rigid vanes for the oscillating agitator, an invention that he thought was not rendered obvious and therefore non-patentable by the '803 patent. So construed, the '734 patent did not violate the prohibition on "double patenting". With respect to the intermittent and continuous drive claims, Cullen J. held, at p. 176, that:

These two claims seem to describe two different, possible embodiments of the drive means of the invention. According to this analysis, both intermittent *and* continuous drive means are envisaged. It is even possible to include in this equation a drive means that is *both* intermittent *and* continuous. That is, one may have a "continuously intermittent" motion, where during the operation of the machine, the motion of the upper auger may continuously be driven or rotated in intermittent pauses or spurts. [Emphasis in original.]

27

With respect to infringement, the trial judge concluded that the appellants' machines did infringe the flex vane monopoly including both the intermittent drive claims and the "continuous drive" claims. As to whether the upper auger was made to rotate continuously in the GE tub, he said, at p. 176:

... I do not believe that the plaintiffs' argument about the motion of the upper portion of the defendants' agitator goes to the heart of the matter. It is not necessary to show that the drive in the medium or light load is strictly continuous. As long as the movement is not sporadic, it may very well have been contemplated to fall within the scope of the claims of the invention. To my mind, this is the type of motion — and not a strictly continuous motion — that was demonstrated in Mr. Werner's videotaped evidence.

b) Le brevet 734

En ce qui concerne la validité, le juge de première instance a décidé que le brevet 734 portait sur une invention nouvelle et différente de celle visée par le brevet 803, étant donné qu'il mentionnait expressément la supériorité des ailettes flexibles par rapport aux ailettes rigides pour les fins de l'agitateur oscillant, une invention qui, selon lui, n'avait pas été rendue évidente et donc non brevetable par le brevet 803. Ainsi interprété, le brevet 734 ne contrevenait pas à l'interdiction du «double brevet». Quant aux revendications relatives à l'entraînement intermittent et à l'entraînement continu, le juge Cullen a conclu ceci, au par. 110:

Ces deux revendications semblent décrire deux variantes différentes possibles du mécanisme d'entraînement de l'invention. Par conséquent, des mécanismes d'entraînement intermittent *et* continu sont envisagés. Il est même possible d'ajouter à cette équation un mécanisme d'entraînement qui soit *à la fois* intermittent *et* continu. C'est-à-dire qu'il peut y avoir un mouvement «intermittent continu» lorsque pendant le fonctionnement de la machine, la chemise supérieure mise en rotation effectuée, de manière continue, des arrêts ou des accélérations intermittents. [En italique dans l'original.]

En ce qui concerne la contrefaçon, le juge de première instance a décidé que les machines des appelantes contrevenaient au monopole de l'ailette flexible et qu'elles contrefaisaient notamment tant les revendications relatives à l'entraînement intermittent que celles relatives à l'«entraînement continu». Quant à savoir si la chemise supérieure était conçue pour tourner continuellement dans la cuve de GE, il a dit, au par. 110:

Je ne crois [...] pas que l'argument des demandresses concernant le mouvement de la partie supérieure de l'agitateur des défenderesses revête un caractère crucial quant à l'issue du litige. Il n'est pas nécessaire de montrer que l'entraînement, dans le cas des lessives petites ou moyennes, est strictement continu. Tant qu'il n'est pas sporadique, le mouvement peut très bien être envisagé par les revendications de l'invention. Selon moi, c'est ce genre de mouvement — et non un mouvement strictement continu — qui a pu être observé pendant le visionnement de la bande vidéo renfermant le témoignage de M. Werner.

Accordingly, he held the continuous drive claims to be infringed. In the result, he gave judgment for Whirlpool with an injunction against the appellants' future infringement of the '734 patent plus compensation for past infringement by way of damages or an accounting of profits, as the respondents may elect.

2. *Federal Court of Appeal* (1999), 85 C.P.R. (3d) 129

The appellants did not appeal the dismissal of its claim for a declaration of invalidity of the '803 patent, and specifically disclaimed in its notice of appeal any challenge to Cullen J.'s ruling that the '803 patent was not infringed. No cross-appeal was taken by the respondents on the '803 infringement ruling. Accordingly, the only issues in play were the validity and infringement of the '734 patent.

With respect to onus, Stone J.A. noted the trial judge had erred in saying that passage of time without challenge created a "heavy onus" on the party attacking the validity of a patent. However, in reading the trial judgment as a whole, he accepted that the trial judge had in fact applied the proper civil standard on a balance of probabilities.

With respect to the validity of the '734 patent, Stone J.A. rejected the attack based on double patenting. He held that double patenting requires that the claims of the later patent be conterminous with the claims in the earlier patent, or that the latter is an obvious and uninventive extension of the former. Neither was the case here. He also rejected the attacks based on covetousness and affirmed the validity of the '734 patent.

Stone J.A. upheld the trial judge's finding that the flexible vanes fitted to the agitators of the GE machines infringed the '734 patent. With respect to

Il a donc jugé que les revendications relatives à l'entraînement continu avaient été contrefaites. En définitive, il a donné gain de cause à Whirlpool en délivrant une injonction interdisant toute contrefaçon future du brevet 734 par les appelantes, en plus de lui accorder une indemnité sous forme de dommages-intérêts ou de remise des profits pour contrefaçon antérieure, au choix des intimées.

2. *Cour d'appel fédérale*, [1999] A.C.F. n° 84 (QL)

Les appelantes n'ont pas interjeté appel contre le rejet de leur demande de déclaration d'invalidité du brevet 803, et elles ont renoncé expressément, dans leur avis d'appel, à toute contestation de la décision du juge Cullen que le brevet 803 n'avait pas été contrefait. Les intimées n'ont interjeté aucun appel incident contre la décision portant sur la contrefaçon du brevet 803. Par conséquent, les seules questions en jeu étaient la validité et la contrefaçon du brevet 734.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le juge Stone a souligné que le juge de première instance avait eu tort d'affirmer que le délai écoulé sans qu'il y ait eu contestation avait pour effet d'imposer un «lourd fardeau de preuve» à la partie contestant la validité d'un brevet. Toutefois, après avoir lu l'ensemble de la décision du juge de première instance, il a reconnu que ce dernier avait en fait appliqué la norme de preuve appropriée en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités.

Quant à la validité du brevet 734, le juge Stone a rejeté la contestation fondée sur le double brevet. Il a conclu que le double brevet exigeait que les revendications du deuxième brevet et celles du premier brevet coïncident ou que le deuxième brevet soit un prolongement évident et non inventif du premier brevet. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il a également rejeté les contestations fondées sur les visées trop ambitieuses et confirmé la validité du brevet 734.

Le juge Stone a maintenu la conclusion du juge de première instance que les ailettes flexibles fixées aux agitateurs des machines de GE contre-

28

29

30

31

32

infringement of the “continuous drive” claims, he was puzzled by the trial judge’s finding, at p. 194, that “the upper auger can be continuously rotated, albeit in intermittent pauses, in one direction”. The members of the Federal Court of Appeal viewed the videotaped evidence of the dual action agitator in operation and concluded that “the motion of the upper element of the appellants’ product while working under medium and light load conditions was continuous” (pp. 141-42). Notwithstanding the equivocal conclusion reached by the trial judge, Stone J.A. said (at p. 142) that “the motion shown on the exhibit speaks for itself”. In the result, the trial judgment was upheld and the appeal dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

33

As the patents in suit were issued prior to October 1, 1989, the provisions of the former *Patent Act* apply. The relevant sections of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, provide as follows:

SECTION 34. [SPECIFICATION]

(1) An applicant shall in the specification of his invention

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle thereof and the best mode in which he has contemplated the application of that principle;

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions; and

faisaient le brevet 734. Quant à la contrefaçon des revendications relatives à l’«entraînement continu», il a été intrigué par la conclusion du juge de première instance (au par. 193) que «la chemise supérieure [peut] faire l’objet d’un mouvement de rotation unidirectionnel continu, tout en effectuant des arrêts intermittents». Les juges de la Cour d’appel fédérale ont visionné la bande vidéo relative au fonctionnement de l’agitateur à double effet, qui avait été soumise en preuve, et ont conclu que «le mouvement du composant supérieur du produit des appelantes en action en présence de lessives petites et moyennes était continu» (par. 32). Malgré la conclusion équivoque du juge de première instance, le juge Stone a affirmé, au par. 32, que «le mouvement démontré par la pièce parle de lui-même». En définitive, le jugement de première instance a été confirmé et l’appel rejeté.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Étant donné que les brevets en cause ont été délivrés avant le 1^{er} octobre 1989, les dispositions de l’ancienne *Loi sur les brevets* s’appliquent. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, sont les suivantes:

ARTICLE 34. [MÉMOIRE DESCRIPTIF]

(1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur:

a) décrit d’une façon exacte et complète l’invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l’inventeur;

b) expose clairement les diverses phases d’un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d’utilisation d’une machine, d’un objet manufacturé ou d’un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l’art ou la science dont relève l’invention, ou dans l’art ou la science qui s’en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l’objet de l’invention;

c) s’il s’agit d’une machine, en explique le principe et la meilleure manière dont il a conçu l’application de ce principe;

d) s’il s’agit d’un procédé, explique la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l’invention d’autres inventions;

(e) particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination that he claims as his invention.

(2) *Claims to be stated distinctly* — The specification referred to in subsection (1) shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

SECTION 36. [PATENT FOR ONE INVENTION ONLY]

(1) A patent shall be granted for one invention only but in an action or other proceeding a patent shall not be deemed to be invalid by reason only that it has been granted for more than one invention.

SECTION 44. [WHAT PATENT SHALL CONTAIN AND CONFER]

Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to the conditions prescribed in this Act, grant to the patentee and his legal representatives for the term therein mentioned, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and vending to others to be used the invention, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

SECTION 45. [PRESUMPTION OF VALIDITY]

Every patent granted under this Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office, shall bear on its face the date on which it is granted and issued and shall thereafter, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the grantee and his legal representatives for the term mentioned therein.

SECTION 46. [TERM OF PATENT]

The term limited for the duration of every patent issued by the Patent Office under this Act shall be seventeen years from the date on which the patent is granted and issued.

The relevant amended provision of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended by S.C. 1993, c. 15, provide as follows:

e) indique particulièrement et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

(2) *Revendications* — Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

ARTICLE 36. [BREVET POUR UNE SEULE INVENTION]

(1) Un brevet ne peut être accordé que pour une seule invention, mais dans une instance ou autre procédure, un brevet ne peut être tenu pour invalide du seul fait qu'il a été accordé pour plus d'une invention.

ARTICLE 44. [TENEUR ET EFFET DU BREVET]

Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou nom de l'invention, avec renvoi au mémoire descriptif, et accorde, sous réserve des conditions prescrites dans la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée y mentionnée, à partir de la date de la concession du brevet, le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

ARTICLE 45. [PRÉSUMPTION DE VALIDITÉ]

Tout brevet accordé en vertu de la présente loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau du Bureau des brevets. Le brevet porte à sa face la date à laquelle il a été accordé et délivré, et il est par la suite, sauf preuve contraire, valide et acquis au titulaire et à ses représentants légaux pour la période y mentionnée.

ARTICLE 46. [DURÉE DU BREVET]

La durée de tout brevet délivré par le Bureau des brevets conformément à la présente loi est limitée à dix-sept ans à compter de la date à laquelle le brevet est accordé et délivré.

La disposition pertinente de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée par L.C. 1993, ch. 15, prévoit:

SECTION 10. [INSPECTION BY THE PUBLIC]

(1) Subject to subsections (2) to (6) and section 20, all patents, applications for patents and documents filed in connection with patents or applications for patents shall be open to public inspection at the Patent Office, under such conditions as may be prescribed.

(2) *Confidentiality period* — Except with the approval of the applicant, an application for a patent, or a document filed in connection with the application, shall not be open to public inspection before a confidentiality period of eighteen months has expired.

(3) *Beginning of confidentiality period* — The confidentiality period begins on the filing date of the application or, where a request for priority has been made in respect of the application, it begins on the earliest filing date of any previously regularly filed application on which the request is based.

IV. Analysis

35 A dispute over the internal workings of a washing machine is unlikely to fire everyone's imagination but, as with many intellectual property disputes, raises important legal issues and significant financial stakes.

36 Counsel for the respondents claims that his clients produced works of great ingenuity "if not genius", and that the three patents were properly given in exchange for disclosure of these meritorious inventions. Counsel for the appellants suggest that while "dual action" washing machines represented a useful advance on the prior art, Whirlpool was properly rewarded for its invention by the award of the '401 and '803 patents. Award of a third patent was excessive.

37 It is common ground that the bargain between the patentee and the public is in the interest of both sides only if the patent owner acquires real protection in exchange for disclosure, and the public does not for its part surrender a more extended monopoly than the statutory 17 years from the date of the patent grant (now 20 years from the date of the filing of the patent application). A patentee who can "evergreen" a single invention through

ARTICLE 10. [CONSULTATION DES DOCUMENTS]

(1) Sous réserve des paragraphes (2) à (6) et de l'article 20, les brevets, demandes de brevet et documents relatifs à ceux-ci, déposés au Bureau des brevets, peuvent y être consultés aux conditions réglementaires.

(2) *Période de non-consultation* — Sauf sur autorisation du demandeur, une demande de brevet et les documents relatifs à celle-ci ne peuvent être consultés avant l'expiration d'une période de dix-huit mois.

(3) *Calcul de la période* — La période se calcule à compter de la date de dépôt de la demande de brevet ou, si une demande de priorité a été présentée à l'égard de celle-ci, de la date de dépôt de la première demande antérieurement déposée de façon régulière sur laquelle la demande de priorité est fondée.

IV. Analyse

Un litige qui porte sur le fonctionnement interne d'une laveuse n'est probablement pas de nature à stimuler l'imagination de tout le monde, mais à l'instar de nombreux litiges en matière de propriété intellectuelle, il met en cause des questions juridiques importantes et des enjeux financiers majeurs.

L'avocat des intimées soutient que ses clientes ont inventé des produits d'une grande ingéniosité, «voire de génie», et que les trois brevets ont été accordés à juste titre en contrepartie de la divulgation de ces inventions méritoires. L'avocat des appelantes indique que les laveuses à «double effet» constituaient certes un progrès utile par rapport à ce qui existait auparavant et que Whirlpool a été bien récompensée pour son invention par la délivrance des brevets 401 et 803. La délivrance d'un troisième brevet était cependant superflue.

Il est reconnu que le marché conclu entre le breveté et le public est dans l'intérêt des deux parties seulement si le titulaire du brevet acquiert une protection réelle en échange de la divulgation de son invention et que, de son côté, le public ne lui accorde pas un monopole excédant la période légale de 17 ans à partir de la date de délivrance du brevet (qui est désormais de 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet). Un bre-

successive patents by the expedient of obvious or uninventive additions prolongs its monopoly beyond what the public has agreed to pay. The issue is whether Whirlpool's '734 patent falls into that condemned category.

The centrepiece of the attack by the appellants on the validity of the '734 patent is that the '734 patent constitutes "double patenting" because the invention set out in its intermittent drive claims corresponds with the invention set out in the claims of the earlier '803 patent. Alternatively, it was said that the use of flex vanes was well understood in the washing machine business from the 1960s onward, and even if the '803 patent contemplated (as held by the trial judge) only rigid vanes on the lower oscillator, the use of flexible vanes was an obvious and non-inventive variation that did not warrant patent protection. Either way, they say, the '734 patent is invalid.

The source of the error in the courts below, according to the appellants, is the approach to claims construction which the Federal Court has developed based initially on a misunderstanding and misapplication of the "purposive construction" approach formulated by the House of Lords in *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183. The appellants say the *Catnic* decision "has had a detrimental impact throughout the Commonwealth jurisdictions, and in particular to a proper understanding of the common law of claim construction in Canada". The appellants invite the Court to reject the *Catnic* approach, and to overrule the Federal Court cases that follow it, particularly *Eli Lilly & Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.). In this respect, however, I agree with the observation of William L. Hayhurst, Q.C., that "[p]urposive construction is nothing new, though Lord Diplock is credited with first using the expression in patent cases" (see Hayhurst, "The Art of Claiming and Reading a Claim" in *Patent Law of Canada*

veté qui peut «renouveler à perpétuité» une seule invention, grâce à des brevets successifs obtenus pour des ajouts évidents ou non inventifs, prolonge son monopole au-delà de ce qui a été convenu par le public. La question est de savoir si le brevet 734 de Whirlpool tombe dans cette catégorie interdite.

Les appelantes ont contesté la validité du brevet 734 en faisant valoir essentiellement que ce brevet constituait un «double brevet» du fait que l'invention énoncée dans les revendications relatives à l'entraînement intermittent correspondait à celle énoncée antérieurement dans les revendications du brevet 803. Elles ont prétendu subsidiairement que l'usage d'ailettes flexibles était bien compris dans l'industrie des laveuses depuis les années 60 et que, même si le brevet 803 visait uniquement les ailettes rigides situées sur l'oscillateur inférieur (comme l'a conclu le juge de première instance), l'utilisation d'ailettes flexibles constituait une variante évidente et non inventive qui ne méritait pas d'être protégée par un brevet. Les appelantes affirment que, d'une manière ou d'une autre, le brevet 734 est invalide.

Selon les appelantes, l'erreur commise dans les cours d'instance inférieure résulte de la méthode d'interprétation des revendications que la Cour fédérale a établie en fonction d'une mauvaise compréhension et d'une mauvaise application de la méthode d'«interprétation téléologique» formulée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183. Les appelantes disent que l'arrêt *Catnic* [TRADUCTION] «a eu un effet préjudiciable dans tous les pays du Commonwealth, notamment en ce qui a trait à la bonne compréhension de l'interprétation des revendications en common law au Canada». Elles invitent notre Cour à rejeter la méthode de l'arrêt *Catnic* et à renverser les décisions de la Cour fédérale qui l'ont suivi, notamment l'arrêt *Eli Lilly & Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.). Cependant, je suis d'accord, à ce propos, avec l'observation de William L. Hayhurst, c.r., selon laquelle [TRADUCTION] «[l']interprétation téléologique ne constitue rien de nouveau, même si on attribue à lord Diplock la pre-

38

39

(1994), edited by G. F. Henderson, Q.C., at p. 193).

mière utilisation de cette expression en matière de brevets» (voir Hayhurst, «The Art of Claiming and Reading a Claim», dans *Patent Law of Canada* (1994), publié par G. F. Henderson, c.r., à la p. 193).

40 The appellants, however, invite the Court to return to what they call a “plain and unambiguous” meaning approach to claims construction. The plain and unambiguous meaning of the word “vane” in the '803 patent, they say, is satisfied by either a flex vane or a rigid vane. Adoption of the *Catnic* “purposive construction” approach at the initial stage of claims construction injects factual issues that are more appropriately left to the infringement analysis. If the attack on the validity of the '734 patent fails, the appellants seek a reversal of the finding that they infringed the “continuous drive” claims of the '734 patent. They do not dispute infringement of the “intermittent” drive claims.

Les appelantes invitent toutefois notre Cour à revenir à ce qu'elles appellent la méthode du sens «clair et net» en matière d'interprétation des revendications. Selon elles, le mot «aillette» utilisé dans le brevet 803 désigne clairement et nettement autant une ailette flexible qu'une ailette rigide. Le recours à l'«interprétation téléologique» de l'arrêt *Catnic* à l'étape initiale de l'interprétation des revendications fait intervenir des questions de fait qu'il est plus approprié d'examiner dans le cadre de l'analyse portant sur la contrefaçon. Les appelantes demandent que, en cas d'échec de la contestation de la validité du brevet 734, la conclusion qu'elles ont contrefait les revendications du brevet 734 relatives à l'«entraînement continu» soit infirmée. Elles ne nient pas qu'il y a eu contrefaçon des revendications relatives à l'entraînement «intermittent».

41 These arguments resolve themselves into the following issues:

Ces arguments se résument aux questions suivantes:

1. What are the relevant principles of patent claims construction?

1. Quels sont les principes applicables en matière d'interprétation des revendications d'un brevet?

2. Do the claims of the '803 patent, properly construed, include flexible vanes?

2. Les revendications du brevet 803, correctement interprétées, incluent-elles les ailettes flexibles?

3. If the '803 patent claims properly construed do not include flex vanes, is the '734 patent nevertheless invalid because of double patenting?

3. Si les revendications du brevet 803, correctement interprétées, n'incluent pas les ailettes flexibles, le brevet 734 est-il néanmoins invalide pour cause de double brevet?

4. If not, are the appellants liable for infringement of the “continuous drive” claims?

4. Dans la négative, les appelantes sont-elles responsables de contrefaçon des revendications relatives à l'«entraînement continu»?

1. *The Principles of Patent Claims Construction*

1. *Les principes d'interprétation des revendications d'un brevet*

42 The content of a patent specification is regulated by s. 34 of the *Patent Act*. The first part is a “disclosure” in which the patentee must describe the

Le contenu du mémoire descriptif d'un brevet est régi par l'art. 34 de la *Loi sur les brevets*. La première partie est une «divulgation» dans laquelle

invention “with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired”: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 517. The disclosure is the *quid* provided by the inventor in exchange for the *quo* of a 17-year (now 20-year) monopoly on the exploitation of the invention. The monopoly is enforceable by an array of statutory and equitable remedies and it is therefore important for the public to know what is prohibited and where they may safely go while the patent is still in existence. The public notice function is performed by the claims that conclude the specification and must state “distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege” (s. 34(2)). An inventor is not obliged to claim a monopoly on everything new, ingenious and useful disclosed in the specification. The usual rule is that what is not claimed is considered disclaimed.

The first step in a patent suit is therefore to construe the claims. Claims construction is antecedent to consideration of both validity and infringement issues. The appellants’ argument is that these two inquiries — validity and infringement — are distinct, and that if the principles of “purposive construction” derived from *Catnic* are to be adopted at all, they should properly be confined to infringement issues only. The principle of “purposive construction”, they say, has no role to play in the determination of validity, and its misapplication is fatal to the judgment under appeal.

It is true that in *Catnic* itself there was no attack on the validity of the patent. The litigation turned on issues of infringement. The patent in issue dealt with galvanized steel lintels for use in building construction. Lintels are structural members placed

le breveté doit fournir une description de l’invention «comportant des détails assez complets et précis pour qu’un ouvrier, versé dans l’art auquel l’invention appartient, puisse construire ou exploiter l’invention après la fin du monopole»: *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la p. 517. La divulgation est ce que l’inventeur fournit en contrepartie d’un monopole de 17 ans (maintenant 20 ans) sur l’exploitation de l’invention. On peut faire respecter le monopole au moyen de toute une gamme de recours en droit et en *equity*, de sorte qu’il importe que le public sache ce qui est interdit et ce qu’il peut faire sans risque lorsque le brevet est encore en vigueur. Les revendications qui concluent le mémoire descriptif servent d’avis public et doivent énoncer «distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif» (par. 34(2)). L’inventeur n’est pas tenu de revendiquer un monopole sur tout élément nouveau, ingénieux et utile qui est divulgué dans le mémoire descriptif. La règle habituelle veut que ce qui n’est pas revendiqué soit considéré comme ayant fait l’objet d’une renonciation.

Dans des poursuites en matière de brevet, la première étape consiste donc à interpréter les revendications. L’interprétation des revendications précède l’examen des questions de validité et de contrefaçon. Les appelantes font valoir que ces deux examens — celui de la validité et celui de la contrefaçon — sont distincts, et que si les principes d’«interprétation téléologique» découlant de l’arrêt *Catnic* doivent être adoptés, leur application doit être limitée aux questions de contrefaçon. Les appelantes affirment que les principes d’«interprétation téléologique» n’ont aucun rôle à jouer dans la détermination de la validité et que leur application erronée est fatale au jugement qui fait l’objet du présent pourvoi.

Il est vrai que, dans l’affaire *Catnic* elle-même, la validité du brevet n’était pas contestée. Le litige portait sur des questions de contrefaçon. Le brevet en cause concernait des linteaux en acier galvanisé utilisés dans la construction d’édifices. Les lin-

over openings such as doors and windows to support the building above. The patent taught an ingenious new type of lintel of sheet metal bent into a box-like “lazy Z” shape that was light to handle and inexpensive to manufacture. The defendant knew of the plaintiff’s product but was not familiar with the plaintiff’s patent. The claims (of which they were unaware) taught that the lintel must have “a second rigid support member extending vertically from or from near the rear edge of the first horizontal plate” (p. 188 (underlining added; italics in original deleted)). Vertical alignment would maximize the load-bearing capacity. For reasons unrelated to patent avoidance, the rigid support member in the defendant’s product was inclined about eight degrees off vertical. The trial judge concluded that there was no literal infringement because the support did not extend precisely “vertically”, but that, since there was no material difference in function of the component part, there was, viewing the defendant’s lintel as a whole, infringement of the “pith and marrow” of the plaintiff’s invention. The trial judge was reversed by a majority in the Court of Appeal but was subsequently avenged by restoration of his judgment by a unanimous House of Lords. Lord Diplock’s description of purposive construction was as follows, at pp. 242-43:

My Lords, a patent specification is a unilateral statement by the patentee, in words of his own choosing, addressed to those likely to have a practical interest in the subject matter of his invention (i.e. “skilled in the art”), by which he informs them what he claims to be the essential features of the new product or process for which the letters patent grant him a monopoly. It is those novel features only that he claims to be essential that constitute the so-called “pith and marrow” of the claim. A patent specification should be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from applying to it the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge. The question in each case is: whether persons with practical knowledge and experience of the kind of work in which the invention was intended to be

teaux sont des pièces de charpente placées au-dessus des ouvertures, comme les portes et les fenêtres, afin de soutenir la construction supérieure. Le brevet décrivait un type nouveau et ingénieux de linteau constitué d’un profilé en tôle pliée en forme de Z allongé, qui était facile à manipuler et peu coûteux à fabriquer. La défenderesse connaissait le produit de la demanderesse, mais elle n’était pas bien renseignée sur le brevet de cette dernière. Les revendications (dont elle ignorait l’existence) indiquaient que le linteau devait comporter [TRADUCTION] «une deuxième membrure de soutien rigide verticale appuyée sur le bord arrière de la première plaque horizontale, ou près de celui-ci» (p. 188 (soulignement ajouté; italiques dans l’original omis)). L’alignement vertical maximiserait la force portante. Pour des raisons n’ayant rien à voir avec la contrefaçon du brevet, la membrure de soutien rigide que comportait le produit de la défenderesse était inclinée d’environ huit degrés par rapport au plan vertical. Le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait aucune contrefaçon au sens littéral puisque la membrure de soutien n’était pas exactement «verticale», mais qu’étant donné qu’il n’y avait aucune différence importante dans la fonction du composant, il y avait contrefaçon de l’«essence» de l’invention de la demanderesse si on considérait l’ensemble du linteau de la défenderesse. La Cour d’appel à la majorité a infirmé la décision du juge de première instance qui a, par la suite, été rétablie par la Chambre des lords à l’unanimité. Lord Diplock a décrit ainsi l’interprétation téléologique, aux pp. 242 et 243:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, le mémoire descriptif d’un brevet est une déclaration unilatérale du breveté, faite dans ses propres mots et s’adressant à ceux qui sont susceptibles d’avoir un intérêt concret dans l’objet de son invention (c’est-à-dire qui sont «versés dans l’art»), par laquelle il les informe de ce qu’il prétend être les caractéristiques essentielles du nouveau produit ou du nouveau procédé pour lequel les lettres patentes lui confèrent un monopole. Ce sont seulement les nouvelles caractéristiques qu’il prétend essentielles qui constituent ce qu’on appelle l’«essence» de la revendication. Le mémoire descriptif d’un brevet doit recevoir une interprétation téléologique plutôt que l’interprétation purement littérale découlant du genre d’analyse terminologique méticuleuse que les avocats sont trop souvent tentés de faire en raison de leur formation. La question

used, would understand that strict compliance with a particular descriptive word or phrase appearing in a claim was intended by the patentee to be an essential requirement of the invention so that *any* variant would fall outside the monopoly claimed, even though it could have no material effect upon the way the invention worked. [Emphasis in original.]

The key to purposive construction is therefore the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular words or phrases in the claims that describe what the inventor considered to be the “essential” elements of his invention. This is no different, I think, than the approach adopted roughly 40 years earlier by Duff C.J. in *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279. The patent in that case related to a method of setting diamonds in devices such as rotary drill bits for earth boring. Duff C.J., citing the earlier jurisprudence, put the focus on the inventor’s own identification of the “essential” parts of his invention, at p. 285:

Obviously, the invention, as described by the inventor himself, involves the use of air suction to hold the diamonds in place while the molten metal is being introduced into the mold. There can be no doubt, in my mind, that as the inventor puts it, that is an essential part of his process. That part of his process is clearly not taken by the appellants. Adapting the language of Lord Romer, it is not the province of the court to guess what is and is not of the essence of the invention of the respondent. The patentee has clearly indicated that the use of air suction at that stage of the process is an essential, if not the essential, part of the invention described in the specification. [Emphasis added.]

To the same effect is the judgment of Thorson P. in *McPhar Engineering Co. of Canada v. Sharpe Instruments Ltd.*, [1956-60] Ex. C.R. 467, at p. 525:

Thus it is established law that if a person takes the substance of an invention he is guilty of infringement

qui se pose dans chaque cas est la suivante: les personnes ayant une connaissance et une expérience pratiques du genre de travail auquel l’invention est destinée à servir comprendraient-elles que le breveté voulait que l’interprétation stricte d’une expression ou d’un mot descriptifs particuliers figurant dans une revendication constitue une condition essentielle de l’invention, de manière à ce que *toute* variante soit exclue du monopole revendiqué même s’il se peut qu’elle n’ait aucun effet important sur la façon dont l’invention fonctionne. [En italique dans l’original.]

L’interprétation téléologique repose donc sur l’identification par la cour, avec l’aide du lecteur versé dans l’art, des mots ou expressions particuliers qui sont utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l’inventeur, constituait les éléments «essentiels» de son invention. J’estime que cette méthode n’est pas différente de celle que le juge en chef Duff avait adoptée environ 40 ans auparavant dans l’arrêt *J. K. Smit & Sons, Inc. c. McClintock*, [1940] R.C.S. 279. Le brevet dans cette affaire concernait une méthode d’intégration des diamants à du matériel comme les trépan de foreuse rotative. Citant la jurisprudence antérieure, le juge en chef Duff a mis l’accent sur l’identification, par l’inventeur lui-même, des parties «essentiels» de son invention, à la p. 285:

[TRADUCTION] Évidemment, l’invention décrite par l’inventeur lui-même comporte le recours à la succion d’air pour maintenir les diamants en place pendant que le métal fondu est introduit dans le moule. Il n’y a aucun doute dans mon esprit que, comme l’inventeur l’indique, cela constitue une partie essentielle de son procédé. Il est clair que les appelantes ne se sont pas approprié cette partie de son procédé. Pour reprendre les termes de lord Romer, il n’appartient pas à la cour de deviner ce qui fait partie et ce qui ne fait pas partie de l’essence de l’invention de l’intimé. Le breveté a clairement indiqué que l’utilisation de la succion d’air à cette étape du procédé constitue une partie essentielle, voire la partie essentielle, de l’invention décrite dans le mémoire descriptif. [Je souligne.]

Le jugement du président Thorson dans *McPhar Engineering Co. of Canada c. Sharpe Instruments Ltd.*, [1956-60] R.C. de l’É. 467, à la p. 525, va dans le même sens:

[TRADUCTION] Il est donc établi en droit que si une personne s’approprie l’essence d’une invention, elle est

45

46

and it does not matter whether he omits a feature that is not essential to it or substitutes an equivalent for it. [Emphasis added.]

47 The “essential” elements approach was established in earlier English cases such as *Marconi v. British Radio Telegraph and Telephone Co.* (1911), 28 R.P.C. 181 (Ch. D.), at p. 217, referred to by Duff C.J. in *J. K. Smit, supra*, and more recent pre-*Catnic* decisions in that country such as *Birmingham Sound Reproducers Ltd. v. Collaro Ltd.*, [1956] R.P.C. 232 (C.A.), and *C. Van Der Lely N.V. v. Bamfords Ltd.*, [1963] R.P.C. 61 (H.L.), where Lord Reid, dissenting on the result, said at p. 76: “you cannot avoid infringement by substituting an obvious equivalent for an unessential integer” (emphasis added).

48 The *Catnic* analysis therefore was not a departure from the earlier jurisprudence in the United Kingdom or in this country. It is no disrespect to Lord Diplock to suggest that at least to some extent he poured some fine old whiskies into a new bottle, skilfully refined the blend, brought a fresh clarity to the result, added a distinctive label, and voilà “purposive construction”. In *Catnic*, as in the earlier case law, the scope of the monopoly remains a function of the written claims but, as before, flexibility and fairness is achieved by differentiating the essential features (“the pith and marrow”) from the unessential, based on a knowledgeable reading of the whole specification through the eyes of the skilled addressee rather than on the basis of “the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge” (*Catnic, supra*, p. 243).

49 As stated, the Federal Court of Appeal applied the “purposive construction” approach to claims construction in *O’Hara, supra*, and, with respect, I think it was correct to do so. The appellants’ argument that the principle of purposive construction is

coupable de contrefaçon et il est sans importance qu’elle omette une caractéristique qui n’est pas essentielle à l’invention ou qu’elle la remplace par un élément équivalent. [Je souligne.]

La méthode des éléments «essentiels» a été établie dans des décisions anglaises anciennes comme *Marconi c. British Radio Telegraph and Telephone Co.* (1911), 28 R.P.C. 181 (Ch. D.), à la p. 217, mentionnée par le juge en chef Duff dans l’arrêt *J. K. Smit*, précité, et dans des arrêts anglais plus récents rendus antérieurement à l’arrêt *Catnic*, notamment les arrêts *Birmingham Sound Reproducers Ltd. c. Collaro Ltd.*, [1956] R.P.C. 232 (C.A.), et *C. Van Der Lely N.V. c. Bamfords Ltd.*, [1963] R.P.C. 61 (H.L.), où lord Reid, dissident quant au résultat, a dit, à la p. 76: [TRADUCTION] «on ne peut pas éviter la contrefaçon en remplaçant un composant non essentiel par un élément équivalent évident» (je souligne).

L’analyse faite dans l’arrêt *Catnic* ne s’écartait donc pas de la jurisprudence antérieure du Royaume-Uni ou de notre pays. Il n’est pas irrespectueux envers lord Diplock d’affirmer qu’il a présenté dans un nouvel emballage un bon vieux produit qu’il a habilement amélioré et auquel il a apposé l’étiquette encore plus claire [TRADUCTION] «interprétation téléologique». Dans l’arrêt *Catnic*, comme dans la jurisprudence antérieure, ce sont les revendications écrites qui précisent la portée du monopole, mais comme auparavant, on obtient la souplesse et l’équité en différenciant les caractéristiques essentielles («l’essence») de celles qui ne sont pas essentielles, au moyen d’une lecture éclairée de l’ensemble du mémoire descriptif par la personne versée dans l’art à qui il s’adresse plutôt qu’au moyen du «genre d’analyse terminologique méticuleuse que les avocats sont trop souvent tentés de faire en raison de leur formation» (*Catnic*, précité, à la p. 243).

Comme nous l’avons vu, la Cour d’appel fédérale a appliqué la méthode de l’«interprétation téléologique» à l’interprétation des revendications dans l’arrêt *O’Hara*, précité, et, en toute déférence, j’estime qu’elle a eu raison de le faire. L’argument des appelantes voulant que le principe de l’interprétation téléologique soit erroné ou ne s’applique

wrong or applies only to infringement issues must be rejected for a number of reasons:

(a) While *Catnic, supra*, dealt with infringement, the court had first to determine the scope and content of the plaintiff's invention. Lord Diplock was careful to relate his discussion of the "essential" features to the wording of the claims. It was these essential features considered without reference to specific issues of validity or infringement that constituted the "pith and marrow of the claim". He canvassed the possible existence of "any variant" of a "particular descriptive word or phrase appearing in a claim" but was careful not to link his discussion of claims construction to the particular variant in the defendant's allegedly infringing Intel. Indeed, for emphasis, he italicized the word "any" in "any variant". A patent must not of course be construed with an eye on the allegedly infringing device in respect of infringement or with an eye to the prior art in respect of validity to avoid its effect: *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.), at pp. 773-74. Claims construction cannot be allowed to become a results-oriented interpretation, but there is nothing in Lord Diplock's speech that would support such an erroneous approach.

(b) Acceptance of the appellants' argument could result in a different claims construction for the purpose of validity than for the purpose of infringement (assuming purposeful construction is retained for infringement issues). However, it has always been a fundamental rule of claims construction that the claims receive one and the same interpretation for all purposes.

(c) The orthodox rule is that a patent "must be read by a mind willing to understand, not by a mind desirous of misunderstanding", *per* Chitty J. in *Lister v. Norton Brothers and Co.* (1886), 3 R.P.C. 199 (Ch. D.), at p. 203. A "mind willing

qu'en matière de contrefaçon doit être rejeté pour un certain nombre de raisons:

a) Même si l'arrêt *Catnic*, précité, portait sur la contrefaçon, la cour a d'abord dû déterminer la portée et le contenu de l'invention de la demanderesse. Lord Diplock a pris soin de lier son analyse des caractéristiques «essentielles» au libellé des revendications. C'étaient ces caractéristiques essentielles, considérées indépendamment de questions particulières de validité ou de contrefaçon, qui constituaient l'«essence de la revendication». Il a examiné attentivement la possibilité de l'existence de «toute variante» «d'une expression ou d'un mot descriptifs particuliers figurant dans une revendication», mais il a pris soin de ne pas lier son analyse de l'interprétation des revendications à la variante particulière que comportait le linteau soi-disant contrefait de la défenderesse. En effet, il a mis en italique le mot «toute» figurant dans l'expression «toute variante». Il ne faut évidemment pas interpréter un brevet en fonction du mécanisme que l'on prétend contrefait lorsqu'il est question de contrefaçon ni en fonction de l'antériorité lorsqu'il est question de validité, afin d'en éviter les effets: *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.), aux pp. 773 et 774. On ne saurait permettre que l'interprétation des revendications devienne une interprétation axée sur des résultats, mais rien dans les propos de lord Diplock n'appuie une telle approche erronée.

b) L'acceptation de l'argument des appelantes pourrait faire en sorte que l'interprétation des revendications lorsqu'il est question de validité soit différente de celle donnée lorsqu'il est question de contrefaçon (à supposer que l'interprétation téléologique soit retenue pour les questions de contrefaçon). Toutefois, une règle fondamentale d'interprétation des revendications a toujours voulu que les revendications reçoivent une seule et même interprétation à toutes les fins.

c) Selon la règle orthodoxe, un brevet [TRADUCTION] «doit être lu par un esprit désireux de comprendre, et non pas par un esprit désireux de ne pas comprendre», le juge Chitty dans *Lister c. Norton Brothers and Co.* (1886), 3 R.P.C. 199

to understand” necessarily pays close attention to the purpose and intent of the author.

(d) Rejection of “purposeful construction” would imply the embrace of a purposeless approach that ignores the context and use to which the words are being put. Purposeless construction was rejected by this Court long before *Catnic*, *supra*, as in *Williams v. Box* (1910), 44 S.C.R. 1, *per* Idington J., at p. 10:

If we would interpret correctly the meaning of any statute or other writing we must understand what those framing it were about, and the purpose it was intended to execute. [Emphasis added.]

(e) In fact, a patent is more than just “other writing”. The words of the claims are initially proposed by the applicant, but they are thereafter negotiated with the Patent Office, and in the end are accepted by the Commissioner of Patents as a correct statement of a monopoly that can properly be derived from the invention disclosed in the specification. When the patent issues, it is an enactment within the definition of “regulation” in s. 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which says:

“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council; [Emphasis added.]

A patent must therefore be given such interpretation according to s. 12 of the *Interpretation Act* “as best ensures the attainment of its objects”. Intention is manifested in words, whose meaning should be respected, but words themselves occur in a context that generally provides clues to their interpretation and a safeguard against their misinterpretation. P.-A. Côté, in *The Interpretation of Legislation in Canada*

(Ch. D.), à la p. 203. Un «esprit désireux de comprendre» prête nécessairement une grande attention au but et à l’intention de l’auteur.

d) Le rejet de l’«interprétation téléologique» signifierait l’adoption d’une méthode non fondée sur l’objet visé qui ne tiendrait pas compte du contexte des mots et du sens qui leur est donné. L’interprétation non fondée sur l’objet visé a été rejetée par notre Cour bien avant l’arrêt *Catnic*, précité, notamment dans l’arrêt *Williams c. Box* (1910), 44 R.C.S. 1, le juge Idington, à la p. 10:

[TRADUCTION] Pour interpréter correctement le sens d’une loi ou d’un autre écrit, nous devons comprendre l’intention de ses rédacteurs et l’objet visé. [Je souligne.]

e) En réalité, un brevet est plus que simplement «un autre écrit». Les mots utilisés dans les revendications sont d’abord proposés par le demandeur, mais ils font par la suite l’objet de négociations avec le Bureau des brevets, et c’est, en fin de compte, le Commissaire aux brevets qui les accepte à titre d’énoncé exact du monopole qui peut résulter à bon droit de l’invention divulguée dans le mémoire descriptif. Une fois délivré, le brevet devient un texte visé par la définition du mot «règlement» contenue au par. 2(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui se lit ainsi:

«règlement» Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d’honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris:

a) soit dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. [Je souligne.]

Il faut donc donner à un brevet une interprétation qui, selon l’art. 12 de la *Loi d’interprétation*, «soit compatible avec la réalisation de son objet». L’intention est exprimée par des mots dont le sens doit être respecté, mais les mots eux-mêmes sont utilisés dans un contexte qui fournit généralement des indices quant à la façon de les interpréter ainsi qu’une protection contre leur mauvaise interprétation. Dans *Inter-*

(3rd ed. 2000), puts the matter succinctly when he writes, at p. 387, “Meaning flows at least partly from context, of which the statute’s purpose is an integral element” (emphasis added). To the same effect see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. These principles apply to claims construction by virtue of the *Interpretation Act*.

(f) While the appellants express concern that “purposive construction” may open the door to extrinsic evidence of intent, as is the case with certain types of extrinsic evidence in the United States, neither *Catnic, supra*, nor *O’Hara, supra*, goes outside the four corners of the specification, and both properly limit themselves to the words of the claims interpreted in the context of the specification as a whole.

(g) While “purposive construction” is a label introduced into claims construction by *Catnic, supra*, the approach itself is quite consistent, in my view, with what was said by Dickson J. the previous year in *Consolboard, supra*, on the topic of claims construction, at pp. 520-21:

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, (*Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] S.C.R. 36), being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at p. 574, “where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction”.

Not only is “purposive construction” consistent with these well-established principles, it

prétation des lois (3^e éd. 1999), P.-A. Côté l’explique succinctement lorsqu’il écrit, à la p. 490: «Ce sens découle en partie du contexte de leur utilisation, et l’objet de la loi fait partie intégrante de ce contexte» (je souligne). Voir, dans le même sens, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21. Ces principes s’appliquent à l’interprétation des revendications en vertu de la *Loi d’interprétation*.

f) Même si les appelantes expriment la crainte que l’«interprétation téléologique» ouvre la porte à une preuve d’intention extrinsèque, comme c’est le cas de certains types de preuve extrinsèque aux États-Unis, ni l’un ni l’autre des arrêts *Catnic* et *O’Hara*, précités, n’excède les limites du mémoire descriptif, et les deux se limitent à bon droit au libellé des revendications interprété dans le contexte de l’ensemble du mémoire descriptif.

g) Même si elle est une appellation qui a été appliquée à l’interprétation des revendications par l’arrêt *Catnic*, précité, l’«interprétation téléologique» elle-même est fort compatible, selon moi, avec ce que le juge Dickson avait affirmé, l’année précédente, dans l’arrêt *Consolboard*, précité, au sujet de l’interprétation des revendications (aux pp. 520 et 521):

Il faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement (*Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] R.C.S. 36), sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n’est pas le moment d’être trop rusé ou formaliste en matière d’oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la p. 574: [TRADUCTION] «quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l’inventeur l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet».

Non seulement l’«interprétation téléologique» est-elle compatible avec ces principes bien éta-

advances Dickson J.'s objective of an interpretation of the patent claims that "is reasonable and fair to both patentee and public".

(h) The appellants suggest that "purposive construction" undermines the public notice function of the claims, and unfairly handicaps legitimate competition. The trial judge, they say, was able to salvage the '734 patent by narrowing the scope of the word "vane" in the earlier '803 patent by a restrictive "purposive" construction. However, purposive construction is usually criticized by accused infringers for tending to *expand* the written claims. In fact, purposive construction can cut either way. Here it enabled the appellants to escape infringement of the '803 patent. No doubt if the '734 patent had never been granted, the appellants would now be strongly advocating a narrow "purposive construction" of the '803 patent, and of course the respondents would just as surely be advocating the contrary position. Purposive construction is capable of expanding or limiting a literal text, as Hayhurst, *supra*, points out at p. 194 in words that anticipate the trial judgment in this case:

Purposive construction may show that something that might literally be within the scope of the claim was not intended to be covered, so that there can be no infringement. . . .

Similarly, two other experienced practitioners, Carol V. E. Hitchman and Donald H. MacOdrum have concluded that "[a] purposive construction is not necessarily a broader construction than a purely literal one, although it may be" ("Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions" (1990), 7 *C.I.P.R.* 167, at p. 202).

50

While the *Catnic* approach to claims construction has subsequently been held in England to be compatible with Article 69 of the *European Patent*

blis, mais encore elle favorise l'atteinte de l'objectif visé par le juge Dickson, à savoir une interprétation des revendications de brevet qui «soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public».

h) Les appelantes laissent entendre que l'«interprétation téléologique» mine la fonction d'avis public que remplissent les revendications et entrave de façon inéquitable la compétition légitime. Selon elles, le juge de première instance a pu sauver le brevet 734 en recourant à une interprétation «téléologique» restrictive pour limiter la portée du mot «ailette» utilisé dans le brevet 803 antérieur. Toutefois, les personnes accusées de contrefaçon reprochent habituellement à l'interprétation téléologique d'*élargir la portée* des revendications écrites. En fait, l'interprétation téléologique peut avoir deux effets différents. En l'espèce, elle a permis aux appelantes d'éviter la contrefaçon du brevet 803. Il ne fait aucun doute que si le brevet 734 n'avait jamais été délivré, les appelantes préconiseraient aujourd'hui fortement une «interprétation téléologique» restrictive du brevet 803 et, naturellement, il est tout aussi certain que les intimées préconiseraient le point de vue contraire. L'interprétation téléologique est susceptible d'élargir ou de limiter la portée d'un texte, comme Hayhurst, *loc. cit.*, le souligne, à la p. 194, dans des mots qui laissent présager le jugement de première instance rendu en l'espèce:

[TRADUCTION] L'interprétation téléologique est susceptible de démontrer qu'on n'a pas voulu qu'une chose qui pourrait littéralement être visée par la revendication le soit, de sorte qu'il ne peut y avoir de contrefaçon . . .

De même, deux autres praticiens expérimentés, Carol V. E. Hitchman et Donald H. MacOdrum ont conclu qu'une [TRADUCTION] «interprétation téléologique n'est pas nécessairement plus large qu'une interprétation purement littérale, même s'il se peut qu'elle le soit» («Don't Fence Me In: Infringement in Substance in Patent Actions» (1990), 7 *R.C.P.I.* 167, à la p. 202).

Même si, en Angleterre, la méthode de l'arrêt *Catnic* en matière d'interprétation des revendications a par la suite été jugée compatible avec l'ar-

Convention, it was not decided with reference to the Convention. *O'Hara, supra*, does not represent a stealthy incorporation of the Convention into Canadian law. Indeed, as I have endeavoured to show, purposive construction has long been a theme in Canadian patent law, albeit not under that label.

2. *Do the Claims of the '803 Patent, Properly Construed, Include Flexible Vanes?*

In the present case, the appellants seek a broad interpretation of the word “vane” in the '803 patent claims. It is unusual, of course, to have accused infringers arguing for a broad interpretation of the patent claims under which they have been charged. It is equally unusual for a patent owner to be demanding a narrow interpretation. The unusual role reversal is dictated by the appellants' desire to broaden the '803 patent to set up their argument for the invalidity of the later '734 patent. They contend that the plain unvarnished meaning of the word “vane” standing on its own in claims 1 and 2 of the '803 patent must, as a matter of language, include both flexible vanes and rigid vanes and that there is no call or entitlement to supplement the verbal analysis by reference to “purpose” or anything else. They plead in aid the “nose of wax” metaphor offered in the last century by the U.S. Supreme Court:

Some persons seem to suppose that a claim in a patent is like a nose of wax which may be turned and twisted in any direction, by merely referring to the specification, so as to make it include something more than, or something different from, what its words express. . . . The claim is a statutory requirement, prescribed for the very purpose of making the patentee define precisely what his invention is; and it is unjust to the public, as well as an evasion of the law, to construe it in a manner different from the plain import of its terms.

(*White v. Dunbar*, 119 U.S. 47 (1886), at pp. 51-52, *per* Bradley J.)

ticle 69 de la *Convention sur le brevet européen*, cette décision n'a pas été prise en fonction de la Convention. L'arrêt *O'Hara*, précité, ne constitue pas une incorporation furtive de la Convention dans le droit canadien. En réalité, comme je me suis efforcé de le démontrer, l'interprétation téléologique existe depuis longtemps en droit des brevets canadien, quoique pas sous cette appellation.

2. *Les revendications du brevet 803, correctement interprétées, incluent-elles les ailettes flexibles?*

Dans la présente affaire, les appelantes demandent que le mot «ailette» utilisé dans les revendications du brevet 803 reçoive une interprétation large. Il est évidemment inhabituel que les personnes accusées de contrefaçon plaident en faveur d'une interprétation large des revendications de brevet sur lesquelles reposent les accusations portées contre elles. Il est tout aussi inhabituel qu'un titulaire de brevet exige une interprétation restrictive. L'inversion inhabituelle des rôles est dictée par la volonté des appelantes d'élargir la portée du brevet 803 pour qu'elles puissent avancer leur argument relatif à l'invalidité du brevet 734 ultérieur. Elles soutiennent que, d'après son sens littéral manifeste, le mot «ailette», qui est utilisé dans les deux premières revendications du brevet 803, vise à la fois les ailettes flexibles et les ailettes rigides et qu'il n'y a aucune nécessité ni aucun droit de compléter l'analyse terminologique au moyen d'un renvoi à «l'objet» visé ou à quoi que ce soit d'autre. Elles invoquent la métaphore du [TRADUCTION] «nez de cire» utilisée au siècle dernier par la Cour suprême des États-Unis:

[TRADUCTION] Certaines personnes semblent supposer qu'une revendication dans un brevet est comme un nez de cire que l'on peut tourner ou tordre dans toutes les directions, par simple renvoi au mémoire descriptif, afin qu'elle vise une chose supplémentaire ou différente de ce que ses mots expriment. [...] La revendication est une exigence légale, prescrite exactement dans le but de permettre au breveté de définir exactement en quoi consiste son invention, et il est à la fois injuste pour le public et contraire à la loi de lui donner une interprétation différente du sens clair de ses termes.

(*White c. Dunbar*, 119 U.S. 47 (1886), aux pp. 51 et 52, le juge Bradley)

52

I have already given my reasons for concluding that to the extent the appellants are arguing for a simple “dictionary” approach to construction of the '803 claims, it must be rejected. In *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, the Court cited earlier authority dealing with the word “conduit” as used in a patent claim. Duff C.J. at p. 572 accepted the proposition that “[y]ou are not to look into the dictionary to see what ‘conduit’ means, but you are to look at the specification in order to see the sense in which the patentees have used it”. In *Consolboard*, *supra*, as mentioned, Dickson J. considered that the whole of the specification (including the disclosure and the claims) should be looked at “to ascertain the nature of the invention” (p. 520). To the same effect is the statement of Taschereau J. in *Metalliflex Ltd. v. Rodi & Wienberger Aktiengesellschaft*, [1961] S.C.R. 117, at p. 122:

The claims, of course, must be construed with reference to the entire specifications, and the latter may therefore be considered in order to assist in apprehending and construing a claim, but the patentee may not be allowed to expand his monopoly specifically expressed in the claims “by borrowing this or that gloss from other parts of the specifications”.

More recently, Hayhurst, *supra*, at p. 190, cautioned that “[t]erms must be read in context, and it is therefore unsafe in many instances to conclude that a term is plain and unambiguous without a careful review of the specification”. In my view, it was perfectly permissible for the trial judge to look at the rest of the specification, including the drawing, to understand what was meant by the word “vane” in the claims, but not to enlarge or contract the scope of the claim as written and thus understood.

53

A second difficulty with the appellants’ dictionary approach is that it urges the Court to look at the words through the eyes of a grammarian or ety-

J’ai déjà exposé les raisons qui m’incitent à conclure que, dans la mesure où les appelantes préconisent une méthode consistant à s’en tenir au dictionnaire pour interpréter le sens des mots utilisés dans les revendications du brevet 803, cette méthode doit être rejetée. Dans l’arrêt *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, notre Cour a cité des décisions antérieures portant sur le mot [TRADUCTION] «conduit» utilisé dans une revendication de brevet. À la page 572, le juge en chef Duff a souscrit à la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «[i] faut consulter non pas le dictionnaire pour y vérifier le sens du mot “conduit”, mais plutôt le mémoire descriptif pour vérifier le sens dans lequel les brevetés ont utilisé ce mot». Comme nous l’avons vu, le juge Dickson a estimé, dans l’arrêt *Consolboard*, précité, qu’il fallait considérer l’ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) «pour déterminer la nature de l’invention» (p. 520). L’énoncé du juge Taschereau, dans l’arrêt *Metalliflex Ltd. c. Rodi & Wienberger Aktiengesellschaft*, [1961] R.C.S. 117, à la p. 122, va dans le même sens:

[TRADUCTION] On doit naturellement interpréter les revendications en se reportant à l’ensemble du mémoire descriptif, qui peut donc être consulté pour faciliter la compréhension et l’interprétation d’une revendication, mais on ne peut pas permettre que le breveté élargisse la portée de son monopole décrit expressément dans les revendications «en empruntant tel ou tel élément à d’autres parties du mémoire descriptif».

Plus récemment, Hayhurst, *loc. cit.*, à la p. 190, a prévenu que [TRADUCTION] «[I]es mots doivent être interprétés dans leur contexte, de sorte qu’il est risqué, dans bien des cas, de conclure que le sens d’un mot est clair et net sans avoir examiné attentivement le mémoire descriptif». J’estime que le juge de première instance pouvait parfaitement examiner le reste du mémoire descriptif, y compris le dessin, pour comprendre le sens du mot «aillette» utilisé dans les revendications, mais non pour élargir ou restreindre la portée de la revendication telle qu’elle était écrite et, ainsi, interprétée.

Le deuxième problème que pose la méthode du dictionnaire préconisée par les appelantes découle du fait qu’elle invite la Cour à examiner les mots

mologist rather than through the eyes and with the common knowledge of a worker of ordinary skill in the field to which the patent relates. An etymologist or grammarian might agree with the appellants that a vane of any type is still a vane. However, the patent specification is not addressed to grammarians, etymologists or to the public generally, but to skilled individuals sufficiently versed in the art to which the patent relates to enable them on a technical level to appreciate the nature and description of the invention: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 185. The court, writes Dr. Fox, at p. 203, must place itself

in the position of some person acquainted with the surrounding circumstances as to the state of the art and the manufacture at the time, and making itself acquainted with the technical meaning in that art or manufacture that any particular word or words may have.

See also D. Vaver, *Intellectual Property Law* (1997), at p. 140. Knowledge of purpose is one of the important attributes the skilled worker brings to the exercise, as was made clear in *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, a case that concerned the validity of a chemical patent. The invention was a type of conductive cream to be smeared on bits of the human body for the purpose of making electro-cardiograms and the like. The mixture was of no fixed composition. The essential invention was “to combine a highly ionizable salt with an aqueous emulsion” (p. 564). It was put in evidence that hundreds, if not thousands, of substances would fit the description, including some that would be toxic or irritating to the skin. A toxic “conductive cream” would not be a useful therapeutic tool, and it was alleged on that account that the patent lacked utility and was invalid. These objections were swept away by Pigeon J. who held that the notional skilled workman would understand perfectly well the purpose of the combination and could therefore be expected to apply the

du point de vue du grammairien ou de l'étymologiste plutôt que du point de vue et à la lumière des connaissances usuelles du travailleur moyennement versé dans le domaine auquel le brevet a trait. Un étymologiste ou un grammairien pourrait convenir avec les appelantes qu'une ailette de tout genre demeure une ailette. Toutefois, le mémoire descriptif du brevet s'adresse non pas aux grammairiens, aux étymologistes ou au public en général, mais plutôt aux personnes suffisamment versées dans l'art dont relève le brevet pour être en mesure, techniquement parlant, de comprendre la nature et la description de l'invention: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), à la p. 185. Monsieur Fox écrit, à la p. 203, que la cour doit se mettre

[TRADUCTION] dans la position d'une personne au fait de l'état de la technologie et du processus de fabrication à l'époque en cause, et elle doit s'informer du sens technique qu'un seul ou plusieurs mots particuliers peuvent avoir dans cette technologie ou ce processus de fabrication.

Voir également D. Vaver, *Intellectual Property Law* (1997), à la p. 140. La connaissance de l'objet visé est l'un des attributs importants que le travailleur versé dans l'art apporte à l'exercice, comme cela a été indiqué clairement dans l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, une affaire qui portait sur la validité d'un brevet de produit chimique. L'invention était un type de crème conductrice d'électricité devant être appliquée à certains endroits du corps afin d'effectuer des électrocardiogrammes et d'autres examens semblables. La composition du mélange n'était pas fixe. L'invention consistait essentiellement «à combiner un sel très ionisable avec une émulsion aqueuse» (p. 564). On a fait valoir en preuve que des centaines, voire des milliers, de substances correspondraient à la description, dont certaines sont toxiques ou irritantes pour la peau. Une «crème conductrice» toxique ne serait pas un instrument thérapeutique utile, et c'est pourquoi on alléguait que le brevet était inutile et invalide. Ces objections ont été écartées par le juge Pigeon, qui a conclu que le travailleur fictif versé dans l'art comprendrait parfaitement bien le but du mélange et

teaching of the patent by sensibly choosing components suitable for that purpose (at p. 563):

While the construction of a patent is for the Court, like that of any other legal document, it is however to be done on the basis that the addressee is a man skilled in the art and the knowledge such a man is expected to possess is to be taken into consideration. To such a man it must be obvious that a cream for use with skin contact electrodes is not to be made up with ingredients that are toxic or irritating, or are apt to stain or discolour the skin.

Burton Parsons is a pre-*Catnic* instance of purposive construction where, as in *Catnic* itself, the skilled addressee made sense and purpose of the words used in the claim by deploying the common knowledge of someone in that position. It is through the eyes of such a person, not an etymologist or academic grammarian, that the terms of the specification, including the claims, must be read.

54

The argument in this case turns on the meaning of the expression “outwardly extending substantially vertically oriented vanes” (emphasis added). All parties agree that the '803 specification, including claims, is silent on the type of vane (rigid or flexible) to be used in the lower oscillating portion of the agitator, except that the drawing of the preferred embodiment of the invention appended to the patent specification appears to show rigid vanes. “Reference to the patent drawings will sometimes clarify what is meant by a claim”: Hayhurst, *supra*, at p. 190; see also Fox, *supra*, at p. 220. The drawing is of limited help but hardly conclusive because the '803 disclosure makes it clear that the drawing represents a preferred embodiment but does not necessarily exhaust the invention. The issue for the trial judge, accordingly, was whether, at the date of issuance of the '803 patent, a person skilled in the art of clothes washing machines would have understood from a reading of the claims, together with any definitional assistance from the rest of the specifi-

serait donc censé appliquer l'enseignement tiré du brevet pour choisir judicieusement les éléments appropriés à cette fin (à la p. 563):

Même si la Cour doit interpréter un brevet comme tout autre document juridique, cette interprétation doit se faire en tenant compte du fait que le destinataire est un homme de l'art, et en tenant compte également du savoir que cet homme est censé posséder. Il doit être évident pour l'homme de l'art, qu'une crème à utiliser avec des électrodes de contact avec la peau ne peut pas être composée d'éléments qui seraient toxiques, irritants ou susceptibles de tacher ou de décolorer la peau.

L'arrêt *Burton Parsons* fournit un exemple d'interprétation téléologique antérieur à l'arrêt *Catnic*, dans lequel, comme dans l'arrêt *Catnic* même, la personne versée dans l'art à qui on s'adressait s'était servie de ses connaissances usuelles pour donner un sens et un but aux mots utilisés dans la revendication. C'est du point de vue d'une telle personne, et non pas de celui d'un étymologiste ou d'un grammairien, que le contenu du mémoire descriptif, y compris les revendications, doit être interprété.

En l'espèce, l'argumentation porte sur le sens de l'expression «*ailettes* faisant saillie principalement sur le plan vertical» (italiques ajoutés). Les parties conviennent toutes que le mémoire descriptif du brevet 803, y compris les revendications, ne mentionne pas le type d'ailette (rigide ou flexible) devant être utilisé dans la partie inférieure oscillante de l'agitateur, sauf que le dessin de la variante préférée de l'invention annexé au mémoire descriptif du brevet semble montrer des ailettes rigides. [TRADUCTION] «L'examen des dessins du brevet permet parfois de clarifier le sens d'une revendication»: Hayhurst, *loc. cit.*, à la p. 190; voir aussi Fox, *op. cit.*, à la p. 220. Le dessin est d'une certaine utilité, mais n'est guère concluant car la divulgation relative au brevet 803 indique clairement que le dessin représente une variante préférée mais ne représente pas nécessairement l'invention au complet. La question dont était saisi le juge de première instance était donc de savoir si, à la date de la délivrance du brevet 803, une personne versée dans le domaine des laveuses aurait compris, en lisant les revendications et en se servant du reste du mémoire descrip-

cation, that “vanes” must be of a particular type, and if so which type, rigid or flexible.

I say “at the date of issuance of the '803 patent” because some cases suggest that the claims ought to be construed in light of the relevant knowledge at the earlier date of the invention: *Ernest Scragg & Sons Ltd. v. Leeson Corp.* (1964), 26 Fox Pat. C. 1 (Ex. Ct.), *per* Thorson P., at p. 43, or on the date the patent application was filed: *AT&T Technologies, Inc. v. Mitel Corp.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 238 (F.C.T.D.), at p. 260. The possible choices of the priority date (where a Canadian application is based on a foreign filing), the Canadian filing date, the publication date or the issuance (or “grant”) date, have created some uncertainty: *Abbott Laboratories, Ltd. v. Nu-Pharm Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 38 (F.C.T.D.), at p. 50. In the case of pre-October 1989 patent filings in Canada, one at least had the comfort of knowing that the date of publication and the date of issue were the same. For the reasons given in the accompanying decision in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 54, my view is that the language of a patent should be construed as of the date of publication, which in the case of this pre-1989 patent was, to repeat, the date of issue: *Western Electric, supra*, at p. 582, *per* Duff C.J.; *Burton Parsons, supra, per* Pigeon J., at p. 560 (“la date de la délivrance du brevet” in the more specific French language text); *Consolboard, supra*, at p. 523; *Fox, supra*, at pp. 206-7. The critical date is important here because the appellants’ double patenting argument presupposes that when the '734 patent was issued on February 17, 1981 it was obvious and un inventive to substitute flex vanes for rigid vanes on a dual action agitator. The obviousness argument would have been more tenuous as of the date of the invention almost seven years earlier (“at least as early as June 5, 1974”), or even the date of the filing of the '734 patent application in Canada (May 27, 1977).

tif pour interpréter les mots, que les «ailettes» devaient être d’un type particulier et, le cas échéant, qu’elles devaient être rigides ou flexibles.

Je précise «à la date de la délivrance du brevet 803» parce que certaines décisions indiquent que les revendications devraient être interprétées à la lumière des connaissances pertinentes à la date la plus ancienne de l’invention (*Ernest Scragg & Sons Ltd. c. Leeson Corp.* (1964), 26 Fox Pat. C. 1 (C. de l’É.), le président Thorson, à la p. 43), ou à la date du dépôt de la demande de brevet (*AT&T Technologies, Inc. c. Mitel Corp.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 260). La possibilité de choisir entre la date d’antériorité (lorsque la demande canadienne est fondée sur un dépôt à l’étranger), la date du dépôt au Canada, la date de publication ou celle de la délivrance est à l’origine d’une certaine incertitude: *Abbott Laboratories, Ltd. c. Nu-Pharm Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 38 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 50. En ce qui concerne les dépôts de demande de brevet effectués au Canada avant octobre 1989, on était au moins rassuré de savoir que la date de publication et la date de délivrance coïncidaient. Pour les raisons exposées au par. 54 de l’arrêt connexe *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, j’estime que le texte d’un brevet doit être interprété à la date de sa publication qui, faut-il le répéter, dans le cas de ce brevet antérieur à 1989, était la date de sa délivrance: *Western Electric, précité*, à la p. 582, le juge en chef Duff; *Burton Parsons, précité*, le juge Pigeon, à la p. 560; *Consolboard, précité*, à la p. 523; *Fox, op. cit.*, aux pp. 206 et 207. L’importance de la date déterminante en l’espèce découle du fait que l’argument du double brevet avancé par les appelantes présuppose que, au moment de la délivrance du brevet 734, le 17 février 1981, le remplacement des ailettes rigides par des ailettes flexibles fixées sur un agitateur à double effet était évident et non inventif. L’argument de l’évidence aurait été plus précaire à la date de l’invention, soit presque sept ans auparavant («[au moins dès] le 5 juin 1974»), ou même à la date du dépôt de la demande de brevet 734 au Canada (27 mai 1977).

56

Under the new *Patent Act* (S.C. 1993, c. 15, s. 28), the critical date would be the date of publication which, pursuant to s. 10, would be no earlier than 18 months after the effective date of the application unless abridged with the approval of the applicants. The “effective date” in the case of a Canadian patent application based on a foreign patent application would be its priority date or the filing date of the international application. The fact the patents at issue in this case took four to five years from Canadian filing to Canadian issuance underlines the significance of the new accelerated 18-month “laid open” date.

En vertu de la nouvelle *Loi sur les brevets* (L.C. 1993, ch. 15, art. 28), la date déterminante serait la date de publication qui, aux termes de l’art. 10, ne peut survenir avant l’expiration d’un délai de 18 mois suivant la date d’effet de la demande, sauf si ce délai est raccourci avec l’approbation des requérants. La «date d’effet» d’une demande de brevet canadien fondée sur une demande de brevet à l’étranger serait sa date d’antériorité ou la date du dépôt de la demande internationale. Le fait qu’un délai de quatre à cinq années se soit écoulé entre le dépôt au Canada des demandes visant à obtenir les brevets en cause en l’espèce et la délivrance de ces brevets au Canada souligne l’importance de la nouvelle date rapprochée d’accessibilité au public qui survient au bout de 18 mois.

57

The third and most important obstacle to the appellants’ dictionary approach is that it was not in fact consistent with the testimony of their own expert. The parties called three experts. The role of the expert was not to interpret the patent claims but to put the trial judge in the position of being able to do so in a knowledgeable way.

Le troisième obstacle, qui est aussi le plus important, à la méthode du dictionnaire préconisée par les appelantes réside dans le fait qu’elle n’était pas compatible avec le témoignage de leur propre expert. Les parties ont fait témoigner trois experts, dont le rôle consistait non pas à interpréter les revendications du brevet, mais à faire en sorte que le juge de première instance soit en mesure de le faire de façon éclairée.

58

The trial judge accepted the view of the expert called by the appellants, a retired Maytag engineer named Mr. John Mellinger, who testified that the word “vane” in claim 1 would be understood by the skilled reader of the ‘803 patent as a reference to a rigid vane:

Le juge de première instance a accepté l’opinion de l’expert appelé à témoigner par les appelantes, un dénommé John Mellinger, qui était un ingénieur de Maytag à la retraite et qui a affirmé que la personne versée dans l’art qui lirait la revendication 1 du brevet 803 considérerait que le mot «aillette» qui y est utilisé désigne une ailette rigide:

And the vanes that were disclosed by Mr. Platt [applicant for the ‘803 patent] at that time were rigid vanes at the bottom. That was all that he really referred to, it’s already pictured, didn’t describe anything else.

[TRADUCTION] Et les ailettes qui ont été divulguées par M. Platt [le demandeur du brevet 803] à cette époque étaient des ailettes rigides situées dans la partie inférieure. C’est tout ce qu’il a réellement mentionné, c’est ce qui est illustré, et il n’a décrit rien d’autre.

59

The two experts called by the respondents were more equivocal. Mr. Werner, a lead development engineer at Whirlpool, understood from a reading of the ‘803 specifications that “flexible vanes would be permitted, they are not excluded, but they are not required”. Mr. John Pielemeier, another Whirlpool engineer, thought the use of flex vanes was not taught by the ‘803 patent and that

Les deux experts appelés à la barre par les intimées étaient plus nuancés. Monsieur Werner, un ingénieur principal de la division du développement des produits de Whirlpool, a compris, en lisant le mémoire descriptif du brevet 803, que [TRADUCTION] «les ailettes flexibles seraient permises; elles ne sont pas exclues, mais elles ne sont pas requises». Monsieur John Pielemeier, un autre

such an interpretation would be “theoretical” rather than practical.

Q. . . . What I want to know is upon your reading of that claim after you have read the patent is it interpreted by you to include within its scope both rigid and flexible vanes, or just rigid vanes?

A. Well, I guess theoretically you could interpret it to include both. However, it would not lead me to apply flexible vanes to this patent.

As is discussed later, the trial judge rejected Mr. Mellinger as a person skilled in the art of “dual action” machines, and it may therefore be thought somewhat inconsistent for him to have accepted Mr. Mellinger as a skilled worker for the purpose of claims construction of a “dual action” patent. However, in light of the fact that none of the experts called by any of the parties interpreted the patent as teaching the use of flex vanes, the expert evidence left it open to the trial judge to conclude that the '803 patent specification taught rigid vanes, and that the '803 claims should be so construed.

The appellants object that the “vane” controversy ought to have been foreclosed by the Agreed Statement of Facts where the parties agreed that the appellants’ flex vane machine infringed the '803 patent subject to the removable sleeve issue. However, claims construction is a matter of law for the judge, and he was quite entitled to adopt a construction of the claims that differed from that put forward by the parties.

The trial judge, explicitly relying on the evidence of the respondents’ own expert, concluded that “an agitator with flex vanes, although not specifically excluded from the '803 patent, is, nevertheless, not included” (p. 171). In other words,

ingénieur de Whirlpool, estimait que le brevet ne prévoyait pas l’utilisation d’ailettes flexibles et qu’une interprétation selon laquelle il le faisait serait «théorique» plutôt que pratique.

[TRADUCTION]

Q. . . . Je veux savoir si, après avoir lu cette revendication et le brevet, vous considérez que la revendication vise à la fois les ailettes rigides et les ailettes flexibles ou seulement les ailettes rigides?

R. Eh bien, je suppose qu’en théorie elle pourrait être interprétée comme visant les deux. Toutefois, elle ne m’amènerait pas à appliquer des ailettes flexibles à ce brevet.

Comme nous le verrons plus loin, le juge de première instance a considéré que M. Mellinger n’était pas une personne versée dans le domaine des machines à «double effet», de sorte qu’on peut penser qu’il avait été quelque peu illogique de sa part de considérer que M. Mellinger était un travailleur qualifié pour interpréter les revendications d’un brevet portant sur le «double effet». Toutefois, étant donné qu’aucun des experts appelés à témoigner par les parties n’a considéré que le brevet prévoyait l’utilisation d’ailettes flexibles, la preuve d’expert permettait au juge de première instance de conclure que le mémoire descriptif du brevet 803 prévoyait des ailettes rigides et que les revendications du brevet 803 devaient être interprétées de cette manière.

Les appelantes font valoir, de leur côté, que la controverse relative aux «ailettes» aurait dû être réglée par l’exposé conjoint des faits, dans lequel les parties ont convenu que la machine à ailettes flexibles des appelantes contrefaisait le brevet 803, sauf en ce qui concernait la question du manchon amovible. Cependant, l’interprétation des revendications est une question de droit qu’il appartient au juge de trancher, et celui-ci avait parfaitement le droit de donner aux revendications une interprétation différente de celle préconisée par les parties.

Se fondant explicitement sur le témoignage de l’expert des intimées, le juge de première instance a conclu que «bien que le brevet 803 n’exclue pas expressément les agitateurs à ailettes flexibles, il ne les englobe pas» (par. 80). En d’autres termes,

60

61

62

reading the claims with the knowledge and insight into the technical terms provided by the rest of the specification and by Mr. Mellinger's concession, he concluded that rigid vanes were essential to the '803 invention as claimed. Although his analysis is flawed by taking the filing date rather than the date of issuance as the relevant time at which to construe the claims, his conclusion was based on the differences he perceived between unitary action and dual action, a difference that was as true on the date of issuance as it was on the date of filing. In light of the expert evidence, it was open to him to construe the '803 claims accordingly. The Federal Court of Appeal so held, and I agree.

3. *If the '803 Patent Claims Properly Construed Do Not Include Flex Vanes, Is the '734 Patent Nevertheless Invalid Because of Double Patenting?*

63

The prohibition against double patenting relates back to the "evergreen" problem mentioned at the outset. The inventor is only entitled to "a" patent for each invention: *Patent Act*, s. 36(1). If a subsequent patent issues with identical claims, there is an improper extension of the monopoly. It is clear that the prohibition against double patenting involves a comparison of the claims rather than the disclosure, because it is the claims that define the monopoly. The question is how "identical" the claims must be in the subsequent patent to justify invalidation.

64

The Federal Court of Appeal has adopted the test that the claims must be "identical or conterminous": *Beecham Canada Ltd. v. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1, at p. 22. This verbal formulation derives from an editorial comment by Dr. H. G. Fox, Q.C., on *Lovell Manufacturing Co. v. Beatty Bros. Ltd.*, reported at (1962), 23 Fox Pat. C. 112, at pp. 116-17:

Letters patent are not granted at pleasure, but for a term of years and the grant of a second patent with respect to

en lisant les revendications en fonction de la connaissance et de la compréhension des termes techniques qu'il avait acquises à la lumière du mémoire descriptif et de la concession faite par M. Mellinger, il a décidé que les ailettes rigides étaient essentielles à l'invention revendiquée dans le brevet 803. Quoique son analyse soit viciée par le fait d'avoir choisi la date du dépôt au lieu de la date de délivrance comme date pertinente pour interpréter les revendications, sa conclusion reposait sur les différences qu'il percevait entre le simple effet et le double effet, lesquelles différences existaient tout autant à la date de délivrance qu'à celle du dépôt. La preuve d'expert lui permettait de donner cette interprétation aux revendications du brevet 803. Telle est la conclusion que la Cour d'appel fédérale a tirée et à laquelle je souscris.

3. *Si les revendications du brevet 803, correctement interprétées, n'incluent pas les ailettes flexibles, le brevet 734 est-il néanmoins invalide pour cause de double brevet?*

L'interdiction du double brevet est rattachée au problème du «renouvellement à perpétuité» mentionné au départ. L'inventeur n'a droit qu'à «un» brevet pour chaque invention: *Loi sur les brevets*, par. 36(1). Si un brevet comportant des revendications identiques est délivré ultérieurement, il y a prolongement irrégulier du monopole. Il est clair que l'interdiction du double brevet implique une comparaison des revendications plutôt que des divulgations, car ce sont les revendications qui définissent le monopole. La question est de savoir à quel point les revendications du brevet ultérieur doivent être «identiques» pour justifier l'invalidation.

La Cour d'appel fédérale a adopté le critère selon lequel il doit y avoir «identité» des revendications: *Beecham Canada Ltd. c. Procter & Gamble Co.*, [1982] A.C.F. n° 10 (QL), au par. 64. Cette formulation découle d'une observation de l'éditeur faite par H. G. Fox, c.r., au sujet de *Lovell Manufacturing Co. c. Beatty Bros. Ltd.*, publiée à (1962), 23 Fox Pat. C. 112, aux pp. 116 et 117:

[TRADUCTION] Les lettres patentes sont délivrées non pas pour une période indéterminée, mais pour un certain

the same subject-matter would be void under this statute [6 Henry VIII, c. 15, 1514] and by the Statute of Monopolies, as well as at common law and by the terms of section 28(1)(b) of the Canadian Patent Act. But for this purpose the subject-matter of the two grants must be identical. A subsequent claim cannot be invalidated on the ground of prior claiming unless the two claims are precisely conterminous.

This branch of the prohibition on double patenting is sometimes called “same invention” double patenting. Given the claims construction adopted by the trial judge it cannot be said that the subject matter of the '734 patent is the same or that the claims are “identical or conterminous” with those of the '803 patent.

There is, however, a second branch of the prohibition which is sometimes called “obviousness” double patenting. This is a more flexible and less literal test that prohibits the issuance of a second patent with claims that are not “patentably distinct” from those of the earlier patent. In *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, the issue was whether Farbwerke Hoechst could obtain a patent for a medicine that was a diluted version of a medicine for which it had already obtained a patent. The claims were neither identical nor conterminous. Judson J. nevertheless held the subsequent patent to be invalid, explaining at p. 53:

A person is entitled to a patent for a new, useful and inventive medicinal substance but to dilute that new substance once its medical uses are established does not result in further invention. The diluted and undiluted substance are but two aspects of exactly the same invention. In this case, the addition of an inert carrier, which is a common expedient to increase bulk, and so facilitate measurement and administration, is nothing more than dilution and does not result in a further invention over and above that of the medicinal itself. [Emphasis added.]

In *Consolboard, supra*, Dickson J. referred to *Farbwerke Hoechst* as “the main authority on

nombre d'années, et la délivrance d'un second brevet relativement au même objet serait nulle en vertu de la présente loi [6 Henry VIII, ch. 15, 1514] et de la Statute of Monopolies, de même qu'en common law et en vertu de l'alinéa 28(1)(b) de la Loi canadienne sur les brevets. Mais, à cette fin, l'objet des deux brevets accordés doit être identique. Une revendication ne saurait être invalidée en raison de l'existence d'une revendication antérieure, sauf si les deux revendications coïncident exactement.

Ce volet de l'interdiction du double brevet est parfois appelé le double brevet relatif à la «même invention». Étant donné l'interprétation que le juge de première instance a donnée des revendications, on ne peut pas dire que l'objet du brevet 734 est le même que celui du brevet 803 ni qu'il y a «identité» des revendications des deux brevets.

L'interdiction comporte toutefois un deuxième volet qui est parfois appelé le double brevet relatif à une «évidence». Il s'agit d'un critère plus souple et moins littéral qui interdit la délivrance d'un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un «élément brevetable distinct» de celui visé par les revendications du brevet antérieur. Dans *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, la question était de savoir si Farbwerke Hoechst pouvait obtenir un brevet pour un médicament qui constituait une version diluée d'un autre médicament qu'elle avait déjà fait breveter. Il n'y avait pas d'identité des revendications. Le juge Judson a néanmoins conclu à l'invalidité du brevet ultérieur en expliquant, à la p. 53:

[TRADUCTION] Une personne a droit à un brevet pour une substance médicinale nouvelle, utile et inventive; toutefois, le fait de diluer cette nouvelle substance une fois que ses usages médicaux sont déterminés ne crée pas une nouvelle invention. La substance diluée et la substance non diluée ne sont que deux aspects de la même invention. En l'espèce, l'addition d'un véhicule inerte, qui constitue un moyen courant d'augmenter le volume et de faciliter ainsi les mesures et l'administration, n'est rien d'autre que de la dilution et ne crée pas une nouvelle invention. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Consolboard*, précité, le juge Dickson a qualifié l'arrêt *Farbwerke Hoechst*

65

66

67

double patenting” (p. 536) which stood for the proposition that a second patent could not be justified unless the claims exhibited “novelty or ingenuity” over the first patent:

Judson J. for the Court said that the second process involved no novelty or ingenuity, and hence the second patent was unwarranted.

68

It is on this second branch of “obviousness” double patenting that the appellants rest their case against all of the claims of the '734 patent except the “continuous drive” claims which they concede to be valid albeit they contest infringement.

69

The trial judge ruled that the subject matter of the '734 intermittent claims was the addition of flex vanes onto the dual action agitator. There were other minor differences between the '734 patent and the '401 and '803 patents, specifically an option to have the vanes on the lower agitator slanted rather than vertical, and to have the upper agitator in a slope position rather than co-axial with the lower agitator. Applying a purposive construction, however, these elements are clearly not “essential” because the '401 and '803 patents previously issued taught that the vanes could be vertical and the upper auger co-axial with the lower agitator, and the '734 patent claimed that flex vanes would work with these variants as well. What distinguished '734 technology from '803 technology in respect of the intermittent drive claims was the substitution of flex vanes for rigid vanes, as the trial judge noted at pp. 189-90: “[t]he essence of the invention is the unique wash system produced by the combination of flex vanes with dual action agitation”.

d’«arrêt qui fait autorité en matière de double brevet» (p. 536) et qui appuie la proposition selon laquelle un second brevet ne saurait être justifié que si les revendications font preuve «de nouveauté ou d’ingéniosité» par rapport au premier brevet:

Le juge Judson a dit, au nom de la Cour, que le second procédé ne comportait pas de nouveauté ou d’ingéniosité et qu’en conséquence le second brevet n’était pas justifié.

C’est ce deuxième volet de l’interdiction, à savoir le double brevet relatif à une «évidence», que les appelantes invoquent pour contester toutes les revendications du brevet 734, à l’exception de celles relatives à l’«entraînement continu», dont elles reconnaissent la validité même si elles nient qu’il y a eu contrefaçon.

Le juge de première instance a décidé que l’objet des revendications du brevet 734 concernant l’entraînement intermittent était l’ajout d’ailettes flexibles à l’agitateur à double effet. Il y avait d’autres différences mineures entre le brevet 734 et les brevets 401 et 803, en particulier la possibilité que les ailettes fixées sur l’agitateur inférieur soient inclinées plutôt que verticales et celle que l’agitateur supérieur soit en pente au lieu d’avoir le même axe que l’agitateur inférieur. Toutefois, l’interprétation téléologique permet de constater que ces éléments ne sont manifestement pas «essentiels», étant donné que les brevets 401 et 803 délivrés antérieurement indiquaient que les ailettes pouvaient être verticales, que la chemise supérieure pouvait avoir le même axe que l’agitateur inférieur, et que le brevet 734 précisait que les ailettes flexibles fonctionneraient également avec ces variantes. Ce qui distinguait la technologie du brevet 734 de celle du brevet 803, sur le plan des revendications relatives à l’entraînement intermittent, était le remplacement des ailettes rigides par des ailettes flexibles, comme le juge de première instance l’a souligné, au par. 170: «[l]’essence de l’invention est le système unique de lavage résultant du jumelage d’ailettes flexibles et de l’agitation à double effet».

The trial judge initially accepted the evidence of the appellants' expert, Mr. John Mellinger (whose testimony the trial judge found "enlightening and trustworthy" (p. 158)) that there would be no novelty in the use of flex vanes instead of rigid vanes but in the end rejected it because of Mr. Mellinger's lack of "dual action" experience. The trial judge said (at pp. 178, 184-85 and 196):

The evidence of Mr. Mellinger is that, since Maytag's unitary action agitators with flex vanes were already on the market with commercial success, their use on the lower oscillating portion of a dual action agitator could not be considered a novel use.

. . .

I must concede that, at first, I was convinced, on the basis of Maytag's positive experience with flex vanes, that it would have been obvious to appropriate Maytag's flex vanes for use on a dual action agitator.

. . .

Mr. Mellinger admittedly had no experience with dual action agitators. Mr. Pielemeier had a lot, and was involved in product development at the time of their invention. Whose opinion evidence as to what the notional skilled technician would have thought about flex vanes on dual action agitators is to be preferred? Why, Mr. Pielemeier's is, as he has the knowledge that would better support an opinion about dual action agitation. Mr. Mellinger's opinion, though very interesting, clearly is not supported by knowledge about dual action agitation.

Mr. Pielemeier was an engineer who had been employed by the respondent Whirlpool Corporation for 15 to 20 years at the material time. He had laboured in the respondent's product development department, and had "worked with the inventors of the patents before this Court" (trial judgment, at p. 158). Someone with Mr. Pielemeier's connection to the respondents, burdened as he is with inside information, is not a very satisfactory proxy for the "ordinary worker". He is a skilled addressee but he is not operating on the basis of common knowledge in the trade. The patent claims

Le juge de première instance a d'abord accepté le témoignage de l'expert des appelantes, M. John Mellinger (qu'il a estimé «instructif et digne de foi» (par. 25)), selon lequel l'utilisation d'ailettes flexibles au lieu d'ailettes rigides ne serait pas novatrice, mais en définitive, il l'a rejeté en raison de l'inexpérience de M. Mellinger en matière de «double effet». Le juge de première instance a affirmé (aux par. 121, 145 et 200):

Selon le témoignage de M. Mellinger, étant donné que les agitateurs à simple effet dotés d'ailettes flexibles de Maytag remportaient déjà un franc succès sur le marché, l'emploi de telles ailettes sur la partie inférieure oscillante de l'agitateur à double effet ne pouvait être considéré comme nouveau.

. . .

Je dois reconnaître que, dans un premier temps, en raison du recours fructueux de Maytag aux ailettes flexibles, j'étais convaincu qu'il aurait été évident d'utiliser celles-ci de pair avec un agitateur à double effet.

. . .

M. Mellinger a reconnu n'avoir aucune expérience dans le domaine des agitateurs à double effet. L'expérience de M. Pielemeier, qui a participé à la conception du produit au moment de l'invention, est considérable. Quel avis d'expert la Cour doit-elle retenir quant à savoir ce que la personne versée dans l'art aurait pensé de l'idée de munir l'agitateur à double effet d'ailettes flexibles? Le témoignage de M. Pielemeier doit être privilégié, car ce dernier a les connaissances les plus susceptibles d'étayer un avis concernant l'agitation à double effet. L'avis de M. Mellinger est très intéressant, mais de toute évidence, il ne s'appuie sur aucune connaissance en matière d'agitation à double effet.

Monsieur Pielemeier était un ingénieur qui, à l'époque pertinente, était au service de l'intimée Whirlpool Corporation depuis 15 à 20 ans. Il avait œuvré dans le service de développement des produits de l'intimée et avait «travaillé avec les inventeurs qui ont obtenu les brevets sur lesquels la Cour est appelée à se prononcer» (jugement de première instance, par. 26). La personne qui a le lien que M. Pielemeier entretient avec les intimées et qui détient une foule de renseignements internes n'est pas très représentative du «travailleur moyen». Elle est un destinataire versée dans l'art,

were not addressed by Whirlpool's research engineers to their colleagues in Whirlpool's product development group. The patent claims were necessarily addressed to the wider world of individuals with ordinary skills in the technology of clothes washing machines. As Aldous L.J. observed in *Beloit Technologies Inc. v. Valmet Paper Machinery Inc.*, [1997] R.P.C. 489 (Eng. C.A.), at p. 494:

The notional skilled addressee is the ordinary man who may not have the advantages that some employees of large companies may have. The information in a patent specification is addressed to such a man and must contain sufficient details for him to understand and apply the invention. It will only lack an inventive step if it is obvious to such a man. [Emphasis added.]

Dickson J. placed the same emphasis on "ordinariness" in *Consolboard, supra*, at p. 523:

The persons to whom the specification is addressed are "ordinary workmen", ordinarily skilled in the art to which the invention relates and possessing the ordinary amount of knowledge incidental to that particular trade. The true interpretation of the patent is to be arrived at by a consideration of what a competent workman reading the specification at its date would have understood it to have disclosed and claimed.

71 "Ordinariness" will, of course, vary with the subject matter of the patent. Rocket science patents may only be comprehensible to rocket scientists. The problem with Mr. Pielemeier is that he could not be a good guide to the common knowledge of "ordinary workers" in the industry because his opinions were predicated on Whirlpool's in-house knowledge, and he made no bones about that fact.

72 The appellants' expert, Mr. Mellinger, was unsatisfactory for quite a different reason. He disclaimed any experience at all with "dual action"

mais ses connaissances ne sont pas limitées aux connaissances usuelles du travailleur moyen qui œuvre dans l'industrie. Dans les revendications du brevet, les ingénieurs de recherches de Whirlpool ne s'adressaient pas à leurs collègues de la division du développement des produits. Ces revendications s'adressaient forcément à la population plus large des individus moyennement versés dans la technologie des laveuses. Comme le lord juge Aldous l'a fait remarquer dans *Beloit Technologies Inc. c. Valmet Paper Machinery Inc.*, [1997] R.P.C. 489 (C.A. Angl.), à la p. 494:

[TRADUCTION] Le destinataire fictif versé dans l'art est la personne ordinaire qui ne bénéficie peut-être pas des avantages dont peuvent jouir certains employés de grandes sociétés. L'information figurant dans un mémoire descriptif s'adresse à cette personne et doit contenir suffisamment de détails pour qu'elle puisse comprendre et utiliser l'invention. L'aspect inventif ne sera absent que si l'invention est évidente pour cette personne. [Je souligne.]

Le juge Dickson a mis le même accent sur le «caractère moyen» dans l'arrêt *Consolboard*, précité, à la p. 523:

[TRADUCTION] Les personnes à qui le mémoire descriptif s'adresse sont «des travailleurs moyens» doués d'habiletés moyennes dans l'art dont l'invention relève et possédant les connaissances générales moyennes qu'ont les gens de ce domaine d'activité précis. On arrive à la bonne interprétation du brevet en tenant compte de ce qu'un ouvrier habile qui aurait lu le mémoire descriptif à l'époque aurait jugé divulgué et revendiqué par le mémoire.

Le «caractère moyen» varie évidemment selon l'objet du brevet. Les brevets en matière de technologie aérospatiale ne sont compréhensibles que par les spécialistes du domaine. Le problème qui se pose dans le cas de M. Pielemeier est qu'il ne pouvait pas offrir un bon exemple des connaissances usuelles des «travailleurs moyens» qui œuvrent dans l'industrie, étant donné que ses opinions reposaient sur des connaissances internes de Whirlpool, et il ne s'en cachait pas.

L'expert des appelantes, M. Mellinger, laissait à désirer pour une raison fort différente. Il a nié avoir quelque expérience que ce soit en matière de

machines, and could not express an opinion on the differences or the similarities in design or operation in comparison to “unitary action” machines. He had formidable qualifications as an expert in some areas but dual action machines was not among them.

At the date the '734 patent issued (February 17, 1981), dual action machines no longer constituted esoteric technology intelligible only to the initiated. Dual action machines had been public since June 1975 — almost six years prior to issuance of the '734 patent. The '401 and '803 “dual action” patents had issued in Canada on January 2, 1979, and March 6, 1979, respectively, and in the United States considerably earlier than that. They were not prior art opposable to the validity of the '734 patent because they were co-pending in the Canadian Patent Office, but by 1981 dual action machines and the earlier patents were nevertheless well known and available to those with “a practical interest in the subject matter of [the] invention” (*Catnic, supra*, at p. 242). Although neither the '401 or '803 patent specifications disclosed Whirlpool’s knowledge that dual action compounded tangling problems, they did explain how “dual action” works. The trial judge accepted the evidence that the downward force of the upper auger complicated the washing machine environment by driving the clothes onto the oscillating vanes. Workers of ordinary skill and knowledge had had six years of opportunity to reflect on the implications of downward force (dual action) versus no downward force (unitary action), but this was a subject to which Mr. Mellinger had apparently given little thought:

- Q. Are you familiar with any specific special types of tangling problems that happen in dual action agitation?
- A. Only having read that word and understanding — some of the art that I have read some place talks

machines à «double effet» et il a été incapable d’exprimer une opinion sur les différences ou les similitudes de conception ou de fonctionnement qu’elles présentaient par rapport aux machines à «simple effet». Il avait une très grande expertise dans certains domaines, mais pas dans celui des machines à double effet.

À la date de la délivrance du brevet 734 (le 17 février 1981), les machines à double effet ne constituaient plus une technologie ésotérique que seuls les initiés pouvaient comprendre. Les machines à double effet avaient été mises en marché en juin 1975 — soit presque six ans avant la délivrance du brevet 734. Les brevets 401 et 803 relatifs au «double effet» avaient été délivrés au Canada les 2 janvier 1979 et 6 mars 1979, respectivement, et bien avant cela aux États-Unis. Il n’y avait aucune antériorité opposable à la validité du brevet 734 étant donné que les demandes de brevet étaient simultanément en instance devant le Bureau canadien des brevets, mais, dès 1981, les machines à double effet et les brevets antérieurs étaient néanmoins bien connus et disponibles pour ceux qui avaient [TRADUCTION] «un intérêt concret dans l’objet de [l]’invention» (*Catnic, précité*, à la p. 242). Même si les mémoires descriptifs des brevets 401 et 803 ne précisait pas que Whirlpool savait que le double effet aggravait les problèmes d’entrelacement, ils expliquaient cependant le fonctionnement du «double effet». Le juge de première instance a accepté la preuve selon laquelle la force exercée vers le bas par la chemise supérieure compliquait le fonctionnement de la laveuse en entraînant les vêtements vers les ailettes oscillantes. Des travailleurs ayant des compétences et des connaissances moyennes avaient disposé de six ans pour réfléchir sur les conséquences de la force exercée vers le bas (double effet) par rapport à celles de l’absence de cette force (simple effet), mais il s’agit là d’un sujet sur lequel M. Mellinger s’était apparemment peu attardé:

[TRADUCTION]

- Q. Connaissez-vous bien le genre de problèmes d’entrelacement propres à l’agitation à double effet?
- R. Seulement pour avoir lu et compris ce mot — certains ouvrages que j’ai lus dans le domaine mention-

about three-dimensional tangling. I either heard it in testimony or read it in affidavits. It's a new word I didn't know before I got involved with this case.

Q. So it wasn't a problem that you were familiar with?

A. I don't even know if it's a different problem from the ones that we were exposed to. I don't know what it is.

Q. As you sit here today and testify you're not in a position to tell the court whether you now know that there are any special tangling problems that come about because of dual action agitation? You can't talk about that today?

A. I can't talk about that without knowing, you know, the facts of what's out there.

. . .

Q. You agreed with me yesterday that you had never exactly seen a rigid vane dual action agitator?

A. That's correct.

74

I think, as stated, the trial judge was wrong to have accepted the evidence of a long-time employee of the respondent Whirlpool Corporation as a proxy for the "ordinary worker". However, I also conclude that he was quite entitled to reject the evidence of Mr. Mellinger as not being a sufficient factual basis to invalidate the '734 intermittent drive claims. The trial judge was concerned, as I read his opinion, that Mr. Mellinger's testimony was not supported by the level of practical understanding of dual action washing machines that by 1981 was common knowledge among the skilled workers who were interested in this end of the washing machine business. Dual action agitators were, after all, big news for these people in the late 1970s. While the hypothetical "ordinary worker" is deemed to be uninventive as part of his fictional personality, he or she is thought to be reasonably diligent in keeping up with advances in the field to which the patent relates. The "common knowledge" of skilled workers undergoes continuous evolution and growth. The trial judge made a finding of fact that it would be unsafe to rely on

ment quelque part l'entrelacement dans tous les sens. Je l'ai entendu dans des témoignages ou lu dans des affidavits. C'est un mot nouveau que je ne connaissais pas avant d'être impliqué dans la présente affaire.

Q. Il ne s'agissait donc pas d'un problème que vous connaissiez bien?

R. Je ne sais même pas s'il s'agit d'un problème différent de ceux auxquels nous avons fait face. J'ignore de quoi il s'agit.

Q. Même si vous êtes assis ici aujourd'hui et que vous témoignez, vous n'êtes pas en mesure de dire à la cour si vous savez maintenant que des problèmes d'entrelacement particuliers résultent de l'agitation à double effet? Vous ne pouvez pas en parler aujourd'hui?

R. Je ne peux pas en parler sans connaître, vous savez, les faits dont il est question.

. . .

Q. Vous avez convenu avec moi hier que vous n'aviez jamais vu précisément un agitateur à double effet muni d'ailettes rigides?

R. C'est exact.

Comme je l'ai mentionné, j'estime que le juge de première instance a eu tort d'accepter le témoignage qu'un employé de longue date de l'intimée Whirlpool Corporation a fait à titre de représentant du «travailleur moyen». Toutefois, je conclus également qu'il était parfaitement en droit de rejeter le témoignage de M. Mellinger pour le motif qu'il ne constituait pas un fondement factuel suffisant pour invalider les revendications du brevet 734 relatives à l'entraînement intermittent. Si je comprends bien, le juge de première instance craignait que le témoignage de M. Mellinger ne soit pas étayé par le niveau de compréhension concrète des laveuses à double effet qui, dès 1981, faisait partie des connaissances usuelles des travailleurs versés dans l'art qui s'intéressaient à cet aspect de l'industrie des laveuses. Après tout, les agitateurs à double effet étaient une grande nouveauté pour ces gens vers la fin des années 1970. Même s'il n'est pas considéré comme une personne à l'esprit inventif, le «travailleur moyen» hypothétique est tenu pour raisonnablement diligent lorsqu'il s'agit de tenir à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le

Mr. Mellinger's evidence because he had failed to keep up to date in this respect.

Section 45 of the *Patent Act* creates a presumption of validity. The burden was on the appellants to prove on a balance of probabilities, that the patent was invalid. The trial judge simply concluded that he had not been given sufficient proof to displace the presumption. The Federal Court of Appeal agreed, and I see no basis on which this Court could properly interfere with these concurrent factual findings.

4. *Infringement of the "Continuous Drive" Claims*

The issue of infringement is a mixed question of fact and law. Claims construction is a matter of law. Whether the defendant's activities fall within the scope of the monopoly thus defined is a question of fact: *Western Electric, supra*.

With respect to claims construction, the continuous drive concept disclosed in claims 6, 8 and 14 of the '734 patent is not something that is found in either of the '401 or '803 patents. The validity of the '734 patent in that respect is not in doubt. The "continuous drive claims" read as follows:

6. An agitator assembly as defined in claim 1, wherein said drive means is constructed and arranged to continuously drive said second agitator element.

8. The invention set forth in claim 7 wherein said drive means includes a drive member which is directly connected to said upper agitator element and constructed and arranged such that said upper agitator ele-

domaine dont relève le brevet. Les «connaissances usuelles» des travailleurs versés dans un art évoluent et augmentent constamment. Le juge de première instance a tenu pour avéré qu'il serait risqué de se fier au témoignage de M. Mellinger parce que ce dernier ne s'était pas tenu à jour à cet égard.

L'article 45 de la *Loi sur les brevets* crée une présomption de validité. Il incombait aux appelantes de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le brevet était invalide. Le juge de première instance a simplement conclu qu'on ne lui avait pas fourni une preuve suffisante pour réfuter cette présomption. La Cour d'appel fédérale lui a donné raison et je ne vois rien qui justifierait notre Cour de modifier ces conclusions de fait concordantes.

4. *La contrefaçon des revendications relatives à l'«entraînement continu»*

La question de la contrefaçon est une question mixte de droit et de fait. L'interprétation des revendications est une question de droit. La question de savoir si les activités de la défenderesse relèvent du monopole ainsi défini est une question de fait: *Western Electric, précité*.

Quant à l'interprétation des revendications, le concept de l'entraînement continu divulgué dans les revendications 6, 8 et 14 du brevet 734 ne se retrouve pas dans les brevets 401 et 803. La validité du brevet 734 ne fait aucun doute à cet égard. Les «revendications relatives à l'entraînement continu» sont libellées ainsi:

[TRADUCTION]

6. Un agitateur tel que défini à la revendication 1, dont le mécanisme d'entraînement est construit et réglé de manière à commander le mouvement continu du deuxième composant de l'agitateur.

8. L'invention faisant l'objet de la revendication 7 porte sur un mécanisme d'entraînement d'une part constitué d'une pièce d'entraînement directement reliée au composant supérieur de l'agitateur et d'autre part construit et réglé de manière que le composant supérieur de l'agitateur tourne continuellement dans une direction

75

76

77

ment is continuously rotated in one direction on said vertical axis during washing of fabrics.

14. . . . the improvement of . . . a continuous, unidirectional driving means for continuously rotating said auger portion during a washing operation. [Emphasis added.]

78

The trial judge held that the intermittent claims and the continuous claims “are neither inclusive nor exclusive of each other” (pp. 175-76). He said they included (at p. 176):

. . . a “continuously intermittent” motion, where during the operation of the machine, the motion of the upper auger may continuously be driven or rotated in intermittent pauses or spurts. . . . As long as the movement is not sporadic, it may very well have been contemplated to fall within the scope of the claims of the invention.

79

This cannot be correct. The claims clearly differentiate between two modes of operation. Claims 5 and 6 are identical except that the former speaks of intermittent drive and the latter of continuous drive. If the two claims are identical in other respects, one infers on a purposive construction that the claims were intended to describe alternative drive systems. It is well understood that “[w]here one claim differs from another in only a single feature it is difficult to argue that the different feature has not been made essential to the claim”: Hayhurst, *supra*, at p. 198; see also *Jamb Sets Ltd. v. Carlton* (1963), 42 C.P.R. 65 (Ex. Ct.), at p. 73, *aff’d* (1965), 46 C.P.R. 192 (S.C.C.); and *Submarine Signal Co. v. Henry Hughes & Son, Ltd.* (1931), 49 R.P.C. 149 (Eng. C.A.), at p. 174. The only difference between claims 5 and 6 is that claim 6 replaces the word “intermittently” with “continuously”. Clearly, claims 6, 8 and 14 specify that for an intermittent drive means, there is substituted a drive means that continuously rotates the auger. While it is true, as the trial judge observed, that for the patent as a whole “both intermittent *and* continuous drive means are envisaged” (p. 176 (emphasis added)), claims 6, 8 and 14 clearly specify a continuous drive and therefore will only be infringed by a machine that continuously drives

donnée sur l’axe vertical pendant le lavage des pièces d’étoffe.

14. . . . le perfectionnement [...] d’un mécanisme d’entraînement continu unidirectionnel pour assurer la rotation continue de la chemise pendant le lavage. [Je souligne.]

Le juge de première instance a conclu que les revendications relatives à l’entraînement intermittent et celles relatives à l’entraînement continu «ne sont ni mutuellement inclusives ni mutuellement exclusives» (par. 110). Il a dit qu’elles comportaient (au par. 110)

. . . un mouvement «intermittent continu» lorsque pendant le fonctionnement de la machine, la chemise supérieure mise en rotation effectuée, de manière continue, des arrêts ou des accélérations intermittents. [...] Tant qu’il n’est pas sporadique, le mouvement peut très bien être envisagé par les revendications de l’invention.

Cela ne saurait être exact. Les revendications établissent clairement une distinction entre deux modes de fonctionnement. Les revendications 5 et 6 sont identiques, sauf que la première parle d’entraînement intermittent et la dernière, d’entraînement continu. Si les deux revendications sont identiques à d’autres égards, l’interprétation téléologique amène à déduire que les revendications visaient à décrire deux mécanismes possibles d’entraînement. Il est reconnu que [TRADUCTION] «[l]orsque deux revendications diffèrent l’une de l’autre à un seul égard, il est difficile de prétendre que l’on n’a pas fait de la caractéristique différente un élément essentiel de la revendication»: Hayhurst, *loc. cit.*, à la p. 198; voir également *Jamb Sets Ltd. c. Carlton* (1963), 42 C.P.R. 65, à la p. 73 (C. de l’É.), *conf. par* (1965), 46 C.P.R. 192 (C.S.C.); *Submarine Signal Co. c. Henry Hughes & Son, Ltd.* (1931), 49 R.P.C. 149 (C.A. Angl.), à la p. 174. La seule différence entre les revendications 5 et 6 est que, dans la revendication 6, le mot [TRADUCTION] «intermittent» est remplacé par le mot «continu». Manifestement, les revendications 6, 8 et 14 précisent que le mécanisme d’entraînement intermittent est remplacé par un mécanisme d’entraînement qui assure la rotation continue de la chemise. Même s’il est vrai, comme le juge de pre-

the auger. The trial judge essentially found infringement of the continuous claims by conflating them to encompass the intermittent claims.

Moreover, contrary to the respondents' submission, the claims seem clearly to require some structural component. Claims 6, 8 and 14 each refer to "drive means". In claim 6 it is to continuously drive the auger. In claim 8 it is to be directly connected to the auger with the result that the auger is continuously rotated. Claim 14 speaks of a driving means for continuously rotating the auger.

The Federal Court of Appeal construed claims 6, 8 and 14 to require a continuous rather than intermittent drive means and I agree that, as a matter of law, this is the correct construction of those claims.

The evidence of infringement is not very satisfactory. The appellants declined to call a witness to describe the drive means utilized in their accused machines, preferring to sit back and argue that the respondents had not made sufficient proof. Whatever evidence of the mechanics of the appellants' system was obtained during pre-trial discovery was apparently inconclusive. The trial judge based his opinion on a video showing a rotating General Electric auger under a "medium or light wash load".

The respondents' infringement argument seems to come down to this. Wash tub augers do not

mière instance l'a fait remarquer, que «des mécanismes d'entraînement intermittent *et* continu sont envisagés» (par. 110 (italiques ajoutés)) si on considère le brevet dans son ensemble, les revendications 6, 8 et 14 font clairement état d'un entraînement continu de sorte qu'elles ne seront contrefaites que par une machine qui entraîne le mouvement continu de la chemise. Le juge de première instance a conclu à la contrefaçon des revendications relatives à l'entraînement continu en considérant essentiellement qu'elles englobaient les revendications relatives à l'entraînement intermittent.

De plus, contrairement à ce que prétendent les intimées, les revendications semblent nettement exiger un certain composant structurel. Les revendications 6, 8 et 14 font chacune référence à un [TRADUCTION] «mécanisme d'entraînement». Dans la revendication 6, ce mécanisme assure la rotation continue de la chemise. Dans la revendication 8, il doit être relié directement à la chemise de manière à ce qu'elle tourne continuellement. La revendication 14 mentionne un mécanisme d'entraînement qui assure la rotation continue de la chemise.

La Cour d'appel fédérale a considéré que les revendications 6, 8 et 14 exigent un mécanisme d'entraînement continu plutôt qu'intermittent, et je conviens qu'en droit il s'agit de la bonne façon d'interpréter ces revendications.

La preuve de contrefaçon n'est pas très satisfaisante. Les appelantes ont refusé de faire décrire par un témoin le mécanisme d'entraînement utilisé dans leurs machines visées par les allégations de contrefaçon, et ont préféré plaider simplement l'insuffisance de la preuve présentée par les intimées. Quelle que soit la preuve obtenue lors de l'interrogatoire préalable relativement au fonctionnement du mécanisme des appelantes, elle n'était apparemment pas concluante. Le juge de première instance a fondé son opinion sur une bande vidéo montrant la rotation d'une chemise de General Electric dans le cas «d'une lessive petite ou moyenne».

L'argument des intimées relativement à la contrefaçon semble se résumer à ceci. Les chemises de

80

81

82

83

rotate unless they are driven. If the GE auger is seen to rotate continuously, we can infer that it is connected to a drive means capable of continuously rotating it. Appellants' counsel suggested that perhaps the tub water was turning the auger but one would have expected, on the contrary, that the backwash generated by the lower oscillating vanes would have created intermittent water resistance to such continuous rotation.

cuve ne tournent pas à moins d'être entraînées. Si on voit la chemise de GE tourner de façon continue, on peut déduire qu'elle est reliée à un mécanisme d'entraînement capable de lui imprimer un mouvement de rotation continu. L'avocat des appelantes a indiqué que l'eau de la cuve faisait peut-être tourner la chemise, mais on se serait plutôt attendu à ce que le ressac produit par les ailettes oscillantes inférieures crée une résistance intermittente de l'eau à cette rotation continue.

84

The appellants' reliance on the onus of proof, while perhaps sound tactics, left the court in an awkward position. The respondents' evidence of infringement, while thin, was put into the balance against no evidence at all. The Federal Court of Appeal concluded that the videotaped evidence supported the inference of continuous drive as well as the observed continuous rotation. I conclude that in the absence of any GE evidence to the contrary, it was open to that court to use that inference to find, as a fact, infringement of the continuous drive claim.

Même s'il pouvait s'agir d'une bonne tactique, le fait que les appelantes aient invoqué le fardeau de preuve a placé la cour dans une position difficile. Même si elle était mince, la preuve de contrefaçon présentée par les intimées a été soupesée en fonction d'une absence totale de preuve contraire. La Cour d'appel fédérale a conclu que la preuve sur bande vidéo étayait la déduction qu'il y avait entraînement continu en plus de la rotation continue observée. J'estime que, en l'absence de tout élément de preuve contraire présenté par GE, la cour pouvait utiliser cette déduction pour conclure qu'il y avait, en fait, contrefaçon de la revendication relative à l'entraînement continu.

85

The appellants object that the factual finding of the Federal Court of Appeal in this respect differed from that of the trial judge, who, as stated, had erroneously construed the claims as contemplating that "the upper auger may continuously be driven or rotated in intermittent pauses or spurts . . . [a]s long as the movement is not sporadic" (p. 176), and found in the video that "[a]t times [the movement] appears continuous; at times intermittent" (p. 175). The Federal Court of Appeal, which correctly construed the claims as requiring continuous drive and/or rotation, viewed the same videotaped evidence and was satisfied that "the motion of the upper element of the appellants' product while working under medium and light load conditions was continuous . . . [and that] the motion shown on the exhibit speaks for itself" (pp. 141-42). It was open to the Federal Court of Appeal to make this finding of fact because the trial judge had misconstrued the claim and therefore misdirected himself as to what he was looking for. The appellants, having elected not to call any evidence on this issue,

Les appelantes ont fait valoir, de leur côté, que la conclusion de fait que la Cour d'appel fédérale a tirée à cet égard différait de celle du juge de première instance qui, comme nous l'avons vu, a considéré à tort que les revendications prévoyaient qu'il se pouvait que «la chemise supérieure [. . .] effectuée, de manière continue, des arrêts ou des accélérations intermittents [. . .] [t]ant qu[e] [le mouvement] n'[était] pas sporadique» (par. 110), et a constaté, en visionnant la bande vidéo, que «[p]arfois, [le mouvement] semble continu, parfois il semble intermittent» (par. 105). La Cour d'appel fédérale, qui a considéré à juste titre que les revendications exigeaient l'entraînement continu ou la rotation continue ou les deux à la fois, a visionné la même preuve sur bande vidéo qui l'a convaincue que «le mouvement du composant supérieur du produit des appelantes en action en présence de lessives petites et moyennes était continu [. . .] [et que] le mouvement démontré par la pièce parl[ait] de lui-même» (par. 32). La Cour d'appel fédérale pouvait tirer cette conclusion de fait car le juge de

are not well placed to argue that the Federal Court of Appeal made a palpable error in reaching the factual conclusion that it did.

V. Disposition

The appeal is therefore dismissed with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Smart & Biggar, Ottawa; Dimock Stratton Clarizio, Toronto.

Solicitors for the respondents: Barrigar & Moss, Toronto.

première instance avait mal interprété la revendication et s'était ainsi trompé quant à savoir ce qu'il devait examiner. Après avoir décidé de ne présenter aucun élément de preuve sur cette question, les appelantes sont mal venues de prétendre que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur manifeste en tirant cette conclusion de fait.

V. Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens en faveur des intimées.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Smart & Biggar, Ottawa; Dimock Stratton Clarizio, Toronto.

Procureurs des intimées: Barrigar & Moss, Toronto.

**Maytag Corporation, Maytag Limited and
Maytag Quebec Inc. *Appellants***

v.

**Whirlpool Corporation and Inglis
Limited *Respondents***

INDEXED AS: WHIRLPOOL CORP. v. MAYTAG CORP.

Neutral citation: 2000 SCC 68.

File No.: 27209.

1999: December 14; 2000: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Claims construction — Whether “purposive construction” proper approach to claims construction for both validity and infringement issues.

Patents — Validity — Double patenting — Whether patent should be invalid as double patenting.

Whirlpool Corp. brought an action in the Federal Court alleging that Maytag Corp. had infringed the 1,095,734 patent relating to clothes-washing machines. In a companion case raising the same “intermittent drive claims” of the patent, the Trial Division held the patent to be valid and infringed. The judgment in this case was consented to on a “without prejudice” basis preserving Maytag’s right of appeal with respect to the issue of the validity of the patent. The cases were heard together by the Federal Court of Appeal, which dismissed both appeals.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellants conceded infringement but denied the patent’s validity. For the reasons set out in the companion appeal *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, the attack on the validity of

**Maytag Corporation, Maytag Limited et
Maytag Québec Inc. *Appelantes***

c.

**Whirlpool Corporation et Inglis
Limited *Intimées***

RÉPERTORIÉ: WHIRLPOOL CORP. c. MAYTAG CORP.

Référence neutre: 2000 CSC 68.

N° du greffe: 27209.

1999: 14 décembre; 2000: 15 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Interprétation des revendications — L'«interprétation téléologique» est-elle la méthode qui doit-être utilisée pour interpréter les revendications en ce qui concerne à la fois les questions de validité et les questions de contrefaçon?

Brevets — Validité — Double brevet — Le brevet est-il invalide pour cause de double brevet?

Whirlpool Corp. a intenté une action en Cour fédérale dans laquelle elle alléguait que Maytag Corp. avait contrefait son brevet 1 095 734 relatif à des laveuses. Dans une affaire connexe portant sur les mêmes «revendications du brevet relatives à l'entraînement intermittent», la Section de première instance a conclu que le brevet était valide et contrefait. Le jugement rendu en l'espèce a fait l'objet d'un consentement donné «sans préjudice», de manière à préserver le droit d'appel de Maytag à l'égard de la question de la validité du brevet. La Cour d'appel fédérale a entendu les deux appels en même temps et les a rejetés tous les deux.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les appelantes ont reconnu l'existence de contrefaçon, mais ont prétendu que le brevet n'était pas valide. Pour les raisons exposées dans le pourvoi connexe *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S.

the 1,095,734 patent is rejected. The trial judgment is therefore affirmed.

Cases Cited

Followed: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, aff'g (1999), 85 C.P.R. (3d) 129, aff'g (1997), 76 C.P.R. (3d) 150.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 236 N.R. 330 (*sub nom. Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*), 85 C.P.R. (3d) 129, [1999] F.C.J. No. 84 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of Hugessen J. of the Trial Division. Appeal dismissed.

James D. Kokonis, Q.C., Dennis S. K. Leung and Stephen M. Lane, for the appellants.

Christopher J. Kvas and Peter R. Everitt, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — This is a patent case commenced by Whirlpool Corporation and its Canadian subsidiary, Inglis Limited, alleging infringement of Canadian patent 1,095,734 (the "734 patent") relating to clothes-washing machines by the Maytag Corporation and its Canadian subsidiaries. The same claims, plus others, had been asserted a year earlier against the General Electric Company and its Canadian subsidiary, Camco Inc. ("*Camco*"). Both actions assert Whirlpool's monopoly over a novel type of agitator in laundry tubs, namely a "dual action" spindle that features a lower oscillating agitator and an upper auger which combine to give the laundry load a better scrub.

The present case differs from that of *Camco* in that only claims 1 to 5, 7 and 9 to 13 of the '734 patent (the "intermittent drive claims") are in issue in the appeal. Allegations concerning infringement

1067, 2000 CSC 67, la contestation de la validité du brevet 1 095 734 est rejetée. Le jugement de première instance est donc confirmé.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, conf. (1999), 85 C.P.R. (3d) 129, conf. (1997), 76 C.P.R. (3d) 150.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 236 N.R. 330 (*sub nom. Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*), 85 C.P.R. (3d) 129, [1999] A.C.F. n° 84 (QL), qui a rejeté l'appel des appelantes contre une décision du juge Hugessen de la Section de première instance. Pourvoi rejeté.

James D. Kokonis, c.r., Dennis S. K. Leung et Stephen M. Lane, pour les appelantes.

Christopher J. Kvas et Peter R. Everitt, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — La présente affaire concerne une action en matière de brevet dans laquelle Whirlpool Corporation et sa filiale canadienne, Inglis Limited, ont allégué que leur brevet canadien 1 095 734 («brevet 734») relatif à des laveuses a été contrefait par Maytag Corporation et ses filiales canadiennes. General Electric Company et sa filiale canadienne Camco Inc. («Camco») avaient fait l'objet notamment des mêmes allégations un an auparavant. Dans les deux cas, on a fait valoir que Whirlpool avait le monopole d'un nouveau type d'agitateur dans les cuves de laveuse, à savoir un arbre à «double effet» muni d'un agitateur oscillant inférieur et d'une chemise supérieure qui contribuent à réaliser un meilleur nettoyage de la lessive.

À la différence du pourvoi de *Camco*, seules les revendications 1 à 5, 7 et 9 à 13 du brevet 734 (les «revendications relatives à l'entraînement intermittent») sont en cause en l'espèce. Les allégations de

of claims 6, 8 and 14 of the '734 patent (the "continuous drive claims") were withdrawn.

3

The *Camco* action proceeded to trial before Cullen J., and by judgment August 18, 1997, the Whirlpool patents were held to be valid and one of the patents, infringed. Whirlpool then moved in this case for judgment on September 9, 1997. The judgment was consented to on a "without prejudice" basis preserving Maytag's right of appeal with respect to the issue of the validity of the '734 patent. The trial judgment of Hugessen J. explicitly adopted the reasons for judgment of Cullen J. in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 150, in so far as they dealt with the '734 patent, with the following additional facts:

- (i) The defendants' infringing agitator, sold under the Loadsensor and Dependable Care trademarks, is aptly described by and infringes claims 1 through 5, 7, and 9 through 13 of Canadian patent 1,095,734; and,
- (ii) The defendants had full knowledge of Canadian patent 1,095,734 at the time that they decided to introduce their infringing products into the Canadian market and chose to introduce their products in spite of that knowledge.

4

The *Maytag* appeal was heard by the Federal Court of Appeal at the same time as the *Camco* appeal. Both appeals were dismissed on January 22, 1999 with a single set of reasons now reported at (1999), 85 C.P.R. (3d) 129.

5

In this Court, the appeals were again heard together. In the companion judgment of *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, released concurrently, the attack on the validity of the '734 patent is rejected. Those reasons in respect of the validity of the '734 patent apply equally to the present appeal. It is conceded by Maytag that if the '734 patent is valid, then the Maytag machines infringe.

contrefaçon des revendications 6, 8 et 14 du brevet 734 (les «revendications relatives à l'entraînement continu») ont été retirées.

Le juge Cullen a instruit l'action intentée contre Camco et, dans un jugement rendu le 18 août 1997, les brevets de Whirlpool ont été jugés valides et l'un de ceux-ci a été jugé contrefait. Whirlpool a ensuite demandé, le 9 septembre 1997, qu'un jugement soit rendu dans la présente affaire. Le jugement a fait l'objet d'un consentement donné «sans préjudice», de manière à préserver le droit d'appel de Maytag à l'égard de la question de la validité du brevet 734. Dans le jugement de première instance, le juge Hugessen a adopté expressément les motifs de jugement du juge Cullen dans l'affaire *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 150, dans la mesure où ils concernaient le brevet 734, et a ordonné que les faits additionnels suivants fassent partie du dossier d'instruction:

[TRADUCTION]

- (i) L'agitateur contrefait des défenderesses, vendu sous les marques de commerce Loadsensor et Dependable Care, est bien décrit par les revendications 1 à 5, 7 et 9 à 13 du brevet canadien 1 095 734, et les contrefait;
- (ii) Les défenderesses ont décidé de lancer leurs produits contrefaits sur le marché canadien même si elles étaient parfaitement au courant du brevet canadien 1 095 734.

La Cour d'appel fédérale a entendu l'appel de Maytag en même temps que celui de Camco. Les deux appels ont été rejetés le 22 janvier 1999 dans une seule série de motifs qui sont maintenant publiés à (1999), 85 C.P.R. (3d) 129.

Devant notre Cour, les pourvois ont, là encore, été entendus conjointement. Dans l'arrêt connexe *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, rendu simultanément, la contestation de la validité du brevet 734 est rejetée. Les motifs concernant la validité du brevet 734 s'appliquent également au présent pourvoi. Maytag reconnaît que si le brevet 734 est valide, ses machines sont contrefaites.

This appeal is therefore dismissed. The respondents are entitled to their costs of these proceedings in so far as such costs were incurred over and above those incurred in the *Camco* appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Smart & Biggar, Ottawa; Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Solicitors for the respondents: Barrigar & Moss, Toronto.

Le présent pourvoi est donc rejeté. Les intimées ont droit à leurs dépens en l'espèce dans la mesure où ils excèdent ceux qu'elles ont engagés dans le pourvoi de *Camco*.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Smart & Biggar, Ottawa; Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Procureurs des intimées: Barrigar & Moss, Toronto.

Little Sisters Book and Art Emporium, B.C. Civil Liberties Association, James Eaton Deva and Guy Allen Bruce Smythe *Appellants*

v.

The Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of National Revenue and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Canadian AIDS Society, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Conference of the Arts, EGALE Canada Inc., Equality Now, PEN Canada and the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) *Interveners*

INDEXED AS: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM
v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

Neutral citation: 2000 SCC 69.

File No.: 26858.

2000: March 16; 2000: December 15.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Legislation placing onus on importer to establish that goods are not obscene — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights

Little Sisters Book and Art Emporium, B.C. Civil Liberties Association, James Eaton Deva et Guy Allen Bruce Smythe *Appellants*

c.

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre du Revenu national et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, la Société canadienne du SIDA, l'Association canadienne des libertés civiles, la Conférence canadienne des arts, EGALE Canada Inc., Equality Now, PEN Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM
c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

Référence neutre: 2000 CSC 69.

N° du greffe: 26858.

2000: 16 mars; 2000: 15 décembre.

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 constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importateurs tenus par la législation douanière de prouver que les marchandises ne sont pas obscènes — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière

and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71, 152(3) — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression or equality rights — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71 — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

The appellant bookstore, of which the individual appellants are the directors and controlling shareholders, carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe-sex advisory material and gay and lesbian erotica. Since its establishment in 1983, the store has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff* prohibits the importation of “[b]ooks, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that . . . are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*”. At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification, pursuant to s. 58 of the *Customs Act*. The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual accompa-

porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71, 152(3) — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression ou aux droits à l’égalité? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71 — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

La librairie appelante, dont les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants, dispose d’un inventaire spécialisé s’adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment de la littérature gaie et lesbienne, de l’information de voyage, des périodiques d’intérêt général, des ouvrages universitaires sur l’homosexualité, des textes d’information sur les pratiques sexuelles sans risque d’infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Depuis sa constitution en 1983, la librairie importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Le code 9956(a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes* prohibe l’importation de «[l]ivres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui [. . .] sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*». Au point d’entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*. Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande

nying Memorandum D9-1-1, which describes the type of materials deemed obscene by Customs. At the relevant time, an item considered "obscene" and thus prohibited was subject (under s. 60 of the Act) to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit, and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. Once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition under s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. Section 152(3) provides that in any proceeding under the Act the burden of proof in any question in relation to the compliance with the Act or the regulations in respect of any goods lies on the importer.

After a lengthy trial the trial judge found not only that the Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant bookstore on numerous occasions, but that these errors were caused by the "systemic targeting" of the store's importations. He concluded that the Customs legislation infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but was justified under s. 1. Although he denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the trial judge issued a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that the Customs legislation had at times been construed and applied in a manner contrary to ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants' appeal.

Held (Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The "reverse onus" provision under s. 152(3) of the *Customs Act* cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The interpretation given to s. 163(8) of the *Criminal Code* in *Butler* does

partie en une comparaison, par l'inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le *Mémorandum D9-1-1*, qui décrit le genre de marchandises jugées obscènes par les Douanes. À l'époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande (en vertu de l'art. 60 de la Loi) l'objet d'une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d'une révision par le sous-ministre ou la personne désignée par celui-ci. Une fois ces recours administratifs épuisés, l'importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l'art. 67 de la Loi, d'abord auprès d'un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit, et enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 152(3) prévoit que, dans toute procédure engagée sous le régime de la Loi, la charge de la preuve incombe à l'importateur pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises, à l'observation, à leur égard, de la Loi ou de ses règlements.

À la suite d'un long procès, le juge de première instance a estimé que non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par la librairie appelante, mais aussi que ces erreurs avaient été causées «par la prise systématique pour cibles» des importations de la librairie. Il a conclu que la législation douanière portait atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'elle était justifiée au regard de l'article premier. Même s'il a refusé d'accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge de première instance a prononcé, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que la législation douanière avait à l'occasion été interprétée et appliquée d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel des appelants.

Arrêt (les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli en partie. La disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue au par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne saurait constitutionnellement imposer à l'importateur la charge de prouver l'absence d'obscénité. La *Charte* garantit à l'importateur le droit de recevoir du matériel expressif à moins que l'État ne puisse justifier son refus de laisser entrer ce matériel.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie: L'interprétation qu'on a donnée du par. 163(8) du *Code crimi-*

not discriminate against the gay and lesbian community. The national community standard of tolerance relates to harm, not taste, and is restricted to conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. While it is true that under s. 163(8) the “community standard” is identified by a jury or a judge sitting alone, a concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place. The Canadian community specifically recognized in the *Charter* that equality (and with it, the protection of sexual minorities) is one of the fundamental values of Canadian society. The standard of tolerance of this same Canadian community for obscenity cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way. *Butler* validates a broad range of sexually explicit expression as non-harmful.

The Constitution does not prohibit border inspections. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. If Parliament can prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibitions can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance. It was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and to leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level. There is no constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs treatment of constitutionally protected expressive material by legislation rather than by way of regulation or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the

nel dans l’arrêt *Butler* n’a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. La norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et elle se limite au comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Quoiqu’il soit vrai que, dans l’application du par. 163(8), la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul, le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité est l’un des principaux facteurs qui ont mené à l’adoption du critère de la collectivité nationale dans l’arrêt *Butler*. La collectivité canadienne a expressément reconnu dans la *Charte* que l’égalité (et avec elle la protection des minorités sexuelles) constituait l’une des valeurs fondamentales de la société canadienne. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d’obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d’expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne. L’arrêt *Butler* permet de considérer un large éventail de formes d’expression sexuellement explicites comme non préjudiciables.

La Constitution n’interdit pas les inspections frontalières. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d’entraîner des décisions erronées. Si le Parlement peut prohiber l’obscénité — et l’arrêt *Butler* a établi qu’il l’avait fait de manière valide — des prohibitions peuvent être prononcées tant aux frontières du pays qu’à l’intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d’obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou encore ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables s’applique dans de telles circonstances, si tant est qu’elle s’applique, mais avec beaucoup moins d’acuité. Il était loisible au Parlement, lorsqu’il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d’en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l’autorité du ministre. Tout manquement survenant à l’étape de la mise en œuvre, situation qui s’est clairement produite en l’espèce, peut être réglé à cette étape. Aucune règle constitutionnelle n’oblige le Parlement à prescrire au moyen d’une loi plutôt que d’un règlement ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le

basis that its enactments will be applied constitutionally by the public service.

If Customs does not make a tariff classification within 30 days the importer's classification applies. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers. The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(j) of the *Customs Act* or ministerial directions to Customs officials.

The requirement in s. 60(3) of the Act that a re-determination of a tariff classification be made with "all due dispatch" must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. The trial judge found that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act.

A court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted as an appeal by way of a trial *de novo*.

It was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that carried at least some of the same titles as the appellant bookstore. Moreover, while sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a het-

matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte sont appliqués d'une manière conforme à la Constitution par les fonctionnaires.

Si les Douanes n'effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l'importateur s'applique. Le délai de 30 jours imparté pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs. La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d'autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d'effectuer le classement. Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l'al. 164(1)(j) de la *Loi sur les douanes* ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes.

Il faut donner un sens à l'obligation faite par le par. 60(3) de la Loi de procéder à la révision du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n'y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. Le juge de première instance a constaté que certaines demandes de révision présentées en vertu de l'art. 63 avaient pris plus d'un an à être tranchées. Un tel délai n'est pas conforme à la Loi.

Un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*.

Il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l'a fait, que les appelants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d'intérêt plus général qui vendaient au moins certains des titres offerts par la librairie appelante. De plus, quoique l'orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l'art. 15 de la *Charte*, il s'agit clairement d'un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du

erosexual nature. On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica). There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants violated their legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive material which they had every right to import.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. The appellant bookstore was targeted because it was considered "different". On a more general level, it is fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants' constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

The source of the s. 15(1) *Charter* violation is not the Customs legislation itself. There is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the legislation. A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well established

matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes qui importent des publications comparables de nature hétérosexuelle. De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien). Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbitraire et ont montré de l'indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu'ils avaient parfaitement le droit d'importer.

Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée. La librairie appelante a été visée parce qu'elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu'une forme d'expression qui se manifeste librement à l'intérieur du pays puisse faire l'objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu'elle traverse une frontière internationale et qu'elle tombe ainsi sous l'autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d'expression ne s'arrête pas à la frontière.

La source de la violation du par. 15(1) de la *Charte* n'est pas la législation douanière elle-même. Il n'y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. La définition de l'obscénité s'applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l'espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière. Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'applica-

that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter*. Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department's treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis in attacking the validity of the statute that conferred it.

As conceded by the Crown, the Customs legislation infringes s. 2(b) of the *Charter*. With the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, however, the legislation constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*. The *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly "prescribed by law". Parliament's legislative objective, which is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad, is pressing and substantial, and Customs procedures are rationally connected to that objective. Moreover, the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(b) rights of importers, apart from the reverse onus provision. Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures.

Per Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): The majority's conclusion that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted is agreed with. The *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. There is also agreement

tion de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte*. Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n'a pas été fait. Toutefois, le fait qu'un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l'a conféré.

Comme l'a concédé la Couronne, la législation douanière porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. À l'exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, toutefois, la législation constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n'est pas nulle pour cause d'imprécision ou d'incertitude et elle est donc validement «prescrite par une règle de droit». L'objectif visé par la loi fédérale en cause, qui est d'empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l'étranger, est urgent et réel, et les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif. De plus, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2b), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve. Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement.

Les juges Iacobucci, Arbour et LeBel (dissidents en partie): La conclusion de la majorité selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés, est acceptée. Le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudi-

with the majority's conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials, although it will be very difficult to make the case of obscenity against a book.

The application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15 of the *Charter*. The Customs legislation does not itself violate s. 15(1), however, for the reasons given by the majority. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities, gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law*.

As properly conceded by the respondents, the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants' rights under s. 2(b) of the *Charter*. The legislation has been administered in an unconstitutional manner, but it is the legislation itself, and not only its application, that is responsible for the constitutional violations. Given the extensive record of *Charter* violations, there must be sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. The issue is not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. The government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will adequately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the rough and ready border screening procedure that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed.

ciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Sont également acceptées les conclusions de la majorité selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits, quoiqu'il soit très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre.

L'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, pour les motifs exposés par la majorité, la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1). Bien qu'il soit possible d'affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaies et lesbienne, les gais et les lesbiennes ne cessent pas d'avoir accès au matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effet préjudiciable, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law*.

Comme l'ont à juste titre concédé les intimés, l'application de la législation douanière aux livres, aux magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2b) de la *Charte*. La loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle, mais c'est la loi elle-même, et non pas seulement son application, qui est responsable des violations constitutionnelles. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, le régime législatif lui-même doit comporter des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. La question en litige ne consiste pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d'expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d'une conduite exemplaire. En outre, ce n'est pas seulement la procédure sommaire de contrôle frontalier qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l'ensemble du système de révision de ces décisions initiales.

The government's burden under s. 1 of the *Charter* is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter* rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. This will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant. Many of the items seized in this case were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(b). While a more deferential approach is appropriate where, as here, the government is mediating between competing groups as a social policy maker, the Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

The substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard, and the limit on *Charter* rights is thus prescribed by law. The objective of the Customs legislation, which is to limit the importation of obscene materials into the country, is pressing and substantial. Preventing obscene materials from ever entering the country is a rational means of protecting society from harm. In light of the Customs legislation's failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, however, it is not minimally intrusive. The only accommodation made for expressive materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. This is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, makes it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level.

Conformément à l'article premier de la *Charte*, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de cette loi. L'examen d'un tel idéal hypothétique risque de permettre que même des violations flagrantes de droits garantis par la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent. Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2b). Quoiqu'une approche empreinte d'une plus grande déférence convienne lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement joue, en tant qu'architecte de la politique sociale, le rôle d'arbitre entre des groupes opposés, la 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*.

La norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d'obscénité, telle qu'elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible, et la restriction des libertés garanties par la *Charte* est donc prescrite par une règle de droit. L'objectif de la législation douanière, qui est de restreindre l'importation du matériel obscène au pays, est urgent et réel. Le fait d'empêcher du matériel obscène d'entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Toutefois, étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. La seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. Cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67.

The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given the inherent dangers in a scheme of prior restraint at the border it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize these dangers. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

A minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. Customs officers have consistently failed to apply *Butler's* command to consider the context and artistic merit of items under consideration. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

Moreover, the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. The detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants

La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu des dangers intrinsèques d'un régime de restriction préalable à la frontière, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum ces dangers. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

Un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

De plus, les effets préjudiciables du régime douanier existant excèdent ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Les retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essuyé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Les avantages de la législation actuelle

will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. In the absence of any evidence that a scheme with more procedural safeguards would be impossible, it should not be assumed that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Code 9956(a) of the *Customs Tariff*. Given the fact that there were grave systemic problems in the administration of the law, the primarily declaratory remedy relied on by the majority is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. There are a number of options available to Parliament to remedy the current flaws in the Customs legislation. First, it could enact new legislation which properly safeguards the expressive rights at stake. Second, it could establish a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by front-line Customs officers. Finally, it could rely on the criminal law to deal with the importation of obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **disapproved in part:** *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinguished:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; **referred to:** *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; *R. v. Jacob* (1996),

sont principalement d'ordre financier, car les réformes sollicitées par les appelants exigeront la dépense de deniers publics. Il importe toutefois de ne pas surestimer ces coûts. En l'absence de preuve indiquant qu'il serait impossible d'établir un régime comportant davantage de garanties procédurales, il ne faut pas supposer que le Parlement est absolument incapable d'élaborer un régime législatif qui, tout en étant efficient, protégerait mieux les droits constitutionnels en cause.

La réparation convenable à l'égard de l'atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956a) du *Tarif des douanes*. Étant donné l'existence de problèmes systémiques graves dans l'application de la loi, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet la majorité est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. Les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Le Parlement dispose d'un certain nombre de solutions pour remédier aux lacunes actuelles de la législation douanière. Premièrement, il pourrait adopter de nouvelles dispositions législatives protégeant adéquatement les droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Deuxièmement, il pourrait établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d'obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Enfin, il pourrait s'en remettre au droit criminel, plutôt qu'à un régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêt critiqué en partie:** *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; **arrêts mentionnés:** *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d)

112 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. v. H.*,

549; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par le juge Iacobucci (dissident en partie)

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" c. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. c.*

[1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canada Post Corporation Act, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42 [rep. & sub. c. 1 (2nd Supp.), s. 171].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 2, 58, 60, 63, 64 [am. c. 47 (4th Supp.), s. 52 (Sch., item 2(1)); am. 1992, c. 28, s. 15], 67 [rep. & sub. c. 47 (4th Supp.), s. 52 (Sch., item 2(2))], 68, 71 [am. c. 41 (3rd Supp.), s. 120], 99, 152(3), 164.
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), s. 114.
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Sch. VII, Code 9956(a).
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, s. 166, Sch., Tariff item 9899.00.00.

Authors Cited

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1770.
 Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, pp. 3605-6, 3608, 3611.
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, p. 4177.

H., [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42 [abr. & rempl. ch. 1 (2^e suppl.), art. 171].
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 2, 58, 60, 63, 64 [mod. ch. 47 (4^e suppl.), art. 52 (ann., art. 2(1)); mod. 1992, ch. 28, art. 15], 67 [abr. & rempl. ch. 47 (4^e suppl.), art. 52 (ann., art. 2(2))], 68, 71 [mod. ch. 41 (3^e suppl.), art. 120], 99, 152(3), 164.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, ann. VII, code 9956a).
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36, art. 166, ann., numéro tarifaire 9899.00.00.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), art. 114.

Doctrine citée

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
 Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
 Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1^{re} sess., 33^e lég., 2 avril 1985, pp. 3605, 3606, 3608, 3611.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 24^e lég., 27 août 1958, p. 4388.

- Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. "Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters Case*" (1996), 7 *Constitutional Forum* 103.
- Cossman, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.". In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.
- Emerson, Thomas I. "The Doctrine of Prior Restraint" (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.
- Hickson, Ford. C. I., et al. "Gay Men as Victims of Non-consensual Sex" (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.
- Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.
- Lajoie, Andr e. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport   l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.
- Lepofsky, M. David. "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation". In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.
- McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
- Moon, Richard. "R. v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361.
- Nead, Lynda. "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality". In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.
- Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.
- Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).
- Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. «Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters Case*» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103.
- Cossman, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.». In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.
- Emerson, Thomas I. «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.
- Hickson, Ford. C. I., et al. «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.
- Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.
- Lajoie, Andr e. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport   l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338.
- Lepofsky, M. David. «Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation». In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.
- McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
- Moon, Richard. «R. v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361.
- Nead, Lynda. «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality». In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.
- Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.
- Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).

Ryder, Bruce. "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada". In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), dismissing the appellants' application for a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Appeal allowed in part, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Irene C. Faulkner, for the appellants.

Judith Bowers, Q.C., Brian J. Saunders and Daniel Kiselbach, for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue.

George H. Copley, Q.C., and Jeffrey M. Loenen, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Christine Bartlett-Hughes and Robert E. Houston, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Patricia D. S. Jackson and Tycho M. J. Manson, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ryder, Bruce. «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada». In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelants contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), qui avait rejeté leur requête visant à obtenir une déclaration en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

Joseph J. Arvay, c.r., et Irene C. Faulkner, pour les appelants.

Judith Bowers, c.r., Brian J. Saunders et Daniel Kiselbach, pour les intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national.

George H. Copley, c.r., et Jeffrey M. Loenen, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Christine Bartlett-Hughes et Robert E. Houston, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Patricia D. S. Jackson et Tycho M. J. Manson, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Frank Addario and Ethan Poskanzer, for the interveners the Canadian Conference of the Arts.

Cynthia Petersen, for the interveners EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, for the interveners Equality Now.

Jill Copeland, for the interveners PEN Canada.

Karen Busby and Claire Klassen, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — After a trial of considerable complexity lasting two months, the trial judge in this case concluded not only that Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant on numerous occasions, but that these errors were caused “by the systemic targeting of Little Sisters’ importations in the [Vancouver] Customs Mail Center”. Little Sisters is a lesbian and gay bookshop owned by the appellants James Eaton Deva and Guy Bruce Smythe, who say their equality rights as gay men have been violated by the government’s action. The store carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included, but was not limited to, gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe sex advisory material and gay and lesbian erotica. It was not in the nature of a “XXX Adult” store. It was and is a boutique carrying a fairly broad range of inventory of interest to a special clientele. It was considered something of a

Frank Addario et Ethan Poskanzer, pour l’intervenante la Conférence canadienne des arts.

Cynthia Petersen, pour l’intervenante EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, pour l’intervenante Equality Now.

Jill Copeland, pour l’intervenante PEN Canada.

Karen Busby et Claire Klassen, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — À la suite d’un procès très complexe d’une durée de deux mois, le juge qui l’a présidé a estimé que, en l’espèce, non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par l’appelante, mais également que ces erreurs avaient été causées [TRADUCTION] «par la prise systématique pour cibles des importations de Little Sisters dans le centre de courrier des Douanes [de Vancouver]». Little Sisters est une librairie gaie et lesbienne appartenant aux appelants James Eaton Deva et Guy Bruce Smythe, qui disent que leurs droits à l’égalité en tant qu’hommes gais ont été violés par les actes du gouvernement. Le magasin dispose d’un inventaire spécialisé s’adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment — mais pas uniquement — de la littérature gaie et lesbienne, de l’information de voyage, des périodiques d’intérêt général, des ouvrages universitaires sur l’homosexualité, des textes d’information sur les pratiques sexuelles sans risque d’infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Il ne s’agit pas d’une boutique «XXX pour adultes». Il s’agissait et il s’agit toujours d’une boutique offrant un inventaire assez diversifié et répondant aux intérêts d’une clientèle particulière. Ce magasin est consi-

“community centre” for Vancouver’s gay and lesbian population.

2 The appellants concede that much of the material imported by Little Sisters consisted of erotica but have denied throughout that anything it has imported is obscene. If the erotica had been manufactured in Canada, the government would have had no legal basis to suppress it short of a successful prosecution under s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in which the state would have the onus of establishing obscenity.

3 We are told that Canada produces very little gay and lesbian erotica, obscene or otherwise, and Little Sisters therefore depends on foreign suppliers, mainly in the United States. The appeal therefore requires us to consider what limitations may constitutionally be placed on freedom of expression when “expression” crosses international boundaries, and to what extent the rights of importers must be balanced against the state’s interest in preventing the importation of materials that the state considers to be harmful to society.

I. Facts

4 The appellant, Little Sisters Book and Art Emporium, is a corporation incorporated under the laws of British Columbia. The individual appellants are the directors and controlling shareholders of Little Sisters. The corporate appellant has a business interest and the individuals combine both business and personal interests. As all of the interests necessary to constitute this appeal are represented, there is no need to disentangle their specific corporate and individual interests, and I will generally refer to them collectively as “the appellants”.

5 Since its establishment in 1983, Little Sisters has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. For the last 15 years it has been a reluctant participant in a running battle with Canada Customs. Its foreign suppliers typically

déré comme une sorte de «centre communautaire» pour la population gaie et lesbienne de Vancouver.

Les appelants concèdent qu’une bonne partie du matériel importé par Little Sisters est de nature érotique, mais ils ont constamment nié que celle-ci importe du matériel obscène. Si le matériel érotique avait été fabriqué au Canada, le gouvernement n’aurait eu aucun fondement légal pour l’interdire, sauf s’il avait intenté avec succès, en vertu de l’art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, des poursuites où l’État aurait eu le fardeau de prouver le caractère obscène du matériel.

On nous a dit que le Canada produit très peu de matériel érotique, obscène ou autre, destiné à la clientèle gaie et lesbienne, de sorte que Little Sisters dépend de fournisseurs étrangers, surtout américains. Il nous faut donc, dans le présent pourvoi, examiner les limites qui peuvent constitutionnellement être imposées à la liberté d’expression lorsque la «forme d’expression» en cause traverse des frontières internationales, ainsi que la mesure dans laquelle il faut pondérer les droits des importateurs et le droit de l’État d’interdire l’importation de matériel qu’il considère préjudiciable à la société.

I. Les faits

L’appelante Little Sisters Book and Art Emporium est une société constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants de Little Sisters. La société appelante a un intérêt commercial dans le présent pourvoi, tandis que les personnes physiques appelantes y ont à la fois un intérêt commercial et un intérêt personnel. Puisque tous les intérêts requis pour former le présent pourvoi sont représentés, il n’est pas nécessaire de démêler les intérêts commerciaux et individuels de chacune des parties appelantes, et je vais donc généralement les appeler collectivement «les appelants».

Depuis sa fondation en 1983, Little Sisters importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Au cours des 15 dernières années, elle a été engagée malgré elle dans une bataille incessante avec Douanes Canada. Ses four-

insisted on payment within 30 days, yet administrative delays at Customs frequently held up shipments until months after they were paid for, and then, not infrequently, materials were seized or ordered returned to sender. In the usual course the appellants were given no reason for the seizure or return. Some of the suppliers refused to make further shipments.

In very detailed and comprehensive reasons, the trial judge made a number of key findings of fact in the appellants' favour. He identified very high error rates in determinations respecting Little Sisters' imports at all levels of the Customs review procedure. He held that "[s]uch high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes" ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 100). He identified several reasons for these high error rates, including the minimal resources given to Customs officials combined with inadequate training in obscenity law ranging from a few hours in the case of inspectors to a few days for higher ranks. Specifically, he found (at para. 116) that:

Many publications, particularly books, are ruled obscene without adequate evidence. This highlights perhaps the most serious defect in the present administration of code 9956(a), that is, that classifying officers are neither adequately trained to make decisions on obscenity nor are they routinely provided with the time and the evidence necessary to make such decisions. There is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers. Consequently, many publications are prohibited entry into Canada that would likely not be found to be obscene if full evidence were considered by officers properly trained to weigh and evaluate that evidence.

nisseurs étrangers insistent habituellement pour être payés dans un délai de 30 jours, alors que les délais administratifs survenant aux Douanes entraînent fréquemment la retenue, pendant plusieurs mois après leur paiement, d'envois qui lui sont destinés. Il n'est pas rare que du matériel soit saisi ou fasse l'objet d'un ordre de renvoi à l'expéditeur. En règle générale, aucun motif n'est donné aux appelants pour expliquer la saisie ou le renvoi. Certains fournisseurs ont refusé de faire d'autres envois.

Dans ses motifs complets et très détaillés, le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions de fait importantes en faveur des appelants. Il a mentionné les taux d'erreur très élevés dans les décisions relatives aux importations de Little Sisters à toutes les étapes de la procédure de contrôle douanier. Selon lui, [TRADUCTION] «[d]es taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 100). Il a signalé plusieurs raisons expliquant ces taux d'erreur élevés, notamment les ressources minimales mises à la disposition des fonctionnaires des douanes conjuguées à la formation inadéquate qui est dispensée en droit relatif à l'obscénité, qui varie de quelques heures dans le cas des inspecteurs à quelques jours dans celui des fonctionnaires de rang plus élevé. De façon plus particulière, il a tiré la conclusion suivante (au par. 116):

[TRADUCTION] De nombreuses publications, particulièrement des livres, sont déclarées obscènes en l'absence de preuve suffisante. Cela fait ressortir la lacune peut-être la plus grave de l'application actuelle du code 9956a), soit le fait que les agents de classement ne sont pas formés adéquatement pour prendre des décisions en matière d'obscénité et qu'ils ne disposent habituellement ni du temps ni de la preuve nécessaires pour prendre de telles décisions. Il n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire. Par conséquent, l'entrée au Canada est refusée à l'égard de nombreuses publications qui ne seraient vraisemblablement pas jugées obscènes si une preuve complète était examinée par des agents ayant été adéquatement formés pour la soupeser et l'évaluer.

7

The lack of available resources was of particular concern to the trial judge, who found that: “The inference to be drawn is that Tariff Administrators in the Prohibited Importations Directorate do not have sufficient time available to consistently do a proper job. The problem is even more significant at the regional levels where customs officers encounter much higher volumes of goods and have far more expansive duties” (para. 81).

Le manque de ressources est un aspect qui préoccupait particulièrement le juge de première instance, qui a fait la constatation suivante: [TRADUCTION] «L'inférence qu'il faut tirer est que les applicateurs du Tarif au sein de la direction générale des importations prohibées n'ont pas suffisamment de temps pour effectuer constamment du bon travail. Le problème est encore plus aigu dans les régions, où les douaniers font face à des volumes beaucoup plus élevés de marchandises et ont des fonctions beaucoup plus étendues» (par. 81).

8

The trial judge found that the administration of the Customs scheme has a significantly differential impact on small or specialty publishers, importers and bookstores. He specifically found (at para. 105) that:

Customs' administration of code 9956(a) results in arbitrary consequences. Traditional bookstores do not have similar encounters with Canada Customs. Helen Hager, who operated a general-interest bookstore in Vancouver for many years, did not know that Customs inspected books for obscenity until she left that business and opened a store catering to women, in which she stocked some material for lesbians. She had two shipments from Inland [a book distributor] interrupted at the border and has never received two of the books in the shipment, nor any documents from Customs in relation to them.

Le juge de première instance a estimé que l'application du régime douanier avait des effets extrêmement différents sur les éditeurs, importateurs et librairies spécialisés ou de petite taille. En particulier, il a jugé (au par. 105) que:

[TRADUCTION] L'application du code 9956a entraîne des conséquences arbitraires. Les librairies traditionnelles n'ont pas autant de démêlés avec Douanes Canada. Helen Hager, qui a exploité une librairie générale à Vancouver pendant de nombreuses années, ne savait pas que les Douanes inspectaient les livres pour vérifier s'ils étaient obscènes; elle ne l'a découvert qu'après avoir quitté cette entreprise et ouvert un magasin servant une clientèle féminine dans lequel elle vendait du matériel destiné aux lesbiennes. Deux expéditions provenant de Inland [un fournisseur de livres] ont été interceptées à la frontière, et elle n'a jamais reçu deux des livres faisant partie d'un de ces envois ni aucun document des Douanes à leur égard.

9

The trial judge noted that the task of reviewing allegedly obscene materials was generally unpopular with Customs officers, who opted to rotate out of Code 9956 obscenity duties after three to six months. I should note, parenthetically, that there was no evidence that they suffered harmful attitudinal changes as a result of their prolonged exposure to the sexually explicit material sought to be imported by the appellants, albeit the exposure was job-related.

Le juge de première instance a souligné que la tâche de contrôler le matériel qui serait obscène n'est généralement pas très prisée par les douaniers, qui optent, au bout de trois à six mois, pour d'autres fonctions que celles liées au contrôle antiobscénité effectué en vertu du code 9956. Je tiens à signaler en passant qu'il n'y avait aucune preuve démontrant que ces personnes souffraient de changements d'attitude préjudiciables en raison de leur exposition prolongée au matériel sexuellement explicite que les appelants voulaient importer, quoique cette exposition soit liée à l'emploi.

10

Seizure included not only magazines, videos and photographic essays, but books consisting entirely

Les autorités douanières n'ont pas saisi uniquement des magazines, vidéos et œuvres photogra-

of text, including works by internationally acclaimed authors such as *The Man Sitting in the Corridor* by Marguerite Duras and *Querelle* by Jean Genet. Also seized were the award-winning novels *Trash* by Dorothy Allison and *The Young in One Another's Arms* by Jane Rule. Frequently AIDS/HIV safe-sex education literature was classified as prohibited. The Court record includes testimony from mainstream booksellers to the effect that no such problems were encountered in their importation of the same books. In fact, the President of Duthie's, a general bookstore chain in Vancouver, testified that an order she placed on behalf of the British Columbia Civil Liberties Association consisting of titles prohibited when sought to be imported by Little Sisters was inspected by Customs but released to Duthie's without difficulty. Duthie's Customs broker testified that its book shipments are examined solely for the purpose of determining GST payments. He thought that in the case of Duthie's there was generally no examination of titles for obscenity.

On the other hand the evidence showed that other small bookstores with specialized inventory or clientele comparable to Little Sisters' had encountered similar targeting. These included a scholarly bookstore "Pages" in Toronto carrying gay studies and HIV/AIDS literature as well as "The Toronto Women's Bookstore", a feminist bookstore. "Crosstown Traffic", a bookstore in Ottawa, was similarly affected. It appears that there was no such blanket surveillance of heterosexual erotica even in the case of so-called "adult" bookstores that sold nothing else.

Little Sisters complains that the frequent delay of shipments destined for its store, and the subse-

phiques, mais aussi des livres constitués entièrement de textes, y compris des ouvrages écrits par des auteurs de réputation internationale, par exemple *The Man Sitting in the Corridor* de Marguerite Duras, et *Querelle* de Jean Genet. Ont également été saisis les romans primés *Trash* de Dorothy Allison, et *The Young in One Another's Arms* de Jane Rule. Des ouvrages éducatifs sur les pratiques sexuelles sans risque d'infection au SIDA/VIH ont fréquemment été classés marchandises prohibées. Le dossier de la Cour comporte des témoignages de commerçants vendant des livres destinés au grand public qui ont dit n'avoir rencontré aucun problème de la sorte lorsqu'ils ont importé les mêmes livres. En fait, la présidente de Duthie's, une chaîne de librairies générales de Vancouver, a témoigné qu'elle avait commandé, pour la British Columbia Civil Liberties Association, des titres ayant été prohibés lorsque Little Sisters avait tenté de les importer, mais que dans le cas de son entreprise ces titres avaient été inspectés par les Douanes et dédouanés sans problème. Le courtier en douane de Duthie's a témoigné que les commandes de livres de celle-ci ne sont examinées qu'aux fins de détermination des paiements de TPS. Selon lui, dans le cas de Duthie's, il n'y a généralement aucun examen des ouvrages pour déterminer s'ils ont un caractère obscène.

À l'inverse, la preuve a démontré que d'autres petites librairies qui ont un inventaire spécialisé ou une clientèle particulière comparables à ceux de Little Sisters, avaient été ciblés de la même manière. Il y avait notamment la librairie d'ouvrages d'érudition «Pages» de Toronto, qui offre des études sur l'homosexualité et des ouvrages sur le VIH/SIDA, ainsi que «The Toronto Women's Bookstore», une librairie féministe. «Crosstown Traffic», une librairie d'Ottawa, a fait l'objet de mesures similaires. Il semble qu'aucune surveillance générale de la sorte n'était exercée à l'égard du matériel érotique destiné aux hétérosexuels, même dans le cas de librairies dites «pour adultes» ne vendant rien d'autre.

Little Sisters se plaint que le fait que ses commandes soient fréquemment retenues et que cer-

quent prohibition of some of the delayed items, have negatively impacted its business by, *inter alia*, disrupting planned book launches, causing loss of business to competitors stocking the same delayed or prohibited items, and items such as magazines, which depend for their shelf value on their timeliness. The case, however, is not about business losses. It is about the loss by a minority of the freedom to read and experience a broad range of writings and depictions, some of it claimed to be of high artistic value, by reason, they say, of bureaucratic refusal to release perfectly lawful material into the country.

13

Little Sisters identified 261 items that have been detained between 1984 and 1994, 77 of them on more than one occasion. Items sought to be imported by Little Sisters and subsequently delayed or prohibited included items that were previously ruled admissible when imported by Little Sisters. The trial judge noted (at para. 75) that a “striking example of this” is the collection of short stories entitled *Macho Sluts*, written by Pat Califia, a well-established author. It has been prohibited pursuant to s. 58 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) on four separate occasions since October 23, 1989, when it was re-determined under s. 63 to be admissible. The satire *Hothead Paisan* was prohibited when ordered by Little Sisters and, on one occasion, by The Women’s Bookstore in Toronto, but was released to the latter bookstore without difficulties on subsequent orders. The trial judge noted another 35 publications that were prohibited after they had earlier been ruled admissible by Customs. Many items that have been prohibited when Little Sisters attempted to import them are found in the Vancouver Public Library including *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay*

tains des articles retenus soient subséquemment prohibés a des effets néfastes pour son entreprise, notamment en perturbant des lancements de livres, en lui faisant perdre des ventes au profit de concurrents qui ont sur leurs rayons les articles retenus ou prohibés, ainsi que des articles comme les magazines, dont la valeur commerciale dépend du moment où ils sont offerts. La présente affaire ne porte toutefois pas sur des pertes commerciales, mais plutôt sur la perte, par une minorité, de la liberté de lire et d’être exposée à un large éventail d’écrits et de représentations — dont certains auraient une grande valeur artistique — en raison, d’affirmer les appelants, du refus de l’administration de dédouaner et laisser entrer au pays du matériel parfaitement licite.

Little Sisters a mentionné que, de 1984 à 1994, 261 articles avaient été retenus, dont 77 à plus d’une occasion. Certains des articles retenus ou prohibés avaient auparavant été jugés admissibles à l’occasion d’importations antérieures par Little Sisters. Le juge de première instance a fait remarquer (au par. 75) qu’un [TRADUCTION] «exemple frappant de cela» est le recueil de nouvelles intitulé *Macho Sluts*, écrit par Pat Califia, un auteur réputé. Ce recueil a été prohibé en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), à quatre occasions depuis le 23 octobre 1989, date à laquelle il a été jugé admissible au terme du réexamen prévu à l’art. 63. La satire *Hothead Paisan* a été prohibée lorsqu’elle a été commandée par Little Sisters et elle l’a également été, à une reprise, à l’occasion d’une commande de The Women’s Bookstore à Toronto, mais elle a été dédouanée en faveur de cette dernière sans problème lors de commandes ultérieures. Le juge de première instance a relevé 35 autres publications qui ont été prohibées après avoir été jugées admissibles plus tôt par les Douanes. De nombreux titres qui ont été prohibés lorsque Little Sisters a tenté de les importer se trouvent sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver, notamment *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay Spirit* et *The Sexual Politics of Meat*. Les

Spirit and *The Sexual Politics of Meat*. Customs officials were intrigued by the titles, apparently.

II. Scope of the Customs Mandate

Customs officials testified that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that each day between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center in Vancouver. Much of this mail is of commercial value, and must be sorted and classified for tariff purposes. As part of this classification procedure, Parliament has charged the Customs authorities to intercept and exclude from this country obscene, hateful, treasonable or seditious goods.

Prior to the 1959 amendments, appeals even in matters of alleged obscenity were taken not to the courts but to the Tariff Board. Speaking in the House of Commons on August 27, 1958, the Minister of National Revenue, Mr. George Nowlan, described the difficulties experienced by Customs officials in discharging their mandate in respect of "obscene" goods:

Last year I had submitted to me six lithographs for inclusion in this year's calendars. They were six nudes. They had been passed on by all these officers. Three of the nudes were absolutely nude and three had some sort of diaphanous wrapping around their bodies. One of the senior officers said the three which had the diaphanous clothing could be admitted because they were semi-clothed. Another officer said their posture was indecent and they should not be admitted, but the nudes could be admitted because their posture was not indecent.

That is an example of the judgment that has to be exercised and the kind of artistic skill that has to be passed upon by customs officers. I really think that we are much better qualified to deal with increasing the seasonal tariff on cabbages and cucumbers than to pass moral judgment on literature coming into the country. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, at p. 4177)

fonctionnaires des douanes ont apparemment été intrigués par les titres.

II. L'étendue du mandat des Douanes

Des fonctionnaires des douanes ont témoigné qu'il y a environ 10,5 millions de déclarations de marchandises chaque année et que, chaque jour, le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit de 20 000 à 40 000 pièces postales. Une bonne partie de ce courrier a une valeur commerciale et doit être triée et classée à des fins tarifaires. Dans le cadre de cette procédure de classement, le Parlement a chargé les autorités douanières d'intercepter et d'exclure du pays les marchandises obscènes, haineuses ou de nature à fomentier la trahison ou la sédition.

Avant les modifications de 1959, les appels — même ceux en matière d'obscénité — étaient interjetés auprès non pas des tribunaux judiciaires, mais de la Commission du tarif. S'adressant à la Chambre des communes, le 27 août 1958, le ministre du Revenu national, M. George Nowlan, a décrit ainsi les difficultés éprouvées par les douaniers dans l'exécution de leur mandat relativement aux marchandises «obscènes»:

L'an dernier, on m'a soumis six lithographies destinées à figurer sur des calendriers de cette année. C'étaient six nus. Tous les fonctionnaires les avaient acceptés. Trois des nus étaient absolument nus et trois étaient enveloppés d'un voile diaphane. Un des fonctionnaires supérieurs était d'avis que les trois qui avaient un vêtement diaphane pouvaient être acceptés parce qu'ils étaient à demi-vêtus. Un autre a dit que leur attitude était indécente et que, pour cette raison, on ne devait pas les admettre, mais que les nus pouvaient être acceptés parce que leur attitude n'était pas indécente.

Voilà un exemple des cas où il faut faire preuve de jugement et du genre d'"art" sur lequel les douaniers doivent se prononcer. Je pense réellement que nous avons plus de compétence pour nous occuper du relèvement des droits saisonniers sur les choux et les concombres que pour juger de la moralité des écrits qui entrent au pays. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 24^e lég., 27 août 1958, à la p. 4388)

14

15

16

The 1959 amendments redirected appeals in such matters to the courts. In the wake of the decision in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), obscenity was defined by reference to s. 163 of the *Criminal Code*. As Parliament has prohibited only material that it has criminalized, Parliament apparently intended there to be a free flow of other materials across the border including sexually expressive material that appeals to minority tastes. The *Criminal Code* does not characterize “obscenity” based on sexual orientation and neither, it must be inferred, did Parliament intend Customs officials to do so.

17

The administrative burden of identifying prohibited goods in such a vast inflow of material is enormous. In an era of increased volumes of cross-border material, and reduced government resources, the difficulty of performing the Parliamentary mandate cannot be underestimated. The task of properly reviewing a single CD-Rom, featuring the usual array of photographs, film and text, would require far more time than Customs officials are realistically able to devote to the task. Moreover, with the exponential growth of pornographic sites on the Internet, the barrier to the passage across the border of hard copy material may some day be seen as of marginal importance to the enforcement of anti-obscenity laws. Nevertheless, if the Parliamentary mandate is to be carried out with regard not only to the larger public interest served by the *Criminal Code* but also to the rights of individuals who claim to be engaged in entirely lawful activities, adequate procedures and resources must be put in place to operate the border scheme in a manner that respects *Charter* rights.

18

Nobody has a *Charter* right to import materials that are obscene within the meaning of s. 163 of the *Criminal Code*. The concern expressed by the trial judge was that much of the delayed or prohib-

Les modifications de 1959 ont précisé que les appels en ces matières devraient être formés devant les tribunaux judiciaires. Par suite de l’arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), l’obscénité a été définie par renvoi à l’art. 163 du *Code criminel*. Puisque le Parlement ne prohibe que le matériel qu’il a criminalisé, il entendait apparemment permettre le libre passage à la frontière des autres marchandises, y compris du matériel expressif à caractère sexuel qui satisfait les goûts de la minorité. Le *Code criminel* ne caractérise pas l’«obscénité» sur le fondement de l’orientation sexuelle et il faut en déduire que le Parlement n’entendait pas non plus que les fonctionnaires des douanes le fassent.

L’identification des marchandises prohibées parmi des arrivages aussi abondants constitue un fardeau administratif énorme. À une époque où le volume des marchandises traversant la frontière augmente et où les ressources gouvernementales décroissent, on ne peut se permettre de sous-estimer la difficulté que pose l’exécution du mandat confié par le Parlement. La tâche d’examiner à fond un seul cédérom comportant son assemblage habituel de photographies, film et texte exigerait beaucoup plus de temps que les douaniers ne peuvent réalistement y consacrer. De plus, vu la croissance exponentielle du nombre de sites pornographiques sur Internet, la tâche d’empêcher à nos frontières l’entrée du matériel sur support papier pourrait bien un jour être considérée comme marginale dans l’application des lois luttant contre l’obscénité. Néanmoins, pour que le mandat confié par le Parlement soit exécuté en tenant compte non seulement de l’intérêt public général que sert le *Code criminel*, mais aussi des droits des individus qui prétendent se livrer à des activités parfaitement licites, il faut mettre en place des procédures et des ressources adéquates pour permettre l’application du régime frontalier d’une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*.

La *Charte* ne garantit à personne le droit d’importer du matériel obscène au sens de l’art. 163 du *Code criminel*. Le souci exprimé par le juge de première instance était le fait qu’une bonne partie

ited material did not qualify as obscene. The courts in British Columbia found that the appellants had established *Charter* violations. The real arguments are about the sources of the violations — whether they are located in the statutes themselves or only in their implementation — and what to do about them. This involves a consideration of how certain materials come to be classified as “obscene”, and thus prohibited, and whether the appellants when contesting such a classification were fairly dealt with.

III. The Statutory Framework

Section 99 of the *Customs Act* authorizes Customs officers to examine imported goods and mail and to open packages that they reasonably suspect may contain goods referred to in the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.). Mail is referred to Customs on a similar basis (*Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42) except that mail weighing 30 grams or less may not be opened without the consent of the person to whom it is addressed (*Customs Act*, s. 99(2)).

At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification (s. 58). At the relevant time, an item considered “obscene” and thus prohibited was subject to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. The appellants contend that the double step internal review procedure was bureaucratic overkill, particularly because few front line decisions were changed on further internal review. (The trial judge agreed with this objection, and the government apparently heeded the trial judge’s concern because the *Customs Act* was amended after the trial to eliminate the intermediate determination (S.C. 1997, c. 36, s. 166).)

du matériel retenu ou prohibé ne constituait pas du matériel obscène. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé que les appelants avaient établi l’existence de violations de la *Charte*. Le véritable débat concerne plutôt l’origine de ces violations: Trouvent-elles leur source dans les lois elles-mêmes ou uniquement dans l’application de celles-ci? Que faut-il faire à cet égard? Pour répondre à ces questions il faut examiner la façon dont des marchandises en viennent à être classifiées comme «obscènes» et par conséquent prohibées, et se demander si les appelants ont été traités équitablement lorsqu’ils ont contesté un tel classement.

III. Le cadre législatif

L’article 99 de la *Loi sur les douanes* autorise les agents des douanes à examiner les marchandises importées ainsi que les envois d’origine étrangère et à ouvrir tout colis qu’ils soupçonnent, pour des motifs raisonnables, de contenir des marchandises visées par le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.). Le courrier est envoyé aux Douanes de la même façon (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42), sous réserve du fait que les envois pesant au plus 30 grammes ne peuvent être ouverts que si leur destinataire y consent (*Loi sur les douanes*, par. 99(2)).

Au point d’entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié (art. 58). À l’époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande l’objet d’une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d’une révision par le sous-ministre ou la personne qu’il désignait. Les appelants affirment que la procédure de révision interne à deux étapes constituait un excès de bureaucratie, particulièrement en raison du fait que peu de décisions initiales étaient modifiées à la suite d’une révision interne supplémentaire. (Le juge de première instance a souscrit à cet argument, et le gouvernement a apparemment donné suite aux réserves exprimées par ce dernier puisque la *Loi sur les douanes* a été modifiée après le procès en vue d’éliminer le niveau de décision intermédiaire (L.C. 1997, ch. 36, art. 166).)

19

20

21

The Act contemplates that once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition pursuant to s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. The appellants complain about the high cost of this lengthy procedure, and about the inevitable delay. They argue that a remedy which a small-scale importer cannot reasonably be expected to exercise because of cost and delay disproportionate to the value of the thing seized is really no remedy at all. Yet such incidents, of relatively small importance on a case-by-case basis, cumulatively came to constitute a significant barrier to freedom of expression for the gay and lesbian community in Vancouver. The dimension of that problem led the appellants to challenge the constitutionality of the administrative review process in the *Customs Act*, and in the *Customs Tariff*, as violating their rights under ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*.

IV. Relevant Enactments

22

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

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

La Loi prévoit que, une fois ces recours administratifs épuisés, l'importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l'art. 67, d'abord auprès d'un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit et, enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Les appelants se plaignent des coûts élevés de cette longue procédure et des délais inévitables qui en découlent. Ils affirment que ne constitue pas vraiment un recours celui qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à voir exercer par un petit importateur en raison des coûts et délais disproportionnés qu'il entraîne par rapport à la valeur de la chose saisie. Or de telles situations, relativement peu importantes lorsque considérées isolément, ont fini par constituer, cumulativement, un obstacle considérable à la liberté d'expression pour la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. L'ampleur de ce problème a amené les appelants à contester la constitutionnalité du mécanisme de révision administrative établi par la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* pour le motif qu'il porterait atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte*.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

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

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

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.

Constitution Act, 1982

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

Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.)

114. The importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited.

Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Schedule VII
9956 Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for . . .

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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.

Loi constitutionnelle de 1982

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

Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.)

114. L'importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l'annexe VII est prohibée.

Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, annexe VII
9956 Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.)

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considéré[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptible[e] de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

60. (1) The importer or any person who is liable to pay duties owing on imported goods may, after any duties thereon have been paid or security satisfactory to the Minister has been given in respect of the duties owing,

(a) within ninety days, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination or appraisal was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification or a re-appraisal of the value for duty.

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(a) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 or 61, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination or appraisal was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification or a further re-appraisal of the value for duty re-determined or re-appraised under section 60 or 61.

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

67. (1) A person who deems himself aggrieved by a decision of the Deputy Minister made pursuant to section 63 or 64 may appeal from the decision to [the

60. (1) L'importateur ou toute personne redevable de droits dus sur des marchandises importées peut, après le paiement de droits sur celles-ci ou après avoir donné la garantie, que le ministre estime indiquée, du versement des droits:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire ou de l'appréciation de la valeur en douanes prévus à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 ou 61;

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement ou l'appréciation prévus à l'article 58.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

67. (1) Toute personne qui s'estime lésée par une décision du sous-ministre rendue conformément à l'article 63 ou 64 peut en interjeter appel devant [la cour]

court] . . . within ninety days after the time notice of the decision was given.

. . .

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination . . .

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

. . .

(d) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

164. (1) The Governor in Council may make regulations

. . .

(j) generally, to carry out the purposes and provisions of this Act.

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

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

V. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

At trial, the appellants sought a declaration under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that the relevant Customs provisions are of no force

[. . .] dans les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'avis de décision.

. . .

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l'objet des révisions ou réexamens prévus aux articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68. . .

152. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l'autre partie à la procédure ou à l'inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

. . .

d) à l'observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

164. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

. . .

j) prendre toute mesure d'application de la présente loi.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

163. . . .

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

V. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

Au procès, les appelants ont sollicité, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un jugement déclaratoire portant que les disposi-

and effect because they violate ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. In addition, or in the alternative, the appellants sought a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that these provisions “have at all material times been construed and applied in a manner that is contrary to s. 2(b) and/or s. 15(1) of the *Charter* and that is not justified pursuant to s. 1”.

24

Smith J. concluded that the Customs legislation infringed s. 2(b) of the *Charter*, but was justified under s. 1. He found that the Customs legislation did not infringe s. 15(1) of the *Charter*. In this respect, he concluded that the law, although facially neutral, did have a disproportionately negative effect on homosexuals, because materials related to sexuality are much more central to homosexual culture and identity than to heterosexuals. The prohibition of those materials thus imposes a disproportionate burden on homosexuals. However, at para. 135 of his reasons, Smith J. explained that in his view there was no violation of the appellants’ equality rights “because obscenity is defined in terms of sexual practices” as is homosexuality, and that differential treatment is therefore “relevan[t] . . . to the functional values underlying the legislation” (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 15, *per* Gonthier J.). “The point is”, he concluded at para. 136, “that homosexual obscenity is proscribed because it is obscene, not because it is homosexual”.

25

In finding that the s. 2(b) infringement was justified under s. 1, Smith J. relied heavily on this Court’s reasons in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. As it was held in *Butler* that the standard provided by the word “obscene” in s. 163(8) of the *Criminal Code* was intelligible and “prescribed by law”, and as that provision is incorporated into the Customs legislation by Code 9956(a), he held that the Customs legislation’s imposition of a limitation on s. 2(b) was also “prescribed by law”. The

tions douanières pertinentes sont inopérantes parce qu’elles contreviennent à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelants ont également demandé à titre de conclusion additionnelle ou subsidiaire, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que ces dispositions [TRADUCTION] «ont, à tout moment pertinent, été interprétées et appliquées d’une manière contraire à l’al. 2b) ou au par. 15(1) de la *Charte*, ou à l’une ou l’autre de ces dispositions, et qui n’est pas justifiée au regard de l’article premier».

Le juge Smith a conclu que la législation douanière portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*, mais qu’elle était justifiée au regard de l’article premier. Il a estimé qu’elle ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte*. À cet égard, il a jugé que, bien qu’apparemment neutres, ces mesures législatives avaient un effet disproportionné préjudiciables aux homosexuels, car le matériel lié à la sexualité joue un rôle beaucoup plus central pour la culture et l’identité des homosexuels que chez les hétérosexuels. La prohibition de ce matériel impose donc un fardeau disproportionné aux homosexuels. Le juge Smith a toutefois expliqué, au par. 135 de ses motifs, que les droits à l’égalité des appelants n’avaient à son avis subi aucune atteinte, [TRADUCTION] «car l’obscénité est définie en fonction de pratiques sexuelles», tout comme l’homosexualité, et que la différence de traitement était donc «pertinen[te] [à l’égard des] valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi» (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 15, le juge Gonthier). Il a conclu, au par. 136, [TRADUCTION] «que l’obscénité homosexuelle est prohibée parce qu’elle est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel».

Le juge Smith a largement étayé sa conclusion que la violation de l’al. 2b) était justifiée au regard de l’article premier sur les motifs exposés par notre Cour dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. Puisqu’il a été jugé, dans cet arrêt, que la norme établie par le mot «obscène» au par. 163(8) du *Code criminel* était intelligible et «prescrite par une règle de droit», et puisque cette disposition est incorporée à la législation douanière par le code 9956a), le juge Smith a estimé que la restriction imposée par

toms officers' ability to apply the obscenity standard was further assisted by an internal Customs manual identified as Memorandum D9-1-1, together with a companion illustrative guide.

Turning to the objective of the impugned Customs legislation, the trial judge found it was directed to the same purpose as s. 163 of the *Criminal Code*, being the protection of society from the harm caused by the dissemination of obscene materials. He found that the objective was sufficiently pressing and substantial to justify an interference with freedom of expression.

Smith J. concluded that in the absence of an obviously superior alternative, the courts should defer to Parliament's chosen means of border control. He dismissed as impractical the possibility of conducting a trial as a precondition to barring the entry of any publication as obscene.

Having denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* Smith J. did conclude that a s. 24(1) declaration was appropriate due to serious systemic problems in the administration of the Customs regime. In his view these problems had resulted in the inconsistent and unwarranted prohibition of many items of homosexual art and literature. In the result he issued a declaration that provided in its operative entirety that:

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff, S.C. 1987, c. 41* (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act, S.C. 1986, c. 1* (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

In the *Court of Appeal for British Columbia*, Macfarlane J.A., for the majority, held that Memo-

ces mesures législatives aux droits garantis par l'al. 2b) était également «prescrite par une règle de droit». Les agents des douanes étaient également assistés dans l'application de la norme relative à l'obscénité par un manuel interne des Douanes intitulé *Mémoire D9-1-1*, qui était accompagné d'un guide illustré.

Examinant l'objectif de la législation douanière, le juge de première instance a conclu que ces mesures tendaient au même objet que l'art. 163 du *Code criminel*, soit la protection de la société contre le préjudice causé par la diffusion de matériel obscène. Il a estimé que cet objectif était suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

Le juge Smith a conclu que, en l'absence d'une solution de rechange clairement supérieure, les tribunaux devaient s'en remettre aux mesures de contrôle frontalier choisies par le Parlement. Il a écarté, en la qualifiant d'irréalisable, l'idée de tenir un procès préalablement à la prohibition d'entrée de toute publication pour cause d'obscénité.

Ayant refusé d'accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge Smith a estimé qu'un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) était une réparation convenable en raison des problèmes systémiques graves existant dans l'application du régime douanier. Selon lui, ces problèmes avaient entraîné la prohibition, d'une manière incohérente et injustifiée, de nombreux articles d'art et de littérature homosexuels. Par conséquent, il a prononcé un jugement déclaratoire dont le dispositif était ainsi rédigé.

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 41* (3^e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes, L.C. 1986, ch. 1* (2^e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

En *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*, le juge Macfarlane, s'exprimant au nom de la

26

27

28

29

randum D9-1-1, the internal manual used by Customs officers, was not “law” for the purposes of s. 1, and was therefore not of assistance in determining whether the Customs legislation evidences an intelligible standard that can be applied without arbitrariness. Nevertheless, applying *Butler, supra*, he concluded that the Customs legislation was not impermissibly vague, and was “prescribed by law”.

majorité, a conclu que le Mémoire D9-1-1, c’est-à-dire le manuel interne utilisé par les agents des douanes, n’était pas une «règle de droit» au sens de l’article premier et n’était donc d’aucun secours pour déterminer si la législation douanière établissait une norme intelligible, pouvant être appliquée de façon non arbitraire. Néanmoins, appliquant l’arrêt *Butler*, précité, il a jugé que ces mesures législatives n’étaient pas inacceptablement imprécises et que la limite était «prescrite par une règle de droit».

30

Macfarlane J.A. substantially agreed with the trial judge’s reasons on s. 1, emphasizing that the scope and content of “obscene” is to be determined not by the homosexual community, but by the application of a general community standard. He rejected the appellants’ demand for an exemption, or differential treatment as to what materials the homosexual community should be permitted access. Relying on *Butler*, he rejected the appellants’ submissions that it was incumbent on Parliament to demonstrate a specific and conclusive causal link between homosexual obscenity and harm to the community.

Le juge Macfarlane a pour l’essentiel souscrit aux motifs du juge de première instance relativement à l’article premier, soulignant que la portée et le contenu du mot «obscène» devaient être déterminés non pas par la communauté homosexuelle, mais par l’application d’une norme sociale générale. Il a rejeté la demande d’exemption ou de traitement différent des appelants quant au matériel dont l’accès devrait être permis à la communauté homosexuelle. Se fondant sur l’arrêt *Butler*, il a rejeté l’argument des appelants voulant qu’il incombe au Parlement de démontrer l’existence d’un lien de causalité précis et concluant entre l’obscénité homosexuelle et un préjudice causé à la société.

31

Macfarlane J.A. also denied relief under s. 15(1). In his view, the Customs legislation is discriminatory neither on its face, nor in its effect because, if applied correctly, it only prohibits material because it is obscene not because it is homosexual. Hall J.A., concurring, expressed his substantial agreement with Macfarlane J.A.’s reasons for dismissing the appeal.

Le juge Macfarlane a également refusé toute réparation fondée sur le par. 15(1). Selon lui, la législation douanière n’est discriminatoire ni dans son texte ni par ses effets car, si elle est appliquée correctement, elle prohibe du matériel parce qu’il est obscène et non pas parce qu’il a un caractère homosexuel. Dans des motifs concordants, le juge Hall a souscrit pour l’essentiel aux motifs exposés par le juge Macfarlane pour rejeter l’appel.

32

Finch J.A., dissenting, distinguished the case before him from *Butler*, stressing that in *Butler* the Court was not dealing with books, nor was it dealing with materials “directed at a homosexual market” (para. 191). In *Butler*, the context was a criminal trial, and s. 163(8) of the *Criminal Code* was directed to “subsequent punishment” for dissemination of obscene materials, as opposed to the “prior restraint” imposed by the Customs legisla-

Le juge Finch, dissident, a différencié l’affaire dont il était saisi et l’affaire *Butler*, soulignant que dans *Butler* notre Cour ne traitait pas de livres, ni de marchandises [TRADUCTION] «destinées à un marché homosexuel» (par. 191). Dans *Butler*, il s’agissait d’un procès criminel et le par. 163(8) du *Code criminel* tendait à [TRADUCTION] «pénaliser après le fait» la diffusion de matériel obscène, alors que la législation douanière impose une «res-

tion. Finally, in *Butler* there were no s. 15(1) discrimination considerations.

On the threshold question as to whether the Customs legislation imposes a limitation that is “prescribed by law”, Finch J.A. found the trial judge to be in error. He held that Memorandum D9-1-1 was not “law”, and he noted the trial judge’s conclusion that the prohibition on obscenity was difficult to administer, requiring “appropriate and consistent training” and the aid of the interpretive memo. With these facts established, he held that such a legislative scheme could not be said to “meet the constitutionally-mandated standard of precision” (para. 217). In the context of a criminal trial, matters are only deemed to be obscene after acceptance by the trier of fact of proof beyond a reasonable doubt. In the context of the Customs regime, the same standard is not sufficiently intelligible.

Finch J.A. would have allowed the appeal and declared the Customs legislation to be of no force and effect to the extent that it applies to “the importation of homosexual books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that are alleged to be obscene” (para. 257).

VI. Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) [the “Customs legislation”] in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian mate-

triction préalable» à l’égard de cette activité. Enfin, il n’était pas question dans *Butler* de discrimination au sens du par. 15(1).

Relativement à la question préliminaire de savoir si la législation douanière impose une limite «prescrite par une règle de droit», le juge Finch a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur. Il a jugé que le Memorandum D9-1-1 n’était pas une «règle de droit», soulignant la conclusion du juge de première instance selon laquelle la prohibition de l’obscénité était une tâche difficile, exigeant [TRADUCTION] «une formation appropriée et uniforme» ainsi que l’aide du mémo interprétatif. Ces faits étant établis, il a conclu qu’il était impossible d’affirmer qu’un tel régime législatif [TRADUCTION] «satisfaisait à la norme de précision prescrite par la Constitution» (par. 217). Dans le contexte d’un procès criminel, une chose n’est jugée obscène que si le juge des faits conclut à l’existence d’une preuve hors de tout doute raisonnable à cet égard. Dans le contexte du régime douanier, la même norme n’est pas suffisamment intelligible.

Le juge Finch aurait accueilli l’appel et déclaré inopérante la législation douanière dans la mesure où elle s’applique à [TRADUCTION] «l’importation de livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre destinés aux homosexuels et que l’on prétend obscènes» (par. 257).

VI. Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l’art. 114 et le code 9956a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l’annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36) [la «législation douanière»], violent-ils, en totalité ou en partie, l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des

33

34

35

rial or to both, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VII. Analysis

36

Government interference with freedom of expression in any form calls for vigilance. Where, as here, a trial judge finds that such interference is accompanied “by the systemic targeting” of a particular group in society (in this case individuals who were seen as standard bearers for the gay and lesbian community), the issue takes on a further and even more serious dimension. Sexuality is a source of profound vulnerability, and the appellants reasonably concluded that they were in many ways being treated by Customs officials as sexual outcasts.

37

The appellants were put in the position of supplicants to the government in a 15-year crusade to obtain the entry into Canada of expressive material. Whereas Customs aims to examine approximately eight per cent of goods coming across the border, the trial judge found that “virtually all

douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu’ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

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*?
3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l’art. 114 et le code 9956(a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l’annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?
4. Si la réponse à la troisième 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*?

VII. L’analyse

Le gouvernement se doit de faire montre de vigilance lorsqu’il porte atteinte à quelque forme que ce soit de liberté d’expression. Dans les cas où, comme en l’espèce, le juge de première instance estime que cette atteinte s’accompagne de la [TRADUCTION] «prise systématique pour cibl[e]» d’un groupe particulier dans la société (en l’espèce des individus qui étaient considérés comme des porte-étendards de la communauté gaie et lesbienne), la question revêt alors une dimension supplémentaire et encore plus sérieuse. La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes.

Les appelants ont été placés en position de supplicants face au gouvernement, dans une campagne de 15 ans en vue de d’obtenir l’entrée au Canada de matériel expressif. Alors que l’objectif des Douanes est d’inspecter environ 8 pour 100 des marchandises qui viennent de l’étranger, le juge de

imported mail addressed to Little Sisters is examined” (para. 52) and that “the federal Crown led no evidence of any principled basis upon which such [look-out] procedures are instituted” (para. 271). His conclusion, supported by numerous examples, was that untrained Customs officials were too quick to equate homosexuality with obscenity.

In this Court the Crown acknowledged that errors were made in the classification of the appellants’ imported materials, but says that such errors were only to be expected given the huge volume of cross-border mail handled at the Vancouver Customs Mail Center each day. The Crown went on to say that the problems encountered by the appellants and dealt with in the trial evidence have been addressed by amendments to the *Customs Act* and changes in procedure. This is partly true, but I do not myself think it is open to the Crown to contest the two-month trial that resulted in the judgment of January 19, 1996, which was very critical of the Customs department and then to turn around and explain that “that was then, and this is now”. The appellants are entitled to a determination of their rights on the basis of the evidence called before the trial judge, and to relief that goes beyond registering an act of faith in the continuance of the department’s expressed good intentions.

I propose first to deal with the relationship between the Customs legislation and the obscenity provisions of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*. My conclusion is that the Customs legislation violates the appellants’ freedom of expression, as the Crown is prepared to concede, but with the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, it constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*.

première instance a constaté que [TRADUCTION] «pratiquement tous les envois d’origine étrangère destinés à Little Sisters sont examinés» (par. 52), et que «la Couronne fédérale n’a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces procédures [de surveillance] reposent sur quelque fondement rationnel» (par. 271). Sa conclusion, appuyée de nombreux exemples, était que des fonctionnaires des douanes non formés étaient trop prompts à assimiler l’homosexualité à l’obscénité.

Devant notre Cour, la Couronne a reconnu que des erreurs avaient été commises dans le classement du matériel importé par les appelants, mais elle a dit qu’il fallait s’attendre à de telles erreurs compte tenu du volume considérable d’envois traités chaque jour au centre de courrier des Douanes de Vancouver. La Couronne a ajouté que les problèmes rencontrés par les appelants et dont fait état la preuve présentée au procès ont été corrigés par les modifications apportées à la *Loi sur les douanes* et à la procédure. Cela est vrai en partie, mais, personnellement, je ne crois pas que la Couronne puisse contester le procès de deux mois qui a abouti au jugement du 19 janvier 1996, lequel était très critique envers les Douanes, et affirmer du même souffle que [TRADUCTION] «c’était comme cela à l’époque, mais maintenant les choses ont changé». Les appelants ont droit à ce qu’on statue sur leurs droits à la lumière de la preuve dont disposait le juge de première instance, et à ce qu’on leur accorde une réparation qui ne se limite pas à prendre pour article de foi le maintien des bonnes intentions exprimées par le ministère.

Je me propose d’abord d’examiner les rapports entre la législation douanière et les dispositions relatives à l’obscénité du *Code criminel* telles qu’elles ont été interprétées dans l’arrêt *Butler*. Ma conclusion est que la législation douanière porte atteinte à la liberté d’expression des appelants — ce que la Couronne est prête à admettre —, mais que, à l’exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, elle constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

40

The administration of the Act, however, was characterized by conduct of Customs officials that was oppressive and dismissive of the appellants' freedom of expression. Its effect — whether intended or not — was to isolate and disparage the appellants on the basis of their sexual orientation. The declaratory relief granted by the courts in British Columbia fell short of giving specific guidance to Customs in respect of future action. The appellants, however, did not pursue more structured relief under s. 24(1) of the *Charter* in their appeal to the British Columbia Court of Appeal or to this Court. Their primary objective was and is to have the Customs legislation declared unconstitutional under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, either generally or in relation to importations by the gay and lesbian community. In my view, the appellants' attack on the legislation is correct only in part, that is to say in relation to the application of the reverse onus provision, but as to that part the appeal must be allowed.

A. *The Appellants' Attack on the Customs Tariff Act and the Customs Act*

41

The appellants allege, and the Crown agrees, that the Customs legislation constitutes a *prima facie* limitation on their s. 2(b) freedom of expression which must be justified under s. 1 of the *Charter*. The Constitution protects the right to receive expressive material as much as it does the right to create it: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40. Section 2(b) "protects listeners as well as speakers": *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767.

42

Beyond this common ground, however, the appellants attack the constitutionality of the Customs legislation on two more specific grounds. First the appellants argue that the "harm-based" interpretation given to s. 163 of the *Criminal Code* in *Butler, supra*, does not apply to gay and lesbian erotica in the same way as it does to heterosexual

Toutefois, l'application de la Loi a été marquée par la conduite des fonctionnaires des douanes, qui était oppressive et indifférente à la liberté d'expression des appelants. Son effet — voulu ou non — a été d'isoler et de discréditer les appelants sur le fondement de leur orientation sexuelle. Le redressement de nature déclaratoire accordé par les tribunaux de la Colombie-Britannique n'a pas vraiment donné d'indications précises aux Douanes quant à la façon d'agir dans le futur. Toutefois, les appelants n'ont pas demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ni à notre Cour de leur accorder une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Leur objectif premier était et demeure l'invalidation de la législation douanière en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit de façon générale soit à l'égard des importations faites par la communauté gaie et lesbienne. À mon avis, une partie seulement de la contestation de la législation douanière par les appelants est bien fondée, soit celle qui concerne l'application de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, mais le pourvoi doit être accueilli à cet égard.

A. *La contestation des appelants concernant le Tarif des douanes et la Loi sur les douanes*

Les appelants prétendent — et la Couronne concède — que la législation douanière constitue une atteinte *prima facie* à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2b), et que cette atteinte doit être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Constitution protège tout autant le droit de recevoir du matériel expressif que celui d'en créer: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1339 et 1340. L'alinéa 2b) «protège autant celui qui s'exprime que celui qui [. . .] écoute»: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767.

Toutefois, hormis ces points non contestés, les appelants attaquent la constitutionnalité de la législation douanière pour deux autres motifs plus précis. Premièrement, ils plaident que l'interprétation «fondée sur le préjudice» qui a été invoquée à l'égard de l'art. 163 du *Code criminel* dans l'arrêt *Butler*, précité, ne s'applique pas de la même

erotica, or perhaps at all. Because the prohibition against importation of obscene goods contained in the Customs legislation is rooted explicitly in s. 163 of the *Criminal Code*, acceptance of this argument would mean that gay and lesbian publications would not be subject to the ordinary border regime applicable to other forms of expression.

Secondly, the appellants say that the procedure laid down in the Customs legislation is so cumbersome and procedurally defective that it is incapable of being administered consistently with the protection of their *Charter* rights. They analogize the multi-tier internal review process and its attendant complexities and delays to the procedural requirements struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, where Dickson C.J. held that the source of the unconstitutional delay in access to therapeutic abortions was the impugned *Criminal Code* provision itself. He said, at p. 60:

One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself. [Emphasis added.]

My conclusion on the first branch of the appellants' attack is that the *Butler* analysis does not discriminate against the gay and lesbian community. *Butler* is directed to the prevention of harm, and is indifferent to whether such harm arises in the context of heterosexuality or homosexuality. Nor in my view is the gay and lesbian community discriminated against in the Customs legislation, which is quite capable of being administered in a manner that respects *Charter* rights. The government is entitled to impose border inspections of expressive material. The obstacles experienced by the appellants and detailed at length by the trial judge were not inherent in the statutory scheme.

manière au matériel érotique gai et lesbien et au matériel érotique hétérosexuel, ou ne s'y applique peut-être même pas du tout. Étant donné que la prohibition d'importer des marchandises obscènes que prévoit la législation douanière découle explicitement de l'art. 163 du *Code criminel*, le fait d'accepter cet argument signifierait que les publications gaies et lesbiennes ne seraient pas assujetties au régime frontalier ordinaire applicable aux autres formes d'expression.

Deuxièmement, les appelants affirment que la procédure prévue par la législation douanière est si lourde et lacunaire sur le plan procédural qu'elle ne peut pas être appliquée d'une manière compatible avec la protection des droits que leur garantit la *Charte*. Ils font une analogie entre, d'une part, le processus de révision interne à plusieurs étapes et les difficultés et délais y afférents, et, d'autre part, les exigences procédurales qui ont été invalidées dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, arrêt dans lequel le juge en chef Dickson a conclu que la source du délai inconstitutionnel en matière d'accès aux avortements thérapeutiques était la disposition contestée du *Code criminel* elle-même. Il a dit ceci, à la p. 60:

On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même. [Je souligne.]

Ma conclusion sur le premier volet de la contestation des appelants est que l'analyse fondée sur l'arrêt *Butler* n'a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. L'arrêt *Butler* vise à éviter que ne survienne un préjudice, sans égard au fait que ce soit en contexte hétérosexuel ou homosexuel. J'estime également que la communauté gaie et lesbienne ne fait l'objet d'aucune discrimination dans la législation douanière et qu'il est parfaitement possible d'appliquer cette législation d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Le gouvernement a le droit d'imposer l'inspection frontalière du matériel expressif. Les obstacles rencontrés par les appe-

The obstacles were, however, very real and in the end quite unjustified.

B. *The Tariff Definition of Obscenity*

45 The classification of imported “expressive material” is referred to in Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, which prohibits the importation of goods described as:

Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

46 The incorporation by reference of s. 163(8) in the *Customs Tariff* requires Customs officials to apply that definition of obscenity, which provides as follows:

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene. [Emphasis added.]

C. *The Butler Definition*

47 Section 163(8) of the *Criminal Code* was authoritatively interpreted by this Court in *Butler*, *supra*. Parliament, it was held, had distanced itself from the old common law *Hicklin* test which defined obscenity in terms of whether the material in question would result in the “corruption of morals”. See *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. “The prevention of ‘dirt for dirt’s sake’”, Sopinka J. for the majority, said at pp. 492-93, “is not a legitimate objective which would justify the violation of one of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*”. For ease of analysis, Sopinka J. divided potentially obscene material into three categories at p. 484:

lants, qu’a décrits en détail le juge de première instance, n’étaient pas inhérents au régime établi par la loi. Ces obstacles étaient toutefois très réels et, en dernière analyse, tout à fait injustifiés.

B. *La définition d’obscénité dans le Tarif*

Le classement du «matériel expressif» importé est prévu au code 9956a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, qui prohibe l’importation des marchandises décrites ainsi:

Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*. [Je souligne.]

Du fait de l’incorporation par renvoi du par. 163(8) au *Tarif des douanes*, les fonctionnaires des douanes sont tenus d’appliquer la définition suivante de l’obscénité:

163. . . .

(8) Pour l’application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l’exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l’un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l’horreur, la cruauté et la violence. [Je souligne.]

C. *La définition donnée dans l’arrêt Butler*

Le paragraphe 163(8) du *Code criminel* a été interprété par notre Cour dans l’arrêt *Butler*, précité, et cette interprétation fait autorité. La Cour a jugé que le Parlement s’était éloigné de l’ancien critère de common law établi dans l’arrêt *Hicklin*, qui définissait l’obscénité en fonction de la question de savoir si le matériel en cause entraînerait la [TRADUCTION] «corruption des mœurs». Voir *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. «La prévention de “l’obscénité pour l’obscénité”», a affirmé le juge Sopinka, au nom de la majorité, aux pp. 492 et 493, «ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l’une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*». Pour faciliter l’analyse, le juge Sopinka a divisé le matériel potentiellement obscène en trois catégories à la p. 484:

- | | |
|--|--|
| <p>(1) explicit sex with violence,</p> <p>(2) explicit sex without violence, but which subjects participants to treatment that is degrading or dehumanizing <u>if the material creates a substantial risk of harm</u>,</p> <p>(3) explicit sex without violence among adults that is neither degrading nor dehumanizing.</p> | <p>(1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence;</p> <p>(2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent les participants à un traitement dégradant ou déshumanisant <u>lorsque le matériel crée un risque de préjudice important</u>;</p> <p>(3) les choses sexuelles explicites entre des adultes, qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes.</p> |
|--|--|

In applying the community standard of tolerance to each of these categories, *Butler* concluded (at p. 485) that the first category — the depiction of explicit sex coupled with violence — will “almost always” constitute the undue exploitation of sex. The second category — explicit sex that is “degrading or dehumanizing” — may be undue “if the risk of harm is substantial”. The third category — explicit sex that is not violent and is neither degrading nor dehumanizing — is “generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production”.

The key word in the statutory definition — “undue” — was interpreted to incorporate an assessment of the broader community’s tolerance of harm. As Sopinka J. states at p. 479:

This type of material would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women.

Again, at p. 481, after citing Wilson J. in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, Sopinka J. emphasizes that “[t]he community is the arbiter as to what is harmful to it”. And, at p. 485, he says:

À la suite de l’application de la norme de tolérance de la société à chacune de ces catégories, il a été jugé, dans *Butler* (à la p. 485), que la première catégorie — la représentation des choses sexuelles explicites accompagnées de violence — constituait «presque toujours» une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses appartenant à la deuxième catégorie — les choses sexuelles explicites qui sont «dégradant[es] ou déshumanisant[es]» — peuvent être indues «si le risque de préjudice est important». Celles relevant de la troisième catégorie — les choses sexuelles explicites qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes — sont «généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d’enfants».

Il a été jugé que le mot clé de la définition donnée dans la loi — savoir le mot «indue» — intégrant une appréciation de la tolérance de la société en général au préjudice. Comme l’a dit le juge Sopinka, à la p. 479:

Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu’il choque la morale, mais parce que, dans l’opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes.

De même, à la p. 481, après s’être référé aux motifs du juge Wilson dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, le juge Sopinka a souligné que «[c]’est la société qui juge ce qui est nocif pour elle». Et, à la p. 485, il a dit ceci:

48

49

50

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. [Emphasis added.]

- 51 This approach was accepted by Gonthier J., concurring, who said at p. 520:

In this context, tolerance must be related to the harm. It must mean not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm which they may bring about. [Emphasis added.]

- 52 In the result, *Butler* affirmed constitutional protection for sexually explicit expression and drew the boundary only where harm exceeded the community's level of tolerance. Section 163(8) of the *Criminal Code* was upheld on the basis that (i) the definition, as interpreted, was sufficiently certain to be "prescribed by law" and (ii) being defined as a harm-based obscenity provision, it addressed a substantial and pressing social objective in a rational and proportionate way.

D. Analysis of the Appellants' Criticism of the Butler Test

- 53 The appellants question the correctness of *Butler* and say, in any event, that its approach cannot be freely transferred from heterosexual erotica to gay and lesbian erotica. No constitutional question was stated regarding the validity or constitutional limits of s. 163 of the *Criminal Code*. The absence of notice of such a constitutional question precludes the wide-ranging reconsideration of *Butler* sought by the appellants and some of the interveners (even if the Court were to conclude that such a reconsideration is either necessary or desirable). On the more specific issues, the appellants, and the interveners in their support, argue that in the context of the Customs legislation a "harm-based" approach which utilizes a single community standard across all regions and groups within society is insufficiently "contextual" or sensitive to specific cir-

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. [Je souligne.]

Cette approche a été acceptée par le juge Gonthier qui, dans ses motifs concordants, a dit ceci, à la p. 520:

Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. [Je souligne.]

Par conséquent, l'arrêt *Butler* a confirmé que la Constitution protège les formes d'expression sexuellement explicites et il n'a tracé la ligne qu'au point où le préjudice excède le seuil de tolérance de la société. La validité du par. 163(8) du *Code criminel* a été confirmée pour les motifs suivants: (i) la définition, telle qu'elle avait été interprétée, avait un caractère suffisamment certain pour être considérée comme «prescrite par une règle de droit», (ii) étant défini comme une disposition relative à l'obscénité qui est fonction du préjudice, le paragraphe en cause visait, d'une manière rationnelle et proportionnelle, un objectif social urgent et réel.

D. Analyse de la critique par les appelants du critère établi dans *Butler*

Les appelants mettent en doute le bien-fondé de l'arrêt *Butler* et affirment que, quoiqu'il en soit, l'approche établie dans cet arrêt ne peut pas être automatiquement transposée du matériel érotique hétérosexuel au matériel érotique gai et lesbien. Aucune question constitutionnelle n'a été formulée relativement à la validité ou aux limites constitutionnelles de l'art. 163 du *Code criminel*. Le fait qu'on n'ait pas donné avis d'une telle question constitutionnelle empêche le réexamen en profondeur de l'arrêt *Butler* que sollicitent les appelants et certains intervenants (et ce même si notre Cour devait conclure qu'un tel réexamen est nécessaire ou souhaitable). Relativement aux questions plus précises, les appelants — ainsi que les intervenants qui les appuient — plaident que, dans le contexte de la législation douanière, le recours à une appro-

cumstances to give effect to the equality rights of gays and lesbians. The appellants, supported by the interveners LEAF and EGALÉ, contend that homosexual erotica plays an important role in providing a positive self-image to gays and lesbians, who may feel isolated and rejected in the heterosexual mainstream. Erotica provides a positive celebration of what it means to be gay or lesbian. As such, it is argued that sexual speech in the context of gay and lesbian culture is a core value and *Butler* cannot legitimately be applied to locate it at the fringes of s. 2(b) expression. Erotica, they contend, plays a different role in a gay and lesbian community than it does in a heterosexual community, and the *Butler* approach based, they say, on heterosexual norms, is oblivious to this fact. Gays and lesbians are defined by their sexuality and are therefore disproportionately vulnerable to sexual censorship.

che «fondée sur le préjudice» appliquant une seule et même norme sociale pour toutes les régions et pour tous les groupes de la société n'est pas suffisamment «contextuelle», ou propre à tenir compte de circonstances particulières, pour donner effet aux droits à l'égalité des gays et des lesbiennes. Les appellants, appuyés par les intervenants Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et EGALÉ, soutiennent que le matériel érotique homosexuel contribue de façon importante à donner une image de soi positive aux gays et aux lesbiennes, qui peuvent se sentir isolés et rejetés dans le courant dominant hétérosexuel. Le matériel érotique, affirment-ils, constitue une affirmation positive de ce que signifie le fait d'être gai ou lesbienne. En conséquence, on prétend que, dans le contexte de la culture gaie et lesbienne, l'expression sexuelle constitue une valeur essentielle et que l'arrêt *Butler* ne saurait légitimement être appliqué pour la refouler aux confins de la liberté d'expression visée par l'al. 2b). Le matériel érotique, d'affirmer les appellants, joue un rôle différent dans la communauté gaie et lesbienne de celui qu'il joue dans la communauté hétérosexuelle, et l'approche établie dans l'arrêt *Butler* qui, disent-ils, est fondée sur des normes hétérosexuelles, ne tient pas compte de ce fait. Les gays et les lesbiennes sont définis par leur sexualité et par conséquent disproportionnellement vulnérables à la censure sexuelle.

The appellants' criticisms of *Butler* can, for present purposes, be grouped under the following headings.

(a) The Community Standard of Tolerance Is Majoritarian and Suppresses Minority Speech, Including Homosexual Expression

The appellants contend that importing a majoritarian analysis into the definition of obscenity (e.g. what the broader Canadian community will tolerate), inevitably creates prejudice against non-mainstream, minority representations of sex and sexuality. They argue that the "national" community is by definition majoritarian and is more likely than the homosexual community itself to view gay and lesbian imagery as degrading and

Les critiques des appellants à l'égard de l'arrêt *Butler* peuvent, pour les fins qui nous occupent, être regroupées sous les rubriques suivantes.

a) La norme de tolérance de la société a un parti-pris majoritaire et étouffe la liberté d'expression de la minorité, y compris celle des homosexuels

Les appellants soutiennent qu'intégrer une analyse de tendance majoritaire à la définition d'obscénité (par exemple en se référant à ce que la société canadienne en général est disposée à tolérer) crée inévitablement un préjugé contre les représentations du sexe et de la sexualité qui n'émanent pas du courant dominant, mais plutôt de la minorité. Ils affirment que la collectivité «nationale» a par définition un caractère majoritaire et

54

55

dehumanizing. The whole idea of a community standards test, they say, is incompatible with *Charter* values that were enacted to protect minority rights. The fact that no particular evidence to define the community standard is required to support a successful prosecution heightens the vulnerability of minorities (B. Cossman et al., *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), at pp. 107-8). What makes this standard even more problematic in the context of gay and lesbian erotica is that where expression is suppressed on the basis of sexual orientation, so goes the argument, it silences voices that are already suppressed and subject to discrimination. Professor Richard Moon says that in *Butler* “[j]udicial subjectivity (value judgment) is simply dressed up in the objective garb of community standards” (“*R. v. Butler: The Limits of the Supreme Court’s Feminist Re-Interpretation of Section 163*” (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361, at p. 370).

est plus susceptible que la collectivité homosexuelle elle-même de considérer les représentations gaies et lesbiennes comme étant dégradantes et déshumanisantes. Les appelants affirment que toute l’idée de critère des normes sociales est incompatible avec les valeurs qui ont été édictées dans la *Charte* en vue de protéger les droits des minorités. Le fait qu’aucune preuve particulière définissant la norme sociale n’est requise pour assurer le succès des poursuites augmente la vulnérabilité des minorités (B. Cossman et autres, *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), aux pp. 107 et 108). Ce qui rend cette norme encore plus problématique dans le contexte du matériel érotique gai et lesbien est que, selon l’argument avancé, lorsque la liberté d’expression est étouffée du fait de l’orientation sexuelle, cela a pour effet de faire taire des voix qui sont déjà réduites au silence et sujettes à la discrimination. Le professeur Richard Moon dit que, dans l’arrêt *Butler*, [TRADUCTION] «[l]a subjectivité judiciaire (jugement de valeur) est simplement parée des atours objectifs que représentent les normes sociales» («*R. v. Butler: The Limits of the Supreme Court’s Feminist Re-Interpretation of Section 163*» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361, à la p. 370).

56

This line of criticism underestimates *Butler*. While it is of course true that under s. 163 of the *Criminal Code* the “community standard” is identified by a jury or a judge sitting alone, and to that extent involves an attribution rather than an opinion poll, the test was adopted to underscore the unacceptability of the trier of fact indulging personal biases, as was held to have happened in *Towne Cinema*, *supra*. A concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place, *per* Sopinka J., at p. 484:

Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is

Les critiques de ce genre sous-estiment la portée de l’arrêt *Butler*. Quoiqu’il soit vrai évidemment que, dans l’application de l’art. 163 du *Code criminel*, la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul et que, dans cette mesure, elle découle d’un acte d’attribution plutôt que d’un sondage d’opinion, ce critère a été adopté pour bien indiquer qu’il était inacceptable que le juge des faits donne libre cours à ses préjugés, comme, a-t-on jugé, cela s’était produit dans *Towne Cinema*, précité. Le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité est l’un des principaux facteurs qui ont d’ailleurs mené à l’adoption du critère de la collectivité nationale dans l’arrêt *Butler*, le juge Sopinka, à la p. 484:

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu’elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d’autres, aucune de ces catégories de pornographie n’est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d’opinions

degrading or dehumanizing. See *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) (the Fraser Report), vol. 1, at p. 51. Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole.

The protective character of the national standard requirement is readily apparent from the summation of the test in *Butler* (at p. 485):

If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or exposed nor by reason of the place or manner in which it is shown.

In other words, a person's constitutionally protected space does not shrink by virtue of his or her geographical location or participation in a certain context or community, or indeed by the taste of a particular judge or jury. It is not necessarily in the interest of the minority to disaggregate community standards. The appellants have in mind a special standard related to their lesbian and gay target audience. The fact is, however, that they operate a bookstore in a very public place open to anyone who happens by, including potentially outraged individuals of the local community who might wish to have the bookstore closed down altogether. If "special standards" are to apply, whose "special standard" is it to be? There is some safety in numbers, and a national constituency that is made up of many different minorities is a guarantee of tolerance for minority expression.

Butler affirmed that Parliament had successfully criminalized harmful sexual expression, that is to say sexual expression that is shown to be incompatible with society's proper functioning, but Canadian society also recognizes as fundamental to its proper functioning the *Charter* rights to free-

quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. Voir *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (le rapport Fraser), vol. 1, à la p. 53. Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société.

Le caractère protecteur de l'exigence relative à la norme nationale ressort d'emblée du résumé du critère dans l'arrêt *Butler* (à la p. 485):

Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

En d'autres termes, la protection garantie à une personne par la Constitution ne rétrécit pas en raison du lieu où elle se trouve, du fait qu'elle se trouve dans une certaine situation ou qu'elle appartient à une collectivité particulière, ni d'ailleurs des goûts d'un juge ou jury donné. Il n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la minorité de scinder les normes sociales. Les appelants ont à l'esprit une norme spéciale, rattachée à leur public cible composé de lesbiennes et de gais. Le fait est, toutefois, qu'ils exploitent une librairie dans un lieu très public, ouvert à tout passant, y compris aux membres de la collectivité locale susceptibles d'être scandalisés et de souhaiter purement et simplement la fermeture de la librairie. Si des «normes spéciales» doivent s'appliquer, les «normes spéciales» de quel groupe retiendra-t-on? Dans une certaine mesure, plus on est nombreux plus on est en sécurité, et l'existence d'une collectivité nationale composée de nombreuses minorités est une garantie de tolérance pour les formes d'expression de ces groupes.

L'arrêt *Butler* a confirmé que le Parlement avait criminalisé avec succès les formes d'expression sexuelle préjudiciables, c'est-à-dire les formes d'expression sexuelle dont on démontre l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société, mais la société canadienne reconnaît également

dom of expression and equality. The standard of tolerance of this same Canadian society cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way.

comme essentiels à son bon fonctionnement les droits suivants garantis par la *Charte*: la liberté d'expression et les droits à l'égalité. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d'obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d'expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne.

59

It may serve repeating that the national community standard relates to harm not taste, and is restricted, *per* Sopinka J., at p. 485, to “conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning”. The test is therefore not only concerned with harm, but harm that rises to the level of being *incompatible* with the proper functioning of Canadian society. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA) argues that “for gays and lesbians erotica and other material with sexual content is not harmful and is in fact a key element of the quest for self-fulfilment” (*factum*, at para. 14). So described, the CCLA has defined the material safely outside the *Butler* paradigm. *Butler* placed harmful expression — not sexual expression — at the margin of s. 2(b).

Il est peut-être utile de répéter que la norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et qu'elle se limite au «comportement [. . .] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement» (le juge Sopinka, à la p. 485). Le critère ne s'attache donc pas uniquement au préjudice, mais au préjudice qui est grave au point d'être *incompatible* avec le bon fonctionnement de la société canadienne. La Canadian Civil Liberties Association (CCLA) prétend que [TRADUCTION] «pour les gais et les lesbiennes, le matériel à contenu sexuel, notamment le matériel érotique, n'est pas préjudiciable et constitue dans les faits un élément clé dans leur quête d'épanouissement personnel» (mémoire, au par. 14). En décrivant le matériel de cette façon, la CCLA l'a soigneusement écarté du paradigme de l'arrêt *Butler*. L'arrêt *Butler* a placé les formes d'expression préjudiciables — et non les formes d'expression sexuelle — en marge de l'al. 2b).

(b) The Degrading or Dehumanizing Test Is Open to Homophobic Prejudice

b) Le critère du caractère dégradant ou déshumanisant est vulnérable aux préjugés homophobes

60

The appellants argue that the “degrading or dehumanizing” language in *Butler* is highly subjective and encouraged Customs, for example, to prohibit depictions of anal intercourse long after the Department of Justice advised Customs to the contrary. This argument seems to ignore that the phrase “degrading or dehumanizing” in *Butler* is qualified immediately by the words “if the risk of harm is substantial” (p. 485 (emphasis added)). This makes it clear that not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community's

Les appelants prétendent que les termes «dégradant ou déshumanisant» utilisés dans l'arrêt *Butler* sont très subjectifs et ont, par exemple, incité les Douanes à interdire les représentations de relations anales longtemps après que le ministère de la Justice leur ait fourni un avis à l'effet contraire. Cet argument semble ne pas tenir compte du fait que l'expression «dégradant ou déshumanisant» utilisée dans cet arrêt est immédiatement tempérée par les mots «si le risque de préjudice est important» (p. 485 (je souligne)). Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas

tolerance. The potential of harm and a same-sex depiction are not necessarily mutually exclusive. Portrayal of a dominatrix engaged in the non-violent degradation of an ostensibly willing sex slave is no less dehumanizing if the victim happens to be of the same sex, and no less (and no more) harmful in its reassurance to the viewer that the victim finds such conduct both normal and pleasurable. Parliament's concern was with behavioural changes in the *voyeur* that are potentially harmful in ways or to an extent that the community is not prepared to tolerate. There is no reason to restrict that concern to the heterosexual community.

toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société. Le risque de préjudice et la représentation de personnes de même sexe ne s'excluent pas nécessairement. La représentation d'une dominatrice s'employant à dégrader de façon non violente un esclave sexuel apparemment consentant n'est pas moins déshumanisante s'il se trouve que la victime est du même sexe, et pas moins (ni plus) préjudiciable même si elle rassure le spectateur en lui montrant que la victime trouve cette conduite à la fois normale et agréable. Le Parlement se souciait des changements de comportement chez le *voyeur* qui sont susceptibles d'être préjudiciables de certaines façons dans une mesure que la société n'est pas prête à tolérer. Il n'y a aucune raison de restreindre cette préoccupation à la communauté hétérosexuelle.

(c) The Harm-Based Approach Is Merely Morality in Disguise

c) L'approche fondée sur le préjudice n'est que du moralisme déguisé

The appellants argue that while the Court in *Butler* purported to move away from the morality-based approach, a harm-based test effectively rests on the same discredited moral foundation.

Les appelants plaident que, quoique dans l'arrêt *Butler* notre Cour ait voulu s'éloigner de l'approche fondée sur la moralité, un critère fondé sur le préjudice repose dans les faits sur le même fondement moral discrédité.

61

This line of argument simply rejects the idea that *Butler* means what it says, i.e., that the community standard of tolerance is based on the reasonable apprehension of harm, not on morality. The arguments assume that any appeal to a national community standard cannot be targeted on harm and will inevitably be overwhelmed by majoritarian taste. This approach presupposes that the arbiter (the broader community) is incapable of being focussed on the task that it is required to address (harm). We have no evidence that the courts are not able to apply the *Butler* test, and the reported decisions seem to confirm that the identification of harm is a well understood requirement: *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), at p. 566; *R. v. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), a case of alleged indecent exposure; and

Cette argumentation rejette tout simplement l'idée que l'effet de l'arrêt *Butler* correspond à son libellé, c'est-à-dire que la norme de tolérance de la société est fondée sur la crainte raisonnable de préjudice, et non pas sur la moralité. Ces arguments supposent que tout recours à la norme de la collectivité nationale ne saurait s'attacher au préjudice et cédera inévitablement devant les goûts de la majorité. Cette approche présuppose que l'arbitre (en l'occurrence la société en général) est incapable de se concentrer sur le problème qu'il doit régler (le préjudice). Nous ne disposons d'aucune preuve indiquant que les tribunaux sont incapables d'appliquer le critère établi dans *Butler*, et les décisions publiées semblent confirmer que l'identification du préjudice est une exigence bien comprise: *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), à la p. 566; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), affaire d'accusation d'action indécente; et

62

R. v. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (Prov. Ct.).

R. c. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (C. prov.).

63

The intervener LEAF took the position that sado-masochism performs an emancipatory role in gay and lesbian culture and should therefore be judged by a different standard from that applicable to heterosexual culture. In support of this position LEAF points out that, by definition, gender discrimination is not an issue in “same-sex erotica”. On the other hand, the intervener Equality Now took the view that gay and lesbian individuals have as much right as their heterosexual counterparts to be protected from depictions of sex with violence or sexual conduct that is dehumanizing or degrading in a way that can cause harm that exceeds community standards of tolerance.

L’intervenant Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes a plaidé que le sado-masochisme a un effet émancipateur dans la culture gaie et lesbienne et devrait donc être jugé selon une norme différente de celle applicable à la culture hétérosexuelle. Au soutien de cette thèse, le Fonds souligne que, par définition, la discrimination fondée sur le sexe ne s’applique pas dans le cas du [TRADUCTION] «matériel érotique montrant des personnes de même sexe». Par contre, l’intervenante Equality Now a affirmé que les gais et les lesbiennes ont autant le droit que leurs homologues hétérosexuels d’être protégés contre les représentations de choses sexuelles accompagnées de violence ou d’actes sexuels qui sont déshumanisants ou dégradants et susceptibles de causer un préjudice excédant les normes de tolérance de la société.

64

LEAF’s argument seems to presuppose that the *Butler* test is exclusively gender-based. Violence against women was only one of several concerns, albeit an important one, that led to the formulation of the *Butler* harm-based test, which itself is gender neutral. While it would be quite open to the appellants to argue that a particular publication does not exceed the general community’s tolerance of harm for various reasons, gay and lesbian culture as such does not constitute a general exemption from the *Butler* test.

L’argument du Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes semble présupposer que le critère établi dans *Butler* est fondé exclusivement sur le sexe des individus. La violence faite aux femmes n’était qu’une des préoccupations — une préoccupation importante cependant — qui ont conduit dans *Butler* à la formulation du critère fondé sur le préjudice, critère ne faisant lui-même aucune distinction de sexe. Bien qu’il soit tout à fait loisible aux appelants de prétendre que, pour diverses raisons, une publication donnée n’excède pas le seuil de tolérance au préjudice de la société en général, la culture gaie et lesbienne ne constitue pas en soi une exemption générale du critère établi dans *Butler*.

(d) The *Butler* Test Is Oriented to Sexually Explicit Videos and Is Inappropriate for a Written Text

d) Le critère établi dans *Butler* vise les vidéos sexuellement explicites et est inapproprié pour les écrits

65

A judicial decision is always to be read in the context of its particular facts. The *Butler* case largely involved videos. Nevertheless, there is nothing in the judgments of Sopinka and Gonthier JJ. to suggest that the *Butler* test was not intended to apply to written texts. I do not underestimate the importance of the medium, but ultimately *Butler*’s

Une décision judiciaire doit toujours être interprétée dans le contexte des faits qui lui sont propres. L’arrêt *Butler* portait en grande partie sur des vidéos. Néanmoins, rien dans les motifs des juges Sopinka et Gonthier ne tend à indiquer que le critère établi dans cet arrêt n’était pas censé s’appliquer aux écrits. Je ne sous-estime pas l’import-

concern was not with the medium but with the message. It may be very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or “inherent necessities” defence. The history of unsuccessful prosecutions of literary works in this country since *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley’s Lover*) seems to bear out this difficulty. In the Customs context, the time involved to review properly a written text of considerable length for obscenity may be out of all proportion to the supposed benefits. At some point Customs authorities may decide that book banning should in most cases be left to those responsible for enforcing the *Criminal Code*. However, the sheer difficulty of making a successful obscenity case against a book should be seen by the appellants, I would have thought, as one of the merits of the *Butler* test.

(e) The *Butler* Record Did Not Include Erotica Targeted at a Gay and Lesbian Clientele

The appellants argue that the lesbian depictions in the *Butler* record were aimed at a heterosexual male audience, and that the Court did not have occasion to address the differences between heterosexual and homosexual erotica. The trial judge certainly noted such differences, albeit recognizing that the “target audience” concept had been rejected in *Towne Cinema, supra*. He also accepted as a sufficient basis for parliamentary intervention a “reasoned apprehension of harm” (*Butler*, at p. 504), and in this respect he relied on the conclusion of Professor Neil M. Malamuth that “homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual

tance du moyen d’expression, mais, en bout de ligne, c’est le message et non le moyen d’expression qui était en cause dans l’arrêt *Butler*. Il peut s’avérer très difficile de démontrer le caractère obscène d’un livre, moyen d’expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les «besoins internes». La liste des poursuites infructueuses intentées contre des œuvres littéraires au Canada depuis l’arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L’Amant de Lady Chatterley*) semble confirmer cette difficulté. Dans le contexte des douanes, le temps requis pour examiner adéquatement un écrit d’une longueur considérable afin de voir s’il est obscène peut être hors de toute proportion avec les avantages censés découler de cette mesure. Les autorités douanières peuvent décider, à un moment donné, que la tâche d’interdire des livres devrait dans la plupart des cas être laissée à ceux qui sont chargés de l’application du *Code criminel*. Cependant, j’aurais cru que le seul fait qu’il soit si difficile de prouver qu’un livre est obscène serait considéré par les appelants comme l’un des mérites du critère établi dans *Butler*.

e) Le dossier dans *Butler* ne comportait pas de matériel érotique destiné à la clientèle gaie et lesbienne

Les appellants prétendent que les représentations d’actes de lesbianisme figurant au dossier dans *Butler* étaient destinées à un public hétérosexuel masculin et que notre Cour n’a pas eu l’occasion d’examiner les différences entre le matériel érotique destiné aux hétérosexuels et celui destiné aux homosexuels. Le juge de première instance n’a pas manqué de souligner ces différences, reconnaissant toutefois que la notion de [TRADUCTION] «public cible» avait été rejetée dans l’arrêt *Towne Cinema, précité*. Il a également accepté comme fondement suffisant de l’intervention du Parlement l’existence d’une «appréhension raisonnée du préjudice» (*Butler*, à la p. 504), et à cet égard, il s’est appuyé sur la conclusion du professeur Neil M. Malamuth selon laquelle [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la

pornography”. Professor Malamuth further observed that:

In recent years, [there] has been increasing scientific research indicating that some of the behaviors that might be related to exposure to some types of pornography are a serious problem within the gay community as well as within the heterosexual one. . . . [T]here are studies suggesting that within homosexual interactions the frequency of sexually coercive acts as well as non-sexual aggression between intimates occurs at a frequency quite comparable to heterosexual interactions.

pornographie hétérosexuelle». Le professeur Malamuth a également fait l’observation suivante:

[TRADUCTION] Au cours des dernières années, [un] nombre de plus en plus grand de travaux scientifiques indique que certains comportements qui pourraient être liés au fait d’être exposé à certains genres de pornographie constituent un problème sérieux au sein de la communauté homosexuelle de même qu’au sein de la communauté hétérosexuelle [. . .] [D]es études tendent à indiquer que, dans le cadre des relations homosexuelles, les actes de coercition sexuelle et les agressions non sexuelles entre partenaires surviennent à une fréquence tout à fait comparable à celle observée dans les relations hétérosexuelles.

67

The trial judge concluded that while erotica plays a more central role in gay and lesbian culture than in heterosexual culture, the “harm-based” *Butler* approach is applicable to both. In the application of the test, a court is able to sift out erotica that in fact falls within the community’s tolerance of harm. While the social science evidence is thin, it must be remembered that in *Butler* itself the Court accepted that the Crown could not be required to adduce a higher level of proof than the subject matter admits of. As Sopinka J. stated at p. 502:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

and at p. 504:

I am in agreement with Twaddle J.A. who expressed the view that Parliament was entitled to have a “reasoned apprehension of harm” resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations.

Le juge de première instance a estimé que, quoique le matériel érotique joue un rôle plus important dans la culture gaie et lesbienne que dans la culture hétérosexuelle, l’approche «fondée sur le préjudice» retenue dans l’arrêt *Butler* s’appliquait aux deux. Dans l’application du critère, le tribunal est capable de filtrer le matériel érotique qui, dans les faits, respecte le seuil de tolérance de la société au préjudice. Bien que la preuve relevant des sciences sociales soit mince, il faut se rappeler que, dans l’arrêt *Butler* comme tel, notre Cour a reconnu qu’on ne pouvait exiger de la Couronne qu’elle présente une preuve plus grande que ne le permet le sujet en question. Comme l’a dit le juge Sopinka, à la p. 502:

Bien qu’il puisse être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance.

De poursuivre le juge, à la p. 504:

Je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel qui s’est dit d’avis que le Parlement avait le droit d’avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation.

68

I agree with the trial judge and with the majority of the British Columbia Court of Appeal that the

Je partage l’opinion du juge de première instance et des juges majoritaires de la Cour d’appel

attempt to carve out of *Butler* a special exception for gay and lesbian erotica should be rejected.

E. *Conclusion on Butler Issues*

Accordingly, the legislative core of the *Customs Tariff* prohibition, i.e., imported material that meets the obscenity provisions of s. 163 of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*, survives *Charter* scrutiny in the context of gay and lesbian culture. The appellants argue that *Butler* applied by a Customs officer raises a different free speech issue than *Butler* applied by a court. In my view, however, Customs review should be seen in the context of proceedings leading to court (if Customs pursues the prohibitions) as discussed below.

F. *Attack on the Constitutionality of the Decision-Making Structure Created by the Customs Act*

On this branch of the argument the appellants claim that the statutory Customs border review procedures achieve a level of unworkability comparable to the abortion provisions of the *Criminal Code* which the Court held to be unconstitutional in *Morgentaler, supra*. Similar arguments were considered in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In those cases, the Court found that the source of unconstitutionality resided in the legislation itself. I therefore turn in the first instance to an examination of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* in light of the appellants' complaints. I will then take a more detailed look at the relevant authorities.

The appellants say a regulatory structure that is open to the level of maladministration described in the trial judgment is unconstitutionally underpro-

de la Colombie-Britannique selon laquelle il faut rejeter l'exception spéciale en faveur du matériel érotique gai et lesbien que l'on tente de dégager de l'arrêt *Butler*.

E. *Conclusion sur les questions liées à l'arrêt Butler*

Par conséquent, l'essentiel des assises législatives de la prohibition établie par le *Tarif des douanes*, c'est-à-dire le matériel importé visé par les dispositions relatives à l'obscénité de l'art. 163 du *Code criminel*, telles qu'elles ont été interprétées dans l'arrêt *Butler*, résiste à l'examen fondé sur la *Charte* dans le contexte de la culture gaie et lesbienne. Les appelants prétendent que l'arrêt *Butler* soulève une question de liberté d'expression différente lorsqu'il est appliqué par un agent des douanes plutôt que par les tribunaux. J'estime toutefois que le contrôle douanier doit être considéré dans le cadre de procédures susceptibles d'aboutir devant les tribunaux (dans les cas où les Douanes désirent faire maintenir la prohibition), comme nous le verrons plus loin.

F. *Contestation de la constitutionnalité du régime décisionnaire créé par la Loi sur les douanes*

Relativement à ce volet de l'argumentation, les appelants avancent que la procédure de contrôle douanier prévue par la loi atteint un degré d'inapplicabilité comparable aux dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement que notre Cour a jugées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Morgentaler*, précité. Des arguments similaires ont été examinés dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Dans ces arrêts, notre Cour a conclu que la source de l'inconstitutionnalité résidait dans les dispositions législatives elles-mêmes. Je vais donc, dans un premier temps, examiner le *Tarif des douanes* et la *Loi sur les douanes* à la lumière des plaintes des appelants, et, dans un second temps, analyser de façon plus approfondie les arrêts pertinents.

Les appelants affirment qu'un régime réglementaire qui donne lieu au degré de mauvaise administration décrit dans le jugement de première ins-

69

70

71

tective of their constitutional rights and should be struck down in its entirety. In effect they argue that Parliament was required to proceed by way of legislation rather than the creation of a delegated power of regulation in s. 164(1)(j), which authorizes the Governor in Council to “make regulations . . . generally, to carry out the purposes and provisions of this Act”, or by ministerial directive. My colleague Iacobucci J. accepts the propositions that “[t]his Court’s precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights” (para. 204) and because “the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials” (para. 211), Code 9956 should be struck from the *Customs Tariff*. I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs’ treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(j)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments “will be applied constitutionally” by the public service.

tance est inconstitutionnel car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution, et que ce régime devrait être invalidé complètement. Dans les faits, ils prétendent que le Parlement était tenu d’intervenir par voie législative plutôt que par la création, à l’al. 164(1)(j), d’un pouvoir de réglementation délégué qui autorise le gouverneur en conseil à prendre, par règlement, «toute mesure d’application de la présente loi», ou par l’établissement d’une directive ministérielle. Mon collègue le juge Iacobucci accepte la proposition selon laquelle «[l]a jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution» (par. 204), et celle voulant que, comme la «législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu’elle soit appliquée au matériel expressif d’une manière conforme à la Constitution» (par. 211), le code 9956 doit être radié du *Tarif des douanes*. Je ne crois pas qu’il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d’une loi (comme le prétendent les appellants) plutôt que d’un règlement (comme l’a prévu le Parlement à l’al. 164(1)(j)) ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte «s[eront] appliqué[s] [...] d’une manière conforme à la Constitution» par les fonctionnaires.

72

The authorities relied on by my colleague all deal with legislation that itself contained problematic provisions. In this case, the complaint is about the *absence* of affirmative provisions, *per* Iacobucci J., at para. 166: “The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene.” To put it another way, the appellants’ complaint is about what Parliament did *not* enact rather than what it *did* enact. The imposition on Parliament of a constitutional obligation to deal itself with *Charter*-sensitive matters rather than by permitting Parliament the option of enacting a delegated regulation-making power has serious

Les arrêts invoqués par mon collègue portent tous sur des lois qui contenaient elles-mêmes des dispositions problématiques. En l’espèce, la plainte porte sur l’*absence* de dispositions positives: «[l]a législation douanière souffre de l’absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène» (le juge Iacobucci, au par. 166). Autrement dit, la plainte des appellants porte sur les mesures que le Parlement *n’a pas* adoptées plutôt que sur celles qu’il a *effectivement* adoptées. Le fait d’imposer au Parlement l’obligation constitutionnelle de se charger lui-même des questions délicates eu égard à la *Charte* plutôt que

ramifications for the machinery of government. I do not agree that Parliament's options are so limited.

The initial question, however, is whether the Customs legislation itself contains procedures that infringe *Charter* rights, as in *Morgentaler*, or whether the problem here is implementation, aggravated by administrative constraints such as limited budgets and lack of qualified personnel, as found by the trial judge.

The appellants' argument can be organized under the following headings.

(a) The Crudity of the Decision-making Process

The trial judge described the process thus (at para. 256):

... while memorandum D9-1-1 requires classifying officers to read books from cover to cover, some officers simply thumb through them or read pages at random. Many officers review videotapes with the assistance of a fast-forward device, stopping only to examine scenes of explicit sex; they do not listen to the soundtrack. Some who testified acknowledged that they are not capable of determining artistic merit and that they do not attempt to do so. Others claim to consider each item carefully and completely and to determine whether the work has a valid purpose.

The appellants complain that there is no provision in the Customs legislation for a hearing (written or oral) and no opportunity for the importer to adduce evidence to inform the Customs officer. No reasons are typically given by Customs for a prohibition beyond a tick in one of eight boxes entitled "Sex With Violence", "Child Sex", "Incest", "Bestiality", "Necrophilia", "Hate Propaganda", "Anal Penetration", and "Other". The box "Other" is followed by a short line on which the inspector could write one or two words to describe the ground for

de lui permettre de déléguer un pouvoir de réglementation à cet égard, a de sérieuses répercussions sur le fonctionnement de l'appareil gouvernemental. Je ne partage pas l'avis que les choix du Parlement soient aussi limités.

La question initiale, toutefois, consiste à déterminer si la législation douanière elle-même contient des procédures qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*, comme c'était le cas dans l'arrêt *Morgentaler*, ou s'il s'agit plutôt, en l'espèce, d'un problème de mise en œuvre, exacerbé par des contraintes de nature administrative tels des budgets limités et le manque de personnel qualifié, comme a conclu le juge de première instance.

Les divers arguments des appelants peuvent être réunis sous les rubriques suivantes.

a) La nature sommaire du processus décisionnel

Le juge de première instance a décrit ainsi ce processus (au par. 256):

[TRADUCTION]... quoique le Mémoire D9-1-1 exige que les agents de classement lisent les livres d'un bout à l'autre, certains agents ne font que les feuilleter ou lire des pages au hasard. Bien des agents examinent les vidéos à l'aide d'un mécanisme de défilement en accéléré, n'arrêtant qu'aux scènes de sexe explicites; ils n'écoutent pas la trame sonore. Certains agents qui ont témoigné ont reconnu qu'ils étaient incapables d'évaluer la valeur artistique et qu'ils ne tentaient pas de le faire. D'autres disent examiner chaque article de façon attentive et exhaustive, et déterminer si l'œuvre a un objet valide.

Les appelants se plaignent de l'absence, dans la législation douanière, de dispositions prévoyant la tenue d'une audience (par présentation d'observations écrites ou orales), ainsi que du fait que l'importateur n'a pas la possibilité de présenter des éléments de preuve en vue de renseigner l'agent des douanes. Les Douanes ne motivent généralement pas la prohibition, si ce n'est en cochant l'une des huit cases portant les titres suivants: «Violence Sexuelle», «Pornographie infantine», «Inceste», «Bestialité», «Nécrophilie», «Propagande haineuse», «Pénétration anale» et «Autre». La case «Autre» est suivie d'une courte ligne où les inspec-

73

74

75

76

prohibition, but rarely did so in sufficient detail to be informative.

77

While these complaints have some substance, they address the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself. The Constitution does not prohibit border inspections: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. Thus the trial judge found at para. 234 that:

The deleterious effects of the legislation as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials. [Emphasis added.]

I regard such potential as inherent in any border surveillance scheme. Of themselves, they afford no reason to declare the legislation unconstitutional.

78

If Parliament can validly prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibition can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint, discussed by my colleague Iacobucci J. at paras. 232 to 236, operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance.

79

In the Customs context, procedures are inevitably different than in a prosecution for a criminal offence, but I do not read *Butler*'s linkage between

teurs pouvaient décrire par un mot ou deux le motif de la prohibition, mais le faisaient rarement de façon suffisamment détaillée pour renseigner les intéressés.

Bien que ces plaintes aient un certain fondement, elles concernent le régime législatif tel qu'il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même. La Constitution n'interdit pas les inspections frontalières: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d'entraîner des décisions erronées. En conséquence, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, au par. 234:

[TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel. [Je souligne.]

J'estime que de telles situations sont inhérentes à tout régime de surveillance frontalière. En soi, elles ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles.

Si le Parlement peut validement prohiber l'obscénité — et l'arrêt *Butler* a établi qu'il l'avait fait de manière valide — la prohibition peut être prononcée tant aux frontières du pays qu'à l'intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d'obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou qui en ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables, analysée par mon collègue le juge Iacobucci aux par. 232 à 236 de ses motifs, s'applique dans de telles circonstances, si tant est qu'elle s'applique, mais avec beaucoup moins d'acuité.

En contexte douanier, les procédures suivies diffèrent inévitablement de celles qui le sont dans la poursuite d'une infraction criminelle, mais je ne

constitutionality and a reasoned apprehension of harm as being contingent on the availability of a full trial in a criminal court. Criminal offences require criminal procedures. The role and function of border inspections are quite different.

The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual that accompanied Customs Memorandum D9-1-1. If a picture in an imported magazine, for example, looks to the Customs inspector like a “sample” of obscenity described in D9-1-1, or depicted in its companion document of illustrations, it is deemed by Customs to be obscene. There is not much scope in the process to evaluate artistic merit or indeed for any of the subtleties of the jurisprudence under s. 163. The trial judge found that “importers have no guarantee that they may see, and in fact are discouraged from seeing, the prohibited material for purposes of preparing a submission on a request for re-determination” (para. 65). The process is no more than it purports to be, a rough and ready border screening procedure that may lead Customs (with or without a re-determination at a more senior departmental level) to refuse entry to the goods. Parliament was entitled to assume that refusal would not be given without reasonable cause. Such a refusal, it is important to emphasize, is subject to appeal to the courts.

The evidence is that at the second stage re-determination, the material is reviewed by a small number of Customs officials who work for approximately three to six months in the Prohibited Importations Directorate. The assignment is unpopular. The officials are given little training except “on-the-job” experience. The legislation mandates neither the level of resources nor the

considère pas que le lien qui est fait par l’arrêt *Butler* entre la constitutionnalité et l’existence d’une appréhension raisonnée de préjudice a pour effet d’exiger la tenue d’un procès complet devant une cour criminelle. Les infractions criminelles requièrent l’application de procédures criminelles. Le rôle des inspections frontalières est fort différent.

Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande partie en une comparaison, par l’inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le Mémoire D9-1-1. Si, par exemple, une image figurant dans un magazine importé semble être, aux yeux de l’inspecteur, un «exemple» d’obscénité décrit dans le Mémoire D9-1-1 ou représenté dans le guide illustré connexe, elle est réputée obscène par les Douanes. Le processus fait peu de place à l’appréciation de la valeur artistique ou, d’ailleurs, à toutes les subtilités dégagées dans la jurisprudence relative à l’art. 163. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «les importateurs n’ont aucune garantie qu’ils peuvent voir — et ils sont en fait découragés de le faire — le matériel prohibé en vue de préparer des arguments dans le cadre d’une demande de révision ou réexamen» (par. 65). Le processus n’est rien de plus que ce qu’il est censé être, c’est-à-dire une procédure sommaire de contrôle frontalier qui peut amener les Douanes (avec ou sans révision à un niveau hiérarchique plus élevé au sein du ministère) à refuser l’entrée des marchandises. Le Parlement avait le droit de supposer qu’aucun refus ne serait prononcé sans motif raisonnable. Il est important de souligner qu’il est possible d’interjeter appel d’un tel refus devant les tribunaux.

La preuve indique que, à la deuxième étape — celle de la révision —, les marchandises sont examinées par les membres d’un petit groupe de fonctionnaires des douanes, qui accomplissent généralement ces fonctions au sein de l’Unité des importations prohibées pour une période de trois à six mois environ. Les affectations à ce service sont impopulaires. Les fonctionnaires ne reçoivent que peu de formation, sauf celle qu’on leur donne «en cours d’emploi». La législation pertinente ne prescrit ni le niveau des ressources qui doivent être

requisite training. The department sets its own priorities within the resources put at its disposal.

82

Iacobucci J. argues that Parliament was constitutionally required to spell out a more rights-protective regime in the Act itself, but in my view, for the reasons given below, it was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level.

(b) The Inadequacies of Memorandum D9-1-1

83

Memorandum D9-1-1 is acknowledged by Customs as their key working tool but it is of uncertain origins and level of approval. The Memorandum was divided into various sections, and was accompanied by an illustrated manual showing depictions of various sexual activities thought by Customs to be “degrading or dehumanizing”. There was no recognition in the version of Memorandum D9-1-1 in use at the time of the events described at trial that the community standard related to tolerance of harm rather than taste.

84

The evidence established that for all practical purposes Memorandum D9-1-1, and especially the companion illustrated manual, governed Customs’ view of obscenity. The Customs’ view was occasionally intransigent. Reference has already been made to the opinion from the Department of Justice that depiction of anal intercourse was not as such obscene. That opinion was ignored for at least two years while imported materials depicting anal intercourse continued to be prohibited on the basis of the outdated Memorandum D9-1-1.

affectées à cette tâche ni la formation requise pour l’accomplir. Le ministère établit ses propres priorités en puisant dans les ressources mises à sa disposition.

Le juge Iacobucci affirme que le Parlement était tenu par la Constitution d’établir dans la loi même un régime protégeant davantage les droits, mais j’estime, pour les motifs exposés plus loin, qu’il était loisible au Parlement, lorsqu’il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d’en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l’autorité du ministre. Tout manquement survenant à l’étape de la mise en œuvre, situation qui s’est clairement produite en l’espèce, peut être réglé à cette étape.

b) Les lacunes du Mémorandum D9-1-1

Les autorités douanières reconnaissent que le Mémorandum D9-1-1 est leur principal outil de travail, mais tant les origines de ce document que le niveau auquel il a été approuvé sont inconnus. Le Mémorandum était divisé en sections et accompagné d’un guide illustré montrant des représentations de diverses activités sexuelles jugées «dégradantes ou déshumanisantes» par les Douanes. La version du Mémorandum D9-1-1 qui était appliquée au moment des événements décrits au procès ne précisait pas que la norme sociale était fonction non pas des goûts mais de la tolérance au préjudice.

La preuve a démontré que, dans la pratique, le Mémorandum D9-1-1, et particulièrement le guide illustré qui l’accompagnait, déterminaient l’opinion des Douanes en matière d’obscénité. Cette opinion était parfois intransigeante. J’ai fait état précédemment de l’avis du ministère de la Justice selon lequel la représentation de relations sexuelles anales n’était pas obscène en soi, avis dont on n’a pas tenu compte pendant une période de deux ans, au cours de laquelle du matériel importé comportant de telles représentations a continué d’être prohibé sur le fondement du Mémorandum D9-1-1, dont l’information était périmée.

The trial judge concluded that Customs' failure to make Memorandum D9-1-1 conform to the Justice Department opinion on the definition of obscenity violated the appellants' *Charter* rights. However, I agree with the British Columbia Court of Appeal that the trial judge put too much weight on the Memorandum, which was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. The failure of Customs to keep the document updated is deplorable public administration, because use of the defective guide led to erroneous decisions that imposed an unnecessary administrative burden and cost on importers and Customs officers alike. Where an importer could not have afforded to carry the fight to the courts a defective Memorandum D9-1-1 may have directly *contributed* to a denial of constitutional rights. It is the statutory decision, however, not the manual, that constituted the denial. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

(c) Non-Observance of Time Limits

The initial inspection is carried out under s. 58 of the *Customs Act*, which authorizes Customs officers to determine the tariff classification of imported goods. In the case of goods that are not "prohibited", the *Customs Act* requires the Customs officer to determine the classification of imported goods within 30 days after being "accounted for" by the importer. Unless the Customs officer makes a contrary classification within the 30-day period, the classification proposed by the importer is accepted.

Le juge de première instance a estimé que l'omission des Douanes de rendre le Mémoire D9-1-1 conforme à l'avis du ministère de la Justice sur la définition de l'obscénité avait porté atteinte aux droits garantis aux appelants par la *Charte*. Toutefois, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que le juge de première instance a accordé trop d'importance au Mémoire, qui n'était rien de plus qu'un outil administratif interne à l'intention des inspecteurs des douanes. Il n'avait pas force de loi. Il n'aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée. L'omission des Douanes de tenir ce document à jour constitue un exemple de gestion publique déplorable, car l'utilisation du guide lacunaire a entraîné des décisions erronées, qui ont imposé des démarches administratives et des dépenses inutiles tant aux importateurs qu'aux agents des douanes. Dans le cas où l'importateur n'avait pas les moyens de soumettre le différend aux tribunaux, le Mémoire D9-1-1 lacunaire peut avoir directement *contribué* à la privation de droits constitutionnels. C'est toutefois la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s'attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l'un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l'autre.

c) L'inobservation des délais

L'inspection initiale est faite en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*, qui autorise les agents des douanes à effectuer le classement tarifaire des marchandises importées. Dans le cas des marchandises non «prohibées», la *Loi sur les douanes* oblige l'agent des douanes à effectuer le classement des marchandises importées dans les 30 jours suivant leur «déclaration en détail» par l'importateur. Sauf classement contraire par l'agent dans ce délai, le classement proposé par l'importateur est accepté.

87

In this Court the appellants stated, and the Crown agreed, that the 30-day time limit did not apply in the case of “prohibited goods”. The appellants’ motive, I infer, was to show how unworkable the statute is, but there is nothing in the Act to support such an interpretation. It makes no administrative sense because goods only become “prohibited” as a *result* of the classification process. If no classification is made the goods cannot have “prohibited” status, and the trigger for the supposed exception does not exist.

88

Accordingly, if Customs does not make a classification within 30 days the importer’s classification applies. If the department, while failing to act in a timely way, nevertheless regards the materials as obscene, the matter may be referred to the provincial authorities who may decide to commence a prosecution under the *Criminal Code*. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers.

89

The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. As the trial judge found at para. 112 of his judgment:

Often, decisions are not made within the statutorily-prescribed time limits. The plaintiffs identified many instances where the thirty-day time limit between detention and determination under s. 58 was exceeded. As well, they identified many instances where the date of detention was incorrectly recorded on the Form K27, making it impossible to determine whether the thirty-day time limit was observed.

90

These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(j) or ministerial directions to Customs officials. In the absence of such public service initiatives, an action against the Crown in respect of an unlawfully detained shipment of material accompanied by a substantial award of costs would likely

Devant notre Cour, les appelants ont affirmé — affirmation à laquelle la Couronne a souscrit — que le délai de 30 jours ne s’appliquait pas dans le cas des «marchandises prohibées». Selon moi, cette affirmation visait à démontrer à quel point la loi est inapplicable, mais rien dans la Loi n’appuie une telle interprétation. Celle-ci n’a aucun sens sur le plan administratif, car des marchandises ne deviennent «prohibées» qu’à *la suite* du processus de classement. Si aucun classement n’est fait, les marchandises ne peuvent être qualifiées de «prohibées», et l’élément déclencheur de la prétendue exception n’existe pas.

Par conséquent, si les Douanes n’effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l’importateur s’applique. Si le ministère, quoiqu’il n’ait pas agi dans les délais prévus, considère néanmoins que le matériel est obscène, la question peut être déferée aux autorités provinciales, qui peuvent décider d’entamer des poursuites en vertu du *Code criminel*. Le délai de 30 jours impartit pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs.

La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d’autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d’effectuer le classement. Comme l’a constaté le juge de première instance, au par. 112 de son jugement:

[TRADUCTION] Souvent, les décisions ne sont pas prises dans le délai prescrit par la loi. Les demandeurs ont fait état de nombreux cas où le délai de trente jours entre la retenue des marchandises et leur classement en vertu de l’art. 58 avait été dépassé. De plus, ils ont mentionné nombre de cas où une date de déclaration inexacte avait été inscrite sur le formulaire K27, de sorte qu’il était impossible de déterminer si le délai de trente jours avait été respecté.

Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l’al. 164(1)*j*) ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes. En l’absence de telles mesures de l’administration, si la Couronne était poursuivie pour retenue illicite de matériel importé et condamnée à verser une indemnité

have a salutary effect in keeping Customs focussed on the deadlines imposed by Parliament.

(d) Delays in the Internal Review and Reconsideration Process

Once a classification has been made, an importer who disagrees with the classification has 90 days to appeal the “determination” to a designated officer “in the prescribed manner and in the prescribed form”. Section 60(3) requires the designated official to “re-determine” the tariff classification “with all due dispatch”. The evidence is that “all due dispatch” was loosely interpreted in the case of the appellants’ shipments. On this point the trial judge found (at para. 113):

Re-determinations requested by Little Sisters under s. 60 were completed in times ranging from ten days to three and one-half months. It was conceded by Customs’ witnesses at trial that the reviewing officer could not have read the books in question in some instances within the time it took to give the decision.

Parliament’s direction that the re-determination be made with “all due dispatch” must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. (Under the terms of the subsequent *Customs Act* amendments, the determination must be made by or at the time of accounting, which equally contemplates a speedy procedure.) If Customs fails to make a re-determination within the allotted time, an importer may apply for an order of *mandamus*, with costs, to require that Customs reach a decision one way or the other.

Following the re-determination, a disappointed importer can make a further appeal to the Deputy Minister or his designate under s. 63 of the Act. This level of review allows the department at a senior level the opportunity to reverse the earlier determination of the imported material as obscene unless the Deputy Minister or his designate is pre-

importante, cela aurait probablement l’effet bénéfique de rappeler aux Douanes de tenir compte des délais imposés par le Parlement.

d) Les délais dans le processus interne de révision et réexamen

Une fois le classement effectué, l’importateur qui est en désaccord avec la décision a 90 jours pour en appeler à un agent désigné «selon les modalités réglementaires ainsi qu’en la forme [...] déterminé[e]». Conformément au par. 60(3), l’agent désigné «procède [...] à la révision» du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La preuve indique que l’expression «les meilleurs délais» a été interprétée de façon peu rigoureuse dans le cas des envois destinés aux appelants. Voici les constatations du juge de première instance sur cette question (au par. 113):

[TRADUCTION] Les révisions demandées par Little Sisters en vertu de l’art. 60 ont été effectuées dans des délais allant de dix jours à trois mois et demi. Des témoins des Douanes au procès ont concédé que, dans certains cas, il était impossible que l’agent de révision ait pu lire les livres en question à l’intérieur du délai dans lequel il avait pris la décision.

Il faut donner un sens à l’ordre du Parlement de procéder à la révision dans «les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n’y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. (En vertu des modifications apportées subséquentement à la *Loi sur les douanes*, qui prévoient également une procédure rapide, la décision doit être prise au plus tard au moment de la déclaration en détail des marchandises importées.) Si les Douanes ne procèdent pas à la révision dans le délai alloué, l’importateur peut et demander une ordonnance de *mandamus* en vue d’obliger les Douanes à rendre une décision dans un sens ou l’autre, et solliciter les dépens.

À la suite de la révision, l’importateur déçu peut, en vertu de l’art. 63 de la Loi, interjeter un appel supplémentaire, cette fois au sous-ministre ou à la personne désignée par celui-ci. Cette étape de révision permet l’annulation, à un niveau hiérarchique supérieur au sein du ministère, de la décision ayant déclaré obscène le matériel importé,

91

92

93

pared to go to court to defend the prohibition. Once again, the decision is to be made “with all due dispatch”. Parliament’s intention seems clearly to be to hurry the process along, and there is no reason to expect “all due dispatch” at this second stage of re-determination will exceed 30 days either. The fact Parliament eliminated the middle stage of the process after the trial seems to confirm its desire for a streamlined decision-making process within the department.

94

The trial judge found (at para. 113) that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act. It must be remembered that these stages of administrative re-determination are internal procedures with no opportunity given to the importer to be heard or to adduce evidence. They were put in place, as Minister George Nowlan told the House of Commons, to deal with “cabbages and cucumbers” (see para. 15, *supra*). They are not in any sense “hearings” on the merits. Their purpose is to afford the departmental hierarchy the opportunity to reverse a first stage determination if it is not prepared to defend it. “[A]ll due dispatch” means that now, after the recent amendment, an importer should have a final departmental decision within 30 days after it seeks a review of the initial determination that Customs “deems” the imported publication to be obscene. This compares favourably with the 60-day limit stipulated in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), referred to by Iacobucci J. at para. 241.

(e) The Desirability of a Specialized Tribunal

95

The appellants argue that controversies involving freedom of expression and equality rights ought not to be left in the hands of the usual bureaucratic decision-making machinery. They point to the establishment in South Africa of the

sauf si le sous-ministre ou son délégué est prêt à défendre le bien-fondé de la prohibition devant les tribunaux. À cette étape également, la décision doit être rendue «dans les meilleurs délais». Le Parlement semble clairement vouloir accélérer le processus, et là aussi rien ne donne à penser que, à ce deuxième niveau de révision, l’expression dans «les meilleurs délais» veut dire plus de 30 jours. Le fait que, après le procès, le Parlement ait éliminé l’étape intermédiaire du processus semble confirmer son désir de rationaliser le processus de prise de décision au sein du ministère.

Le juge de première instance a constaté (au par. 113) que certaines demandes de révision présentées en vertu de l’art. 63 avaient pris plus d’un an à être tranchées. Un tel délai n’est pas conforme à la Loi. Il faut se rappeler que ces niveaux de révision administrative sont des procédures internes dans le cadre desquelles l’importateur n’a pas la possibilité de se faire entendre ou de présenter des éléments de preuve. Comme a dit le ministre George Nowlan à la Chambre des communes, ces procédures ont été mises en place pour statuer sur [TRADUCTION] «les choux et les concombres» (voir le par. 15 des présents motifs). Elles ne constituent aucunement des «audiences» sur le fond. Leur objet est de fournir aux autorités supérieures du ministère la possibilité d’annuler une décision initiale si elles ne sont pas prêtes à la défendre. L’expression dans «les meilleurs délais» signifie que désormais, par suite des récentes modifications, l’importateur devrait connaître la décision finale de l’administration dans les 30 jours de sa demande de révision de la décision initiale selon laquelle la publication importée est «réputée» obscène par les Douanes. Ce délai se compare avantageusement au délai de 60 jours prescrit dans l’arrêt *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), mentionné par le juge Iacobucci au par. 241.

e) L’opportunité d’établir un tribunal spécialisé

Les appellants prétendent que les différends mettant en jeu la liberté d’expression et les droits à l’égalité ne devraient pas relever du processus décisionnel bureaucratique habituel. Ils soulignent la création, en Afrique du Sud, de l’Indecent Publi-

Indecent Publications Tribunal, now replaced by the Office of Film and Literature Classification and the Publications Appeal Board, and the Office of Film and Literature Classification in Australia. The creation of such bodies reflects the importance properly attached to expressive material and seems to allow for a speedier and more specialized process to deal with subject matter which our Customs department has found it very difficult to deal with. However, while such a body may find favour with Parliament at some stage, the present policy is to utilize the ordinary public service and the courts and there is nothing unconstitutional about the absence of a specialized tribunal from the statutory scheme.

(f) The Attack on Book Banning

The evidence is that Customs officials failed in general to deal properly with books. Few, if any, were read in their entirety. The usual procedure was for a Customs official to thumb through the pages of a book and as soon as three passages replicating material considered to be obscene under Memorandum D9-1-1 were identified in the text the book was deemed obscene and prohibited. The procedure would be clearly inadequate in all but the most egregious cases. No attempt was made to gain an impression of the book as a whole on which "artistic merit" *could* be assessed.

(g) Onus of Proof of Obscenity

The constitutional question challenges the validity of s. 71 of the *Customs Act*, on which the re-determination and court proceedings are based. In part, the challenge relies on the "reverse onus" provision applied in such proceedings by virtue of s. 152(3) of the *Customs Act*, as explained in oral argument by counsel for the appellants:

We challenge the entire scheme, not just the power of the Customs officer at the front line to do that detention and prohibition, but the scheme insofar as it puts the onus on the importer, whether the importer is a book-

cations Tribunal, qui a été remplacé par l'Office of Film and Literature Classification et le Publications Appeal Board, ainsi que l'établissement, en Australie, de l'Office of Film and Literature Classification. La création de ces organismes témoigne de l'importance qui est à juste titre accordée au matériel expressif, et elle semble permettre un traitement plus rapide, par des gens plus spécialisés, de questions que nos autorités douanières trouvent très difficiles. Toutefois, bien qu'il soit possible que le Parlement décide éventuellement de créer un tel organisme, pour l'instant la politique consiste à faire appel à des fonctionnaires spécialisés et aux tribunaux, et le fait que le régime établi par la loi ne comporte aucun tribunal spécialisé n'a rien d'inconstitutionnel.

(f) La contestation de prohibitions prononcées à l'égard des livres

Il ressort de la preuve que les fonctionnaires des douanes ont été en général incapables de bien évaluer les livres. Peu sinon aucun des livres ont été lus en entier. Selon la procédure habituellement suivie, l'agent feuilletait le livre et, dès que trois passages correspondant à du matériel considéré obscène au regard du Mémorandum D9-1-1 étaient repérés dans le texte, le livre était réputé obscène et prohibé. Cette procédure est clairement inadéquate sauf dans les cas d'obscénité les plus flagrants. Aucun effort n'était fait pour dégager du livre dans son ensemble une impression *permettant* d'en apprécier «la valeur artistique».

(g) La charge de la preuve de l'obscénité

La question constitutionnelle met en cause la validité de l'art. 71 de la *Loi sur les douanes*, sur lequel la procédure de révision et les procédures judiciaires sont fondées. Les appelants appuient en partie leur contestation sur la disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui s'applique à ces procédures en vertu du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, comme l'a expliqué leur avocat dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Nous contestons l'ensemble du régime, et non pas seulement le pouvoir des agents des douanes au point d'entrée de procéder à la retenue et à la prohibition, mais bien le régime qui, dans la mesure où il

store or a regular individual to seek a redetermination, or review, or appeal, would have you through a byzantine bureaucratic process and ultimately to the Courts in order to prove that the material is not obscene. [Emphasis added.]

98

Section 152(3) is not specific to obscenity or even to prohibited goods generally, but applies to “any proceeding under this Act”, including the appeals process authorized by s. 71. Section 152(3) directs the decision-maker to assume that Customs officials are right unless and until the importer proves them to be wrong. It provides:

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

. . . .

(d) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

99

The appellants did not directly impugn the constitutionality of the reverse onus provision in their application to state the constitutional questions, presumably because they intended to rely on its continued validity as a lever to overturn the rest of the Customs legislation in relation to expressive materials. In my view, however, the appellants’ attack on s. 71 and the procedures it authorizes is inextricably bound up with the reverse onus provision, and the Court is not bound to accept the application of the latter as valid when considering the constitutionality of the former. The constitutional question in relation to s. 71 encompasses both aspects of the appellants’ argument.

impose à l’importateur (qu’il s’agisse d’une librairie ou d’un simple citoyen) l’obligation de se pourvoir en révision, en réexamen ou en appel, l’oblige à se soumettre à un processus bureaucratique compliqué et, en bout de ligne, à faire appel aux tribunaux s’il veut prouver que le matériel n’est pas obscène. [Je souligne.]

Le paragraphe 152(3) ne vise pas spécifiquement les affaires d’obscénité ni même les marchandises prohibées en général, mais il s’applique plutôt à «toute procédure engagée sous le régime de la présente loi», y compris la procédure d’appel prévue par l’art. 71. Conformément au par. 152(3), le décideur doit supposer que les fonctionnaires des douanes ont raison, jusqu’à preuve du contraire par l’importateur. Voici les passages pertinents de ce paragraphe:

152. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l’autre partie à la procédure ou à l’inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

. . . .

d) à l’observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

Les appelants n’ont pas attaqué directement la constitutionnalité de la disposition portant inversion de la charge de la preuve dans leur demande de formulation des questions constitutionnelles, vraisemblablement parce qu’ils avaient l’intention d’invoquer sa validité pour faire invalider les autres dispositions de la législation douanière relatives au matériel expressif. À mon avis, toutefois, la contestation par les appelants de l’art. 71 et des procédures qu’il autorise est inextricablement liée à la disposition portant inversion de la charge de la preuve, et notre Cour n’est pas obligée de sanctionner l’application de cette dernière disposition lorsqu’elle examine la constitutionnalité de la première. La question constitutionnelle relative à l’art. 71 englobe les deux aspects de l’argument des appelants.

The first step is to identify which of the various remedies afforded by s. 71 attract the s. 152(3) onus. Where applicable, it would put on the importer the burden of establishing a negative, i.e., that the expressive material is more likely than not to be non-obscene.

The word “proceeding” is of course apt to apply to any court action that may follow an in-house Customs determination. In my view, however, the provision cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. Otherwise entry of expressive materials could be denied by reason of the onus even where the standard of obscenity is not met, as for example, where an importer lacks the resources or the stamina to contest an initial determination. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial. It is not open to the state to put the onus on an individual to show why he or she should be allowed to exercise a *Charter* right. It is for the state to establish that a limitation on the *Charter* right is justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, *per* Dickson C.J., at pp. 136-37: “The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation.”

As to the obscenity determination at the departmental level, I do not think s. 152(3) applies at all. The Crown does not contend that all expressive material entering Canada is presumptively obscene until shown to be otherwise. The earliest the reverse onus *could* apply with any logic is in the re-determination, but at that stage the importer is given neither sufficient notice nor a sufficient opportunity to be heard to discharge the onus. The reality is that once the front-line officer has made the initial determination that he or she considers the publication to be obscene, the question for the

La première étape consiste à déterminer auxquels des recours prévus par l’art. 71 s’applique la charge de la preuve établie par le par. 152(3). Lorsque ce paragraphe s’applique, il impose à l’importateur la charge de faire une preuve par la négative, soit de démontrer que le matériel expressif est vraisemblablement non obscène.

Le mot «procédure» peut certes s’appliquer à toute poursuite judiciaire faisant suite à une décision interne des Douanes. À mon avis, toutefois, cette disposition ne saurait constitutionnellement imposer à l’importateur la charge de prouver l’absence d’obscénité. S’il en était autrement, l’entrée de matériel expressif pourrait être refusée du seul fait de l’existence de cette charge de la preuve, même lorsque la norme relative à l’obscénité n’est pas respectée, dans les cas où, par exemple, l’importateur n’a pas les ressources ou l’endurance nécessaires pour contester la décision initiale. La *Charte* garantit à l’importateur le droit de recevoir le matériel expressif à moins que l’État ne puisse justifier son refus de le laisser entrer. Il n’est pas loisible à l’État d’imposer à un individu l’obligation de démontrer pourquoi il devrait être autorisé à exercer un droit que lui garantit la *Charte*. Il incombe à l’État d’établir qu’une restriction à un droit prévu par la *Charte* est justifiée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson, aux pp. 136 et 137: «La charge de prouver qu’une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction.»

Pour ce qui est de la décision relative à l’obscénité prise par le ministère, j’estime que le par. 152(3) ne s’applique pas du tout. La Couronne ne prétend pas que tout le matériel expressif qui entre au Canada est présumé obscène jusqu’à preuve du contraire. Le moment le plus hâtif auquel l’inversion de la charge de la preuve *pourrait* logiquement s’appliquer est l’étape de la révision, mais à cette étape l’importateur ne se voit donner ni un préavis suffisant ni la possibilité de se faire entendre pour s’acquitter de cette charge de la preuve. En réalité, une fois que l’agent à la fron-

100

101

102

Deputy Minister or designate on the re-determination is whether the Department is ready, willing and able, if required, to establish in court that the detained material is obscene.

tière a rendu la décision initiale déclarant la publication obscène, la question à laquelle doivent répondre le sous-ministre ou son délégué en cas de révision est celle de savoir si le ministère est non seulement disposé, au besoin, à aller devant les tribunaux pour plaider que le matériel retenu est obscène, mais également s'il est en mesure de faire cette preuve.

103 The Crown received notice in *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Gen. Div.) ("*Glad Day (No. 2)*") that s. 152(3) could not reverse the onus of proof on the obscenity issue onto the importer, and in this Court the Crown tried neither to defend the application of s. 152(3) to obscenity nor to advance any s. 1 justification. These concessions were, I believe, quite correct.

Dans *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Div. gén.) («*Glad Day (No. 2)*»), la Couronne a été avisée que le par. 152(3) ne pouvait pas déplacer sur les épaules de l'importateur la charge de la preuve en ce qui concerne l'obscénité, et, devant notre Cour, la Couronne n'a pas tenté de défendre l'application du par. 152(3) aux affaires d'obscénité ni de faire valoir des justifications au sens de l'article premier. Ces concessions étaient, selon moi, parfaitement justifiées.

104 In *Glad Day (No. 2)*, Hayes J. went on to rule that not only did the Crown carry the burden of proof but it must establish obscenity to the criminal standard. This goes too far. Although the *Customs Tariff* incorporates by reference the *Criminal Code* definition of obscenity, it does so into a civil proceeding which generally requires proof only on a balance of probabilities. The incorporation was made in response to *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise, supra*, which held that the prohibition of "immoral" and "indecent" materials in earlier Customs legislation was so vague as to be an unreasonable limit on s. 2(b) and to that extent was of no force or effect. We are dealing with the imposition in civil proceedings of a limitation on freedom of expression, and the imposition on the Crown of a civil standard of proof is consistent with the usual *Charter*

Dans *Glad Day (No. 2)*, le juge Hayes a ensuite conclu non seulement que le fardeau de la preuve incombait à la Couronne, mais également que celle-ci devait prouver l'obscénité selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Cette conclusion va trop loin. Bien que le *Tarif des douanes* incorpore par renvoi la définition d'obscénité du *Code criminel*, il le fait dans le cadre d'une instance civile, où la norme généralement applicable est la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'incorporation de la définition a fait suite à l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, précité, dans lequel il a été jugé qu'une disposition législative douanière antérieure prohibant l'importation de matériel «immoral» et «indécent» était si imprécise qu'elle ne constituait pas une limite raisonnable des droits garantis par l'al. 2b) et que, dans cette mesure, elle était inopérante. Nous sommes en présence, dans le cadre de procédures civiles, d'une restriction à la liberté d'expression, et le fait d'imposer à la Couronne le respect de la norme de preuve en matière civile est conforme à l'exigence habituellement applicable dans les affaires touchant la *Charte* et selon laquelle la Couronne est unique-

requirement that the Crown need only justify an infringement to the civil standard.

As mentioned, s. 152(3) is not restricted to obscenity but has a broad application across the whole Customs process. It may be appropriate when dealing with imports of materials that ordinarily would not have much constitutional sensitivity (such as Minister Nowlan's "cabbages and cucumbers") to put the onus on the importer at the court level to show that the Customs official has made an erroneous tariff classification. What may work as a general rule in circumstances where Customs procedures are not limited by constitutional rights does not, however, work in relation to constitutionally protected expressive materials. In these circumstances, however, the proper order should be limited to the matters pertinent to the disposition of this appeal. I would therefore declare that s. 152(3) is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

(h) Appeal to the Courts

The initial appeal is to the superior court of the province in which the seizure occurred (ss. 67, 71) together with an appeal on a question of law to the Federal Court of Canada (s. 68).

In my view a court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted

ment tenue de justifier l'atteinte suivant cette même norme.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 152(3) n'est pas restreint aux affaires d'obscénité, mais il a une large application dans l'ensemble du processus douanier. En matière d'importations de matériel qui ne soulève généralement pas de questions délicates sur le plan constitutionnel (par exemple «les choux et les concombres» du ministre Nowlan), il pourrait être approprié, devant les tribunaux, d'imposer à l'importateur l'obligation de prouver que les fonctionnaires ont effectué un classement tarifaire erroné. Ce qui peut fonctionner en tant que règle générale dans les cas où les procédures douanières ne sont pas subordonnées au respect de droits constitutionnels ne fonctionne toutefois pas dans le cas de matériel expressif protégé par la Constitution. Dans les circonstances actuelles, cependant, l'ordonnance appropriée devrait se limiter aux questions pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Je suis donc d'avis de déclarer que le par. 152(3) ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises *ne* sont *pas* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

h) Les appels interjetés devant les tribunaux judiciaires

L'appel initial est interjeté auprès de la cour supérieure de la province où la saisie a eu lieu (art. 67 et 71) et la décision de cette cour est susceptible d'appel devant la Cour fédérale du Canada sur une question de droit (art. 68).

À mon avis, un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les

105

106

107

as an appeal by way of a trial *de novo*. It is true that the importer is put to the trouble and expense of a defence to the obscenity issue, and that the Minister need only meet the civil burden of proof. These disadvantages are inherent in any civil litigation to vindicate rights. If the Crown loses the obscenity issue a civil court will normally — whereas the criminal court will normally not — award costs. If the court is of the view that in a particular case Customs officials have acted oppressively, costs can be awarded on a more generous scale.

G. The Appellants' Claim that the Legislation Is Unconstitutionally Discriminatory Against the Gay and Lesbian Community

108 In addition to their free speech attack on the machinery of the Customs legislation, the individual appellants invoked their equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Their position is that the Customs legislation itself is the source of violations of s. 15(1) as well as s. 2(b) of the *Charter*, and they claim that they are entitled to a s. 52 nullification remedy based as much on infringement of their equality rights as on a denial of their right of free expression. It is therefore convenient, before addressing the *Morgentaler* issue, to determine whether their equality rights have been infringed and if so whether the source of the problem is the Customs legislation itself, as the appellants contend, or whether the problem described by the trial judge resulted from the unconstitutional conduct of Customs officials exercising powers under constitutional legislation.

109 The appellants argue that the legislative scheme operates with disproportionate and discriminatory effects on the gay and lesbian community and therefore contravenes s. 15(1) and is to that extent null and void.

appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*. Il est vrai que l'importateur subit les inconvénients et les frais découlant de l'obligation de se défendre sur la question de l'obscénité et que le ministre n'a qu'à satisfaire au fardeau de la preuve applicable en matière civile. Ces désavantages sont inhérents à tout litige civil intenté en vue de faire valoir des droits. Si la Couronne perd sur la question de l'obscénité, les tribunaux civils accordent généralement les dépens, ce que ne font pas les tribunaux criminels. Si, dans une affaire donnée, le tribunal est d'avis que les fonctionnaires des douanes ont agi de façon abusive, il peut accorder une somme plus généreuse au titre des dépens.

G. La prétention des appelants selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles parce que discriminatoires envers la communauté gaie et lesbienne

En plus de leur contestation, sur le fondement de la liberté d'expression, du régime établi par la législation douanière, les personnes physiques appelantes ont invoqué les droits à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Ils plaident que la législation douanière elle-même est source de violations du par. 15(1) et de l'al. 2b) de la *Charte*, et qu'ils ont droit à une déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 en raison autant de l'atteinte à leurs droits à l'égalité que de la négation de leur droit à la liberté d'expression. Il convient donc, avant d'examiner la question de l'arrêt *Morgentaler*, de déterminer si les droits à l'égalité des appelants ont été violés et, dans l'affirmative, si la source du problème est la législation douanière elle-même, comme le prétendent les appelants, ou si le problème décrit par le juge de première instance a été le résultat de la conduite inconstitutionnelle des fonctionnaires des douanes dans l'exercice de pouvoirs fondés sur des dispositions législatives constitutionnellement valides.

Les appelants prétendent que le régime établi par la loi a des effets discriminatoires et disproportionnés sur la communauté gaie et lesbienne, qu'il contrevient donc au par. 15(1) et que, dans cette mesure, il est inopérant.

A number of recent decisions in this Court have emphasized a “purposive” interpretation of s. 15(1) equality rights: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; and *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37. These decisions were not available at the time this case was dealt with by the courts of British Columbia. It is now clearly established that the analysis proceeds in three stages with close regard to context. At the first stage the claimant must show that the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others with whom the claimant may fairly claim equality. The second stage requires the claimant to demonstrate that this differentiation is based on one or more of the enumerated or analogous grounds. The third stage requires the claimant to establish that the differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant’s human dignity. The “dignity” aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision. In *Law*, *supra*, the Court stated, at para. 51:

It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The trial judge made strong findings of fact in support of the appellants’ position, even though in the end he refused substantial relief on this ground.

Dans un certain nombre d’arrêts récents, notre Cour a souligné qu’il fallait donner une interprétation «téléologique» des droits à l’égalité garantis par le par. 15(1): *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; et *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37. Ces décisions n’avaient pas encore été rendues lorsque la présente affaire a été entendue par les tribunaux de la Colombie-Britannique. Il est maintenant clairement établi que l’analyse comporte trois étapes et qu’une grande attention est accordée au contexte. À la première étape, le demandeur doit démontrer que la loi, le programme ou l’activité a pour effet d’imposer une différence de traitement entre lui et d’autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l’égalité. À la deuxième étape, le demandeur doit établir que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou motifs analogues. À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L’aspect «dignité» du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l’objet de la disposition relative à l’égalité. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a dit ceci, au par. 51:

On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

Le juge de première instance a tiré de solides conclusions de fait en faveur de la position des appelants, même si, en bout de ligne, il a refusé d’accorder une réparation substantielle à l’égard de ce moyen.

(a) Stage One: Differential Treatment

112

The trial judge found that shipments to gay and lesbian bookstores were subjected to delays and seizures that were not only unjustified but were disproportional to their share of imported material (paras. 105 and 251); that the appellants had imported publications seized notwithstanding the identical publications were freely available at other bookstores and in the Vancouver Public Library; and that these problems of differential treatment were systemic (para. 250). The trial judge found that “much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene” (para. 223 (emphasis added)). I will not repeat the findings in these respects set out earlier in these reasons. Contrary to the conclusion of the trial judge, however, the appellants contend that the source of this adverse treatment lies in the Customs legislation itself.

113

The appellants were seen as key players in the lesbian and gay community in Vancouver, and were targeted because homosexuality was too often equated with obscenity. While homosexuals are said to form less than 10 per cent of the Canadian population, up to 75 per cent of the material from time to time detained and examined for obscenity was directed to homosexual audiences. (The percentage varied of course.) The proportion of erotica produced for homosexual audiences detained and examined by Customs was, the trial judge found, “a proportion far in excess of the relative size of the group” (para. 251). There was evidence on which these findings could be made.

114

The trial judge identified Customs’ relentless pursuit of depictions of anal sex in gay erotica as symptomatic of the Department’s misplaced zeal. It appears that the Department of Justice accepted as correct the view of Borins J. (as he then was) in *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154

a) Première étape: la différence de traitement

Le juge de première instance a constaté que les expéditions destinées aux librairies gaies et lesbiennes faisaient l’objet de retenues et de saisies qui étaient non seulement injustifiées, mais également disproportionnées au regard de leur part des importations de matériel (par. 105 et 251); que les appelants avaient importé des publications qui avaient été saisies, malgré le fait que ces mêmes publications soient vendues sans difficulté par d’autres librairies et disponibles à la bibliothèque publique de Vancouver; et que ces problèmes de différence de traitement étaient systémiques (par. 250). Le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] «[qu’]une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d’obscénité n’est pas, dans les faits, obscène» (par. 223 (je souligne)). Je ne répéterai pas les constatations énoncées précédemment à cet égard dans les présents motifs. Contrairement à la conclusion du juge de première instance, toutefois, les appelants affirment que la source de ce traitement préjudiciable réside dans la législation douanière elle-même.

Les appelants étaient considérés comme des acteurs clés au sein de la communauté gaie et lesbienne de Vancouver et ils ont été visés parce que l’homosexualité a été trop souvent assimilée à l’obscénité. Bien que les homosexuels constituent, dit-on, moins de 10 pour 100 de la population canadienne, jusqu’à 75 pour 100 du matériel retenu et contrôlé pour voir s’il est obscène était destiné à des publics homosexuels. (Il va de soi que ce pourcentage variait.) La proportion du matériel érotique produit pour des publics homosexuels qui a été retenu et contrôlé par les Douanes était, selon le juge de première instance, [TRADUCTION] «une proportion excédant de loin la taille relative du groupe» (par. 251). Ces constatations étaient étayées par la preuve.

Le juge de première instance a considéré que la recherche obstinée des représentations de relations sexuelles anales dans le matériel érotique gai menée par les Douanes est symptomatique du zèle déplacé manifesté par le ministère. Il semble que le ministère de la Justice ait considéré comme fon-

(Ont. Co. Ct.), quoted in 1985 by Wilson J. in *Towne Cinema, supra*, at p. 523, that the courts have taken the view that “[c]ontemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex” (p. 173 (emphasis added)). Despite this opinion of the Department of Justice, Customs officials continued to prohibit depictions of anal sex until Memorandum D9-1-1 was revised in September 1994 just prior to trial. The trial judge found (at para. 272) that Customs’ refusal to abide by the Justice opinion deprived the gay community

of representations of practices central to the values and culture of the minority group to which they belong. As well, as Professor Waugh pointed out, it constituted an embargo of “safe sex” guidelines within Canadian homosexual communities at a time, in the context of the AIDS epidemic, when such guidelines have been particularly important.

Significantly, the trial judge found that the failure of Customs to amend their manuals in this regard was no accident. He states (at para. 268):

The decision not to amend was one deliberately taken, and no satisfactory explanation was offered by the federal Crown for the fact that Customs continued to prohibit depictions of anal penetration in the face of the jurisprudence I have referred to and the opinions received from the Department of Justice.

Taking the evidence as a whole, it was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that

dée l’opinion du juge Borins (maintenant juge à la Cour d’appel) dans *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. cté Ont.), qui a été citée avec approbation par le juge Wilson, en 1985, dans l’arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 523, et selon laquelle les tribunaux ont jugé que [TRADUCTION] «[I]es normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d’orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilinctus et de sodomie» (p. 173 (je souligne)). Malgré l’avis exprimé par le ministère de la Justice, les fonctionnaires des douanes ont continué à prohiber les représentations de relations sexuelles anales jusqu’à la révision du Mémoire D9-1-1 en septembre 1994, tout juste avant le procès. Le juge de première instance a estimé (au par. 272) que le refus des Douanes de se conformer à l’avis du ministère de la Justice avait privé la communauté gaie

[TRADUCTION] de représentations de pratiques qui sont centrales aux valeurs et à la culture du groupe minoritaire auquel ils appartiennent. De même, comme l’a souligné le professeur Waugh, cela constituait un embargo sur les lignes directrices en matière de «pratiques sexuelles sans risque» au sein des communautés homosexuelles canadiennes à un moment où, dans le contexte de l’épidémie du SIDA, ces lignes directrices étaient particulièrement importantes.

Fait important, le juge de première instance a conclu que l’omission des autorités douanières de modifier leurs guides sur ce point n’était pas le fruit du hasard. Il a dit ceci (au par. 268):

[TRADUCTION] La décision de ne pas apporter de modification a été prise délibérément, et aucune explication satisfaisante n’a été fournie par la Couronne fédérale pour justifier le fait que les Douanes ont continué d’interdire les représentations de pénétration anale malgré la jurisprudence dont j’ai fait état et les avis reçus du ministère de la Justice.

Si on considère la preuve dans son ensemble, il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l’a fait, que les appellants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d’intérêt plus général

carried at least some of the same titles as Little Sisters.

(b) Stage Two: Enumerated and Analogous Grounds

117

The trial judge rejected the second stage of the appellants' analysis despite his view that the appellants had suffered adverse treatment because they were part of, and suppliers to, the lesbian and gay community. He concluded the differentiation was based on "real" characteristics and not the "stereotypical application of presumed group or personal characteristics". He thought it significant that both homosexuality and obscenity are defined in terms of sexual practices. He agreed that the differentiation was based on sexual orientation (second stage). He nevertheless found (at para. 135) no infringement because:

Since homosexuals are defined by their homosexuality and their art and literature is permeated with representations of their sexual practices, it is inevitable that they will be disproportionately affected by a law proscribing the proliferation of obscene sexual representations.

There was no evidence to support the linkage thus made between the frequency and scale of sexual representations and the quite different issue of obscenity. A flourishing of sexual expression may have no connection whatsoever with harm-based obscenity. The trial judge himself protested against the detention of a "disturbing amount of homosexual art and literature that is arguably not obscene" (para. 252). Nevertheless he concluded that much of the imported material could be seen as degrading and dehumanizing and therefore prohibited "because it is obscene, not because it is homosexual" (para. 136).

118

In my view, the issue of discrimination arises with regard to material that was not obscene but was nevertheless detained, damaged, misclassified

qui vendaient au moins certains des titres offerts par Little Sisters.

b) Deuxième étape: les motifs énumérés et analogues

Le juge de première instance a rejeté la deuxième étape de l'analyse des appelants, même s'il était d'avis que ceux-ci avaient subi un traitement préjudiciable du fait qu'ils appartenaient à la communauté gaie et lesbienne et qu'ils en étaient des fournisseurs. Il a estimé que la distinction était fondée sur des caractéristiques [TRADUCTION] «réelles» et non sur l'«application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Il a considéré important le fait que tant l'homosexualité que l'obscénité sont définies en fonction de pratiques sexuelles. Il a accepté que la distinction était fondée sur l'orientation sexuelle (deuxième étape). Il a néanmoins conclu (au par. 135) à l'absence d'atteinte pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Étant donné que les homosexuels sont définis par leur homosexualité et que leur art et leur littérature sont empreints de représentations de leurs pratiques sexuelles, il est inévitable qu'ils seront touchés de façon disproportionnée par une loi prohibant la prolifération de représentations sexuelles obscènes.

Il n'y avait aucune preuve appuyant l'existence du lien ainsi fait entre la fréquence et l'ampleur des représentations à caractère sexuel d'une part, et la question fort différente de l'obscénité d'autre part. Une abondance de représentations à caractère sexuel peut n'avoir aucun lien avec l'obscénité fondée sur le préjudice. Le juge de première instance lui-même a protesté contre la retenue d'un [TRADUCTION] «volume troublant d'art et de littérature homosexuels qui, on peut le prétendre, n'est pas obscène» (par. 252). Il a néanmoins jugé qu'une bonne partie du matériel importé pouvait être considéré dégradant et déshumanisant et en conséquence prohibé [TRADUCTION] «parce qu'[il] est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel» (par. 136).

Je suis d'avis que la question de la discrimination se pose à l'égard du matériel qui n'était pas obscène, mais qui a néanmoins été retenu, endom-

or without justification turned back at the border because it was destined for the gay and lesbian community. While sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics, as was held in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

(c) Stage Three: Discrimination

There is no need here to review at length the “[contextual] factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee” (*Law, supra*, at para. 62). The Court held in *Vriend, supra*, that the gay and lesbian community has historically been the victim of disadvantage, stereotyping, prejudice and vulnerability. As discussed earlier, the community standard of tolerance of harm is a broad church that embraces respect for minority expression. It is antithetical to the remedial reasons underlying adoption of the community standard to single out a particular minority as being less worthy than others of protection and respect.

The appellants claim that only 14 charges of obscenity were laid in four years in British Columbia while approximately 35,000 prohibitions were imposed by Customs in the same period. We do not know how many of these charges relate to material imported by, amongst others, the appellants, or how many of the 14 charges (if any) resulted in convictions. Targeting is not necessarily unconstitutional. The Customs Department is obliged to use its limited resources in the most cost-effective way. This might include targeting shipments that, on the basis of experience or other information, are more likely than others to contain prohibited goods. The evidence here, however, did not justify the targeting of Little Sisters and the three other lesbian and gay bookstores. The Crown did not suggest that so-called XXX sex shops that specialize in hard core heterosexual material were

magé, mal classifié ou refusé sans justification à la frontière parce qu’il était destiné à la communauté gaie et lesbienne. Quoique l’orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l’art. 15 de la *Charte*, il s’agit clairement d’un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées, comme il a été jugé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

c) Troisième étape: la discrimination

Il n’est pas nécessaire en l’espèce d’examiner en profondeur les «facteurs [contextuels] sur lesquels peut s’appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d’égalité de la *Charte*» (*Law, précité*, au par. 62). Dans l’arrêt *Vriend, précité*, notre Cour a jugé que la communauté gaie et lesbienne a traditionnellement fait l’objet de désavantages, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité. Comme il a été expliqué précédemment, la norme sociale de tolérance au préjudice a un large champ d’application, qui englobe le respect de la liberté d’expression des minorités. Le fait de considérer une minorité donnée comme étant moins digne de protection et de respect que les autres est antithétique aux justifications réparatoires qui sont à la base de l’adoption de la norme sociale.

Les appelants avancent que seulement 14 accusations d’obscénité ont été portées en quatre ans en Colombie-Britannique alors qu’environ 35 000 prohibitions ont été prononcées par les Douanes durant la même période. Nous ne savons pas combien de ces accusations ont trait à du matériel importé par les appelants notamment, ni combien (s’il en est) des 14 accusations ont donné lieu à des déclarations de culpabilité. Le ciblage n’est pas nécessairement inconstitutionnel. Les autorités douanières sont obligées d’utiliser leurs ressources limitées de la façon la plus efficiente. Cela peut vouloir dire viser des envois qui, à la lumière de l’expérience ou d’autres renseignements, risquent davantage que d’autres de contenir des marchandises prohibées. En l’espèce, toutefois, la preuve ne justifiait pas que l’on prenne pour cibles Little Sisters et les trois autres librairies gaies et lesbiennes.

119

120

subject to such blanket surveillance, even though, unlike in the case of Little Sisters, little if any of their stock is found routinely on display in the Vancouver Public Library. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open Customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a heterosexual nature.

121 On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica).

122 As to the nature and importance of the interest affected, the trial judge himself concluded that access to homosexual erotica was central to gay and lesbian culture at para. 128:

Because sexual practices are so integral to homosexual culture, any law proscribing representations of sexual practices will necessarily affect homosexuals to a greater extent than it will other groups in society, to whom representations of sexual practices are much less significant and for whom such representations play a relatively marginal role in art and literature.

123 There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants and through them to Vancouver's gay and lesbian community violated the appellants' legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive

La Couronne n'a pas indiqué que des boutiques érotiques dites XXX se spécialisant dans le matériel hétérosexuel «*hard-core*» étaient soumises à la même surveillance généralisée même si, contrairement à Little Sisters, très peu sinon aucun des documents vendus par ces boutiques se trouvent généralement sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes important des publications comparables de nature hétérosexuelle.

De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien).

Quant à la nature et à l'importance du droit touché, le juge de première instance lui-même a estimé que l'accès au matériel érotique homosexuel était crucial pour la culture gaie et lesbienne, au par. 128:

[TRADUCTION] Parce que les pratiques sexuelles sont tellement fondamentales pour la culture homosexuelle, toute loi interdisant les représentations de pratiques sexuelles affectera nécessairement les homosexuels davantage que d'autres groupes de la société, pour qui les représentations de pratiques sexuelles revêtent beaucoup moins d'importance et jouent un rôle relativement marginal dans l'art et la littérature.

Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbi-

material which they had every right to import. When Customs officials prohibit and thereby censor lawful gay and lesbian erotica, they are making a statement about gay and lesbian culture, and the statement was reasonably interpreted by the appellants as demeaning gay and lesbian values. The message was that their concerns were less worthy of attention and respect than those of their heterosexual counterparts.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. Little Sisters was targeted because it was considered “different”. On a more general level, it seems to me fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants’ constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

That having been said, there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity, as already discussed, operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the Customs legislation.

H. *The Morgentaler Issue*

My colleague Iacobucci J. concludes that even if the existence of *some* type of border inspection or surveillance could be justified under s. 1 of the

traire et ont montré de l’indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu’ils avaient parfaitement le droit d’importer. Lorsque les fonctionnaires des douanes prohibent et de ce fait censurent du matériel érotique licite destiné aux gais et aux lesbiennes, ils se prononcent sur la culture gaie et lesbienne, et cette intervention a raisonnablement été interprétée par les appelants comme ayant pour effet de rabaisser les valeurs gais et lesbiennes. Le message était que les préoccupations des gais et des lesbiennes étaient moins dignes d’attention et de respect que celles de leurs homologues hétérosexuels.

Bien que, en l’espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d’autres groupes vulnérables pourraient également risquer d’être soumis à une censure exagérée. Little Sisters a été visée parce qu’elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu’une forme d’expression qui se manifeste librement à l’intérieur du pays puisse faire l’objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu’elle traverse une frontière internationale et qu’elle tombe ainsi sous l’autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d’expression ne s’arrête pas à la frontière.

Cela dit, il n’y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle. Comme il a été expliqué plus tôt, la définition de l’obscénité s’applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l’espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière.

H. *L’argument fondé sur l’arrêt Morgentaler*

Mon collègue le juge Iacobucci estime que, même si une *certaine* forme d’inspection ou de surveillance frontalière pouvait être justifiée au

124

125

126

Charter, this particular scheme fails the minimal impairment test because what Parliament has enacted is inherently and inevitably violative of rights of free expression.

127 In reaching this conclusion, Iacobucci J. relies on some of the things that Parliament *could* have said but does *not* say, and on this basis cites certain pronouncements in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain* to find the Customs legislation unconstitutional. I do not disagree with what is said in those cases but, with respect, I do not find the legislation in this case to be comparable to the legislation at issue in those cases.

128 In *Morgentaler*, the unconstitutionally cumbersome procedures governing therapeutic abortion committees were spelled out in s. 251 of the *Criminal Code*. The legislative scheme itself was held to be unworkable. The problem resided in what was laid down by Parliament itself in the *Criminal Code*, not with what was *not* laid down. The procedures enacted by Parliament itself were the root cause of the *Charter* violations, *per* Dickson C.J., at p. 62:

It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself.

. . .

Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. [Emphasis in original.]

The problem was located in s. 251 of the *Code*. It therefore had to be addressed at the legislative level. There is no equivalent in this case to the cumbersome statutory procedures imposed on therapeutic abortion committees by s. 251. It is true

regard de l'article premier de la *Charte*, le régime en cause ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, car les dispositions édictées par le Parlement portent inévitablement et intrinsèquement atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Le juge Iacobucci tire cette conclusion en invoquant certains éléments qui *auraient pu* faire partie de la législation douanière mais *ne sont pas* prévus par celle-ci, et sur cette base il cite certains énoncés faits dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain* et conclut à l'inconstitutionnalité de la législation douanière. Je ne suis pas en désaccord avec ce qui est dit dans ces arrêts, mais, en toute déférence, je ne considère pas que les dispositions législatives litigieuses en l'espèce soient comparables à celles qui étaient en cause dans ces arrêts.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, la procédure inconstitutionnellement lourde qui régissait les comités de l'avortement thérapeutique était prévue par l'art. 251 du *Code criminel*. Le régime législatif lui-même a été jugé impossible à appliquer. Le problème résidait dans ce que le Parlement lui-même avait prévu dans le *Code criminel*, plutôt que dans ce qu'il *n'y* avait *pas* prévu. La procédure édictée par le Parlement lui-même constituait la cause fondamentale des atteintes à la *Charte*, le juge en chef Dickson, à la p. 62:

Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même.

. . .

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. [Souligné dans l'original.]

Le problème résidait dans l'art. 251 du *Code*. Il devait par conséquent être réglé au niveau législatif. Il n'y a en l'espèce rien d'équivalent aux lourdes procédures qui étaient imposées aux comités de l'avortement thérapeutique par

that at p. 68 Dickson C.J. also referred to the “further flaw” that Parliament had failed to provide in s. 251 “an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted”. In this case, the appropriate legal standard is supplied by the incorporation by reference of s. 163(8) of the *Criminal Code*, as Iacobucci J. concedes in para. 225.

In *Hunter v. Southam*, s. 10(3) of the *Combines Investigation Act* purported to permit a member of the Restrictive Trade Practices Commission to authorize a search and seizure. The Court held (at p. 164) that a condition precedent to a valid search was the requirement of an authorization — in advance where feasible — by an *impartial* arbiter. Parliament had vested members of the Restrictive Trade Practices Commission with investigatory functions. They were therefore not impartial in the matter of searches. The Act thus purported to confer on the members a power that could not constitutionally be granted to them, and nothing that they could do under the Act was capable of curing the statute’s wrongful attribution.

Dickson J. went on to consider the government’s alternative argument, at p. 168:

... that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. [Emphasis added.]

It was in this context that Dickson J. observed at p. 169:

It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In the case of Customs prohibitions, as stated, the “standard” or legal threshold to lawful state inter-

l’art. 251. Il est vrai que, à la p. 68, le juge en chef Dickson a également fait état de l’«autre faiblesse», à savoir le fait que le Parlement n’avait pas énoncé, à l’art. 251, de «norme adéquate à laquelle les comités de l’avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu’ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé». En l’espèce, la norme légale appropriée est fournie au moyen de l’incorporation par renvoi du par. 163(8) du *Code criminel*, comme le concède le juge Iacobucci, au par. 225 de ses motifs.

Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, le par. 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avait pour objet d’habiliter les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies. La Cour a jugé (à la p. 164) qu’une condition préalable à la validité d’une fouille ou d’une perquisition était l’obligation d’obtenir — à l’avance si possible — une autorisation à cet effet d’un arbitre *impartial*. Le Parlement avait investi les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce de pouvoirs d’enquêtes. Ceux-ci n’étaient donc pas impartiaux en matière de fouilles et de perquisitions. La Loi visait donc à donner à ces personnes un pouvoir qui ne pouvait constitutionnellement leur être accordé, et rien de ce qu’ils pouvaient faire en vertu de la Loi aurait pu permettre de corriger l’attribution erronée de pouvoirs prévue par le texte de la loi.

Le juge Dickson a examiné ensuite, à la p. 168, l’autre argument du gouvernement, selon lequel:

... même si les par. 10(1) et 10(3) n’établissent pas un critère compatible avec l’art. 8 lorsqu’il s’agit d’autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. [Je souligne.]

C’est dans ce contexte que le juge Dickson a fait l’observation suivante, à la p. 169:

Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Comme il a été expliqué plus tôt, dans le cas des prohibitions prononcées par les Douanes, le «cri-

129

130

vention is found in the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Criminal Code*. Section 163(8) is clearly specified in *Customs Tariff Code* 9956 (which my colleague would declare unconstitutional). Dickson J. did not go on to suggest, as does my colleague, that not only the standard but also the procedures attending its exercise must be spelled out in the legislation. If this is correct, there is a great deal of legislation governing *Charter*-sensitive conduct — by the police, for example — that is constitutionally deficient.

rière» ou seuil légal justifiant l'intervention de l'État réside dans la définition d'obscénité énoncée au par. 163(8) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) est clairement mentionné dans le code 9956 du *Tarif des douanes* (que mon collègue déclarerait inconstitutionnel). Le juge Dickson n'a pas été jusqu'à indiquer, comme le fait mon collègue, que non seulement le critère mais également les procédures relatives à son application doivent être exposés dans la législation. Si c'est le cas, il y a alors beaucoup de textes de loi régissant des activités délicates du point de vue de la *Charte* — exercées par les policiers par exemple — qui sont déficients sur le plan constitutionnel.

131 In *Bain, supra*, the accused challenged the lack of even-handedness in the selection process for a criminal jury. Parliament gave the Crown the ability to stand aside 48 prospective jurors and to challenge 4 jurors peremptorily. The accused in such case had but 12 peremptory challenges, a legislated advantage to the Crown of over 4 to 1. The Crown assured the court that its power would be exercised responsibly but the court considered that the discriminatory law could not be thus salvaged. *Bain* is the opposite of this case. There it was unsuccessfully argued that a discriminatory law was capable of implementation in a neutral fashion. Here the neutral law was found to have been implemented in a discriminatory fashion. The issues are different and the remedy is therefore not the same.

Dans l'affaire *Bain*, précitée, l'accusé contestait le manque d'équité du processus de sélection du jury dans les affaires criminelles. Le Parlement avait donné au ministère public le pouvoir d'écarter 48 candidats jurés et de récuser 4 jurés péremptoirement. Pour sa part, l'accusé n'avait droit qu'à 12 récusations péremptoires, un avantage de plus de 4 contre 1 accordé par la loi au ministère public. Le ministère public a assuré la cour qu'il exercerait son pouvoir de façon responsable, mais la cour a estimé que la validité des dispositions discriminatoires ne pouvait être sauvegardée de cette façon. L'affaire *Bain* est à l'opposé de la présente affaire. Dans *Bain*, on a prétendu sans succès que des dispositions discriminatoires pouvaient être appliquées de façon neutre. En l'espèce, il a été jugé que des dispositions neutres ont été mises en œuvre de manière discriminatoire. Les questions en litige sont différentes, de sorte que la réparation accordée ne sera pas la même.

132 The *Customs Act*, as is the case with most departmental legislation, is rather short on the detail of how the department is actually to be run. This is for good reason. Departmental priorities change and resources rise and fall in response to a moving government agenda. The Minister requires flexibility to determine how the departmental mandate is to be met.

Comme c'est le cas pour la plupart des lois créant un ministère, la *Loi sur les douanes* est plutôt laconique sur la façon dont celui-ci fonctionnera dans les faits. Il y a une bonne raison à cela. Les priorités du ministère changent et les ressources dont il dispose fluctuent au gré du programme du gouvernement. Le ministre a besoin de souplesse pour décider de quelle façon le ministère s'acquittera de sa mission.

133 A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well

Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'application de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au

established that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter* for the reasons articulated by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-11:

Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Where legislation cannot be so construed, as in *Hunter v. Southam, Morgentaler and Bain*, the infringing statutory measure of course must be justified. In this case, however, I think the Customs legislation is quite capable of being applied in a manner consistent with respect for *Charter* rights. I do not agree with my colleague's conclusion (at para. 204) that:

This Court's precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. [Emphasis in original.]

Free expression was at stake in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, yet the Court did not require Parliament to amend the *Canada Labour Code*. The Court ruled only that an adjudicator appointed under the *Code* must exercise his or her discretion in accordance with the *Charter*. As Lamer J. (as he then was) stated at p. 1078: "Legislation conferring an imprecise dis-

ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte* pour les raisons énoncées par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 34-11:

[TRADUCTION] Un acte accompli en vertu d'une autorisation du législateur n'est valide que s'il respecte les limites de cette autorisation. Étant donné que ni le Parlement ni les législatures ne peuvent eux-mêmes voter des lois contraires à la *Charte*, ils ne peuvent pas autoriser un acte qui contreviendrait à la *Charte*. Par conséquent, les limites imposées à l'autorisation du législateur par la *Charte* descendent le long de la chaîne hiérarchique des autorisations du législateur et s'appliquent aux règlements proprement dits, aux règlements administratifs, aux décrets, aux arrêtés, aux ordonnances, aux décisions ainsi qu'à tout autre acte (législatif, administratif ou judiciaire) dont la validité dépend de l'autorisation donnée par le législateur.

Lorsque le texte de loi ne peut être interprété de la sorte, comme c'était le cas dans *Hunter c. Southam, Morgentaler et Bain*, la mesure législative attentatoire doit évidemment être justifiée. En l'espèce, toutefois, j'estime que la législation douanière peut très bien être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Je ne suis pas d'accord avec la conclusion suivante exprimée par mon collègue, au par. 204 de ses motifs:

La jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. [Souligné dans l'original.]

Même si la liberté d'expression était en jeu dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour n'a cependant pas ordonné au Parlement de modifier le *Code canadien du travail*. Notre Cour a seulement jugé que les arbitres nommés en vertu du *Code* devaient exercer leur pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Comme l'a dit le juge Lamer (plus

cretion must therefore be interpreted as not allowing *Charter* rights to be infringed". See also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Cases dealing with *Charter* rights other than freedom of expression have been similarly disposed of. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, the Court reversed the Saskatchewan Court of Appeal and upheld as valid the broad discretion given to police officers under a power to fingerprint suspects, despite objections about potential abuse. The *Criminal Code* provides enormous discretion to government officials and the police in matters that directly affect *Charter* rights, yet as La Forest J. pointed out at p. 411:

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, [[1987] 2 S.C.R. 309], at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie, but no allegation of this kind has been made in the present case.

If Parliament is constitutionally able to confer broad powers on the police and Justice Department officials under the *Criminal Code* without establishing a specific institutional framework to deal with out-of-court *Charter*-sensitive activities, I fail to see how Parliament is nevertheless required to legislate special procedures to govern Customs officials.

In the case of the Customs legislation, Parliament contemplated that more detailed regulations may be necessary for the guidance of officials and

tard Juge en chef) à la p. 1078: «Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*». Voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Des affaires portant sur des droits garantis par la *Charte*, autres que la liberté d'expression, ont été décidées de la même manière. Dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et confirmé la validité du large pouvoir discrétionnaire conféré aux policiers relativement à la prise des empreintes digitales des suspects, malgré les objections fondées sur les risques d'abus qui ont été formulées. Le *Code criminel* donne aux fonctionnaires de l'État et aux policiers un pouvoir discrétionnaire énorme à l'égard de questions touchant directement les droits garantis par la *Charte* et pourtant, comme l'a souligné le juge La Forest, à la p. 411:

Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, [[1987] 2 R.C.S. 309], à la p. 348; voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, mais aucune allégation de ce genre n'a été faite en l'espèce.

Si la Constitution habilite le Parlement à accorder, dans le *Code criminel*, de vastes pouvoirs aux policiers et aux fonctionnaires du ministère de la Justice sans établir de cadre institutionnel précis à l'égard d'activités extrajudiciaires délicates du point de vue de la *Charte*, je ne vois pas pourquoi le Parlement serait par ailleurs tenu d'établir, par voie législative, des procédures spéciales pour régir les fonctionnaires des douanes.

Dans le cas de la législation douanière, le Parlement avait prévu que des dispositions réglementaires plus précises pourraient se révéler néces-

others. It provided in s. 164(1)(j) of the *Customs Act*, to repeat, that the Governor in Council “may make regulations . . . generally to carry out the purposes and provisions of this Act”. Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department’s treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis for attacking the validity of the statute that conferred it.

The specific provisions of the *Customs Act* relevant to the appellants are the tariff classification provision (s. 58) and the various rights to a redetermination (ss. 60, 63 and 71) and appeals to the courts (ss. 67 and 152). Parliament was entitled, I think, to expect that the Minister, with or without regulations under s. 164, would put in place the necessary detailed procedures, including procedures appropriate for processing constitutionally sensitive material.

The fact this issue arises in connection with the administration of a government department prompts two further comments. The first is that it is in the nature of government work that the power of the state is exercised and the *Charter* rights of the citizen may therefore be engaged. While there is evidence of actual abuse here, there is the *potential* for abuse in many areas, and a rule requiring Parliament to enact in each case special procedures for the protection of *Charter* rights would be unnecessarily rigid.

Secondly, the government needs neither a special statute nor special regulations to deal with its own employees. Customs officials are responsible to the Minister by virtue of their jobs. I have already held that *Customs Tariff Code 9956* creates a constitutionally valid standard. In the administration of the department the Minister may supple-

saies pour guider les fonctionnaires et autres intéressés. Comme il été dit plus tôt, le Parlement a précisé, à l’al. 164(1)(j) de la *Loi sur les douanes*, que le gouverneur en conseil «peut, par règlement [. . .] prendre toute mesure d’application de la présente loi». Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n’a pas été fait. Toutefois, le fait qu’un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l’a conféré.

Les dispositions particulières de la *Loi sur les douanes* qui concernent les appelants sont la disposition relative au classement tarifaire (art. 58) et celles établissant les divers droits de révision ou réexamen (art. 60, 63 et 71) ainsi que les droits d’appel aux tribunaux judiciaires (art. 67 et 152). J’estime que le Parlement pouvait supposer que le ministre mettrait en place, avec ou sans règlement pris en vertu de l’art. 164, les procédures détaillées nécessaires, y compris la procédure appropriée pour traiter le matériel délicat du point de vue constitutionnel.

Le fait que cette question se pose relativement à l’administration d’un ministère m’incite à faire deux autres observations. La première est qu’il est normal, de par la nature des activités de l’État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la *Charte* puissent en conséquence être touchés. Quoiqu’il y ait preuve d’abus réel en l’espèce, il y a *risque* d’abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la *Charte* serait inutilement rigide.

Deuxièmement, le gouvernement n’a pas besoin d’une loi ou d’un règlement spécial pour intervenir auprès de ses propres employés. Les fonctionnaires des douanes relèvent du ministre du fait de leur poste. J’ai conclu, plus tôt, que le code 9956 du *Tarif des douanes* créait une norme valide sur le plan constitutionnel. Dans le cours de l’administra-

136

137

138

ment by directive the provisions of the *Customs Act* for its implementation. The public service responds to ministerial direction with no less alacrity than it responds to statute or regulation. In short, an importer's rights may be protected in fact by statute, regulation, ministerial direction or even departmental practice. What is crucial, at the end of the day, is that *Charter* rights are in fact respected. The modalities for achieving that objective will vary with the context. There is nothing unconstitutional about the option selected by Parliament in this case.

139 All of this is to say that there are various methods to ensure respect by the public service for the *Charter* rights of importers. Each method has its advantages and disadvantages. The fact Parliament opted for the more flexible routes of delegated regulation and ministerial directive is not, I think, a reason to invalidate the legislation itself.

I. Section 1 Justification

140 As stated, the Crown fairly acknowledged from the outset that the *Customs Act* and *Customs Tariff* infringe the freedom of expression of individuals by imposing a barrier to the communication of expressive material. No matter how many (or how few) safeguards are built into the Customs legislation, this barrier will remain. It is inherent in any Customs scheme and the government must demonstrate that such a barrier is a reasonable limit.

141 It should be noted at the outset that the s. 15(1) infringements identified by the trial judge are incapable of s. 1 justification. Violative conduct by government officials that is not authorized by statute is not "prescribed by law" and cannot therefore be justified under s. 1. The equality rights issues therefore proceed directly to the remedy phase of the analysis. Limitations on free expression were, however, authorized by Parliament in the Customs

tion de son ministère, le ministre peut, au moyen de directives, compléter les dispositions de la *Loi sur les douanes* en vue de la mise en œuvre de celle-ci. La fonction publique ne réagit pas avec moins d'empressement aux directives du ministre qu'aux lois et aux règlements. Bref, les droits d'un importateur peuvent effectivement être protégés par une loi, un règlement, une directive du ministre ou même une pratique institutionnelle. Ce qui importe en bout de ligne, c'est que les droits garantis par la *Charte* soient respectés dans les faits. Les modalités permettant d'atteindre cet objectif varient selon le contexte. La solution retenue par le Parlement en l'espèce n'a rien d'inconstitutionnel.

Tout ce qui précède signifie simplement qu'il existe diverses méthodes permettant d'assurer le respect par la fonction publique des droits garantis par la *Charte* aux importateurs. Chaque méthode comporte ses avantages et ses inconvénients. Le fait que le Parlement ait opté pour des méthodes plus souples, soit la délégation d'un pouvoir de réglementation et la directive ministérielle, ne constitue pas, à mon sens, une raison d'invalider la législation elle-même.

I. La justification au regard de l'article premier

Comme il a été mentionné précédemment, la Couronne a à juste titre reconnu dès le départ que la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* portent atteinte à la liberté d'expression des individus en faisant obstacle à la communication de matériel expressif. Peu importe le nombre (petit ou grand) de protections incorporées dans la législation douanière, cet obstacle va rester. Il est inhérent à tout régime douanier, et le gouvernement doit démontrer qu'un tel obstacle est une limite raisonnable.

Il faut souligner au départ que les plaintes fondées sur le par. 15(1) mentionnées par le juge de première instance ne peuvent être justifiées au regard de l'article premier. Une conduite attentatoire par des fonctionnaires qui n'est pas autorisée par un texte de loi n'est pas «prescrite par une règle de droit» et ne saurait en conséquence être justifiée au regard de l'article premier. Pour ce qui est des questions touchant les droits à l'égalité, on

legislation, and on that branch of the appeal consideration must be given to whether a border inspection regime in which the government assumes the burden of proving obscenity on a balance of probabilities is a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

As already noted, the Crown did not attempt to justify the application of the s. 152(3) reverse onus provision to require an importer to establish non-obscenity.

In general terms, s. 1 of the *Charter* requires the government to establish that the limitation imposed on the exercise by the appellants of their *Charter* rights was undertaken pursuant to objectives that were pressing and substantial. Moreover, the measures sought to be justified must be shown to be proportionate to this objective, which is to say that they are rationally connected to the objective, minimally impair the *Charter* rights in question, and that a proper balance has been struck between the effects of the limiting measure and the deleterious effects of the limitations are outweighed by its salutary benefits: *Oakes, supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., supra*, at p. 878.

Freedom of expression is central to our identity as individuals and to our collective well-being as a society. Doubt about justification should be resolved in its favour.

(a) Prescribed by Law

I have already rejected, for the reasons given, the appellants' position that the *Butler* standard is so vague as not to be a limitation "prescribed by

passee donc directement à l'étape de l'analyse qui concerne la réparation. Les restrictions à la liberté d'expression ont toutefois été autorisées par le Parlement dans la législation douanière et, relativement à cet aspect du pourvoi, il faut se demander si un régime d'inspection frontalière où le gouvernement a la charge de prouver l'obscénité selon la prépondérance des probabilités constitue 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.

Comme il a été souligné plus tôt, la Couronne n'a pas tenté de justifier l'application de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, le par. 152(3), pour contraindre l'importateur à démontrer l'absence d'obscénité.

De façon générale, l'article premier de la *Charte* exige que le gouvernement établisse que la restriction à l'exercice par les appelants des droits que leur garantit la *Charte* était imposée pour des objectifs urgents et réels. Qui plus est, il doit être démontré que les mesures que l'on cherche à justifier sont proportionnelles à cet objectif, c'est-à-dire qu'elles ont un lien rationnel avec l'objectif, qu'elles ne portent atteinte que de façon minimale aux droits garantis par la *Charte* qui sont en cause et qu'un équilibre approprié a été établi entre les effets de la mesure restrictive et les mesures législatives. Enfin, il doit être démontré que les effets préjudiciables des restrictions sont moins grands que leurs effets bénéfiques: *Oakes, précité*; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Dagenais c. Société Radio-Canada, précité*, à la p. 878.

La liberté d'expression est au cœur de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression.

a) Prescrite par une règle de droit

J'ai déjà rejeté, pour les motifs exposés, la thèse des appelants selon laquelle la norme établie dans *Butler* est à ce point imprécise qu'elle ne constitue

142

143

144

145

law” within the meaning of s. 1 of the *Charter* when applied to gay and lesbian erotica.

146 Section 163 having been upheld in *Butler*, and the *Customs Tariff* having incorporated s. 163 and the related jurisprudence, it follows that the *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly “prescribed by law”. The appellants argued that a legal standard which may be intelligible to a judge in a criminal trial surrounded with all the appropriate procedural protections is not necessarily intelligible to a Customs official left to his or her own devices supplemented by Memorandum D9-1-1. I do not think “intelligibility” varies with the level of procedural sophistication. The standard set out in s. 163(8) of the *Criminal Code* either affords a reasonable guide to well-intentioned individuals seeking to keep themselves within the law or it does not. *Butler* held that it did. The standard is related to the community’s tolerance of harm. It is the severity of the potential consequences that requires a judge to preside over a criminal trial, not the intelligibility of the “community tolerance” standard.

(b) Pressing and Substantial Objective

147 Parliament’s legislative objective is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad. As in *Butler*, the ultimate objective was the avoidance of harm that Parliament had a reasonable apprehension would be caused by exposure to obscene material (*Butler, supra*, at p. 491). This is a valid objective.

(c) Proportionality

(i) *Rational Connection*

148 Canadian sovereignty includes the right to inspect and if considered appropriate to prohibit the entry of goods which Parliament, in the valid exercise of its criminal law power, has prohibited

pas une limite «prescrite par une règle de droit» au sens de l’article premier de la *Charte* lorsqu’elle est appliquée au matériel érotique gai et lesbien.

Puisque la constitutionnalité de l’art. 163 a été confirmée dans l’arrêt *Butler* et que cet article et la jurisprudence pertinente ont été incorporés dans le *Tarif des douanes*, il s’ensuit que la prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n’est pas nulle pour cause d’imprécision ou d’incertitude et qu’elle est donc valablement «prescrite par une règle de droit». Les appelants ont plaidé qu’une norme légale, qui peut être intelligible pour un juge présidant un procès criminel où s’appliquent toutes les garanties procédurales appropriées, ne l’est pas nécessairement pour un fonctionnaire des douanes abandonné à son sort avec le *Mémorandum D9-1-1*. Je ne crois pas que «l’intelligibilité» varie selon le degré de sophistication de la procédure. Ou bien la norme énoncée au par. 163(8) du *Code criminel* constitue un guide raisonnable pour des individus bien intentionnés qui désirent respecter la loi ou bien elle ne l’est pas. Dans l’arrêt *Butler*, il a été jugé qu’elle constituait un tel guide. La norme est liée à la tolérance de la société au préjudice. C’est la gravité des conséquences potentielles qui commande qu’un juge préside un procès criminel, non pas l’intelligibilité de la norme «de tolérance de la société».

b) Un objectif urgent et réel

L’objectif visé par la loi fédérale en cause est d’empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l’étranger. Tout comme dans *Butler*, l’objectif ultime visé en l’espèce était d’éviter le préjudice qui, craignait raisonnablement le Parlement, serait causé par l’exposition au matériel obscène (*Butler, précité*, à la p. 491). Il s’agit d’un objectif valable.

c) La proportionnalité

(i) *Le lien rationnel*

La souveraineté canadienne implique le droit d’inspecter et, si la chose est jugée appropriée, d’interdire l’entrée au pays des marchandises que le Parlement a prohibées dans l’exercice valide de

(*Simmons, supra*). Customs procedures are rationally connected to that objective.

(ii) *Minimal Impairment*

Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures. Unlike *Butler*, we are not dealing here with the denial of the expressive right but with a temporary delay in obtaining possession of lawful materials while the importation is being processed.

As stated, the Customs legislation outlines a skeletal scheme consisting of a border inspection, a classification procedure for tariff purposes, and a system of both internal and judicial appeals from a prohibition based on a finding of obscenity. The inspection and classification provisions are inherent in any border control, and are valid unless the appellants can establish a constitutional right to open borders, which they have not done. The re-determination and appeal provisions are inserted for the importer's benefit. It is difficult to envisage how the Crown could achieve its legitimate objective at the border, or be fair to the public interest expressed through the obscenity provisions of the *Criminal Code* as well as the interests of the importers of expressive material, without such a system. It is clear that the statutory scheme required supplementary measures by regulation or ministerial direction beyond the skeletal provisions that were made. The operation of the statutory scheme, as found by the trial judge, created a barrier to free expression that exceeded the government's legitimate objectives, but that is a matter for regulatory or administrative not *necessarily* legislative action. In my view the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the

sa compétence sur le droit criminel (*Simmons, précité*). Les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif.

(ii) *L'atteinte minimale*

Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement. Contrairement à l'affaire *Butler*, le présent pourvoi ne porte pas sur la privation d'un droit lié à la liberté d'expression, mais plutôt sur la période temporaire durant laquelle il faut attendre avant d'être mis en possession de matériel licite importé, pendant que celui-ci est traité.

Comme il a été expliqué, la législation douanière établit un régime sommaire comprenant une inspection frontalière, une procédure de classement à des fins tarifaires et une série d'appels internes et judiciaires en cas de prohibition pour cause de constatation d'obscénité. Les dispositions relatives à l'inspection et à la classification sont inhérentes à tout contrôle frontalier et sont valides à moins que les appelants ne puissent démontrer l'existence d'un droit constitutionnel à des frontières ouvertes, ce qu'ils n'ont pas fait. Les dispositions en matière de révision, réexamen et appel ont été insérées au bénéfice des importateurs. Il est difficile d'imaginer comment, sans un tel système, la Couronne pourrait réaliser l'objectif légitime qu'elle vise aux frontières ou être juste envers l'intérêt public exprimé par les dispositions relatives à l'obscénité du *Code criminel* d'une part, et les intérêts des importateurs de matériel expressif d'autre part. Il est clair que le régime établi par la loi nécessitait la prise, par règlement ou directive ministérielle, de mesures supplémentaires afin de compléter les dispositions sommaires existantes. Comme l'a constaté le juge de première instance, l'application du régime prévu par la loi a créé un obstacle à la liberté d'expression qui est excessif par rapport aux objectifs légitimes du gouvernement, mais il

powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(b) rights of importers, apart from the reverse onus provision which should be declared inapplicable to the obscenity issue for the reasons previously mentioned.

s'agit d'une question qui commande une solution réglementaire ou administrative, pas *nécessairement* législative. À mon avis, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2b), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, qui doit être déclarée inapplicable à la question de l'obscénité pour les raisons mentionnées antérieurement.

151 Parliament created a broad regulation-making power in s. 164(1)(j) of the *Customs Act* for the better implementation of the Act. Parliament has given the executive the authority to put in place by regulation an administrative or institutional structure that would protect the expressive rights of the appellants and others. The problem here is not with the legislators but with the failure of those responsible to exercise the powers that they possess, including, according to the trial judge, the failure of Customs to make available adequate resources to do the job effectively.

Le Parlement a créé un large pouvoir de réglementation à l'al. 164(1j) de la *Loi sur les douanes* en vue de permettre la mise en œuvre efficace de la Loi. Le Parlement a donné à l'exécutif le pouvoir d'établir, par règlement, un régime administratif ou institutionnel protégeant le droit à la liberté d'expression des appelants et autres intéressés. En l'espèce, le problème n'est pas le fait du législateur, mais résulte plutôt de l'omission des autorités concernées d'exercer les pouvoirs dont elles disposent, y compris, de l'avis du juge de première instance, de l'omission des Douanes de fournir les ressources adéquates pour que le travail soit effectué efficacement.

(d) Overall Proportionality

d) La proportionnalité globale

152 In my view Parliament has struck an appropriate balance between the limiting effects of the Customs legislation and the legislative objective of prohibiting the entry of socially harmful material. As held in *Butler*, at p. 509, the benefits sought by the criminalization of obscenity are the avoidance of harm and the enhancement of respect for all members of society, and the promotion of non-violence and equality in their relations with each other. If I am correct that the source of the appellants' problem lies at the administrative level rather than the legislative level, the restriction imposed by Parliament to catch expressive materials that violate s. 163 of the *Criminal Code* at the international border does not outweigh the importance of the legislative objective.

Je suis d'avis que le Parlement a établi l'équilibre approprié entre les effets restrictifs de la législation douanière et l'objectif de la loi qui consiste à prohiber l'entrée de matériel préjudiciable à la société. Comme il a été jugé dans l'arrêt *Butler*, à la p. 509, les avantages recherchés par la criminalisation de l'obscénité sont de parer aux préjudices et de favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens. Si j'ai raison de dire que la source du problème des appelants se situe au niveau administratif plutôt qu'au niveau législatif, la restriction qu'a imposée le Parlement en vue d'intercepter le matériel expressif visé par l'art. 163 du *Code criminel* aux frontières internationales ne l'emporte pas sur l'importance de l'objectif de la loi.

(e) Deleterious Effects Versus Salutory Benefits

The deleterious effects on the appellants found by the trial judge went way beyond any salutary benefits for Canadian society in this case, but that is not the test. The test is whether the deleterious effects of the Customs legislation, properly administered, exceed the salutary effect of the Customs legislation. The Customs legislation, properly administered, is designed to prevent entry into Canada of material that in all probability is obscene, i.e., likely to cause harm in excess of the community's standard of tolerance. That is a salutary benefit, although there is little evidence in the record on this point, apart from identification of some adult heterosexual pornographic magazines which are regularly and apparently effectively monitored. Against this, the deleterious effect on importers of lawful material is expected by Parliament to be no more than temporary detention and the various costs in time and money reasonably occasioned by the processing of the goods. If the Customs legislation operated as intended, as it apparently does across a broad range of commercial and other goods, the deleterious effects would be outweighed by its salutary benefit. The problem, to repeat, is in the implementation and it is to the remedy for the deficient administration of the Customs legislation that I now turn.

J. *Remedy*

In my view, the appellants have established that:

1. Section 152(3) of the *Customs Act* should not be construed and applied so as to place the onus on an importer to establish that goods are not obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

e) Les effets préjudiciables par rapport aux effets bénéfiques

Les effets préjudiciables aux appelants constatés par le juge de première instance dépassaient largement tout effet bénéfique pour la société canadienne en l'espèce, mais il ne s'agit pas là du critère applicable. Le critère consiste à se demander si les effets préjudiciables de la législation douanière dépassent les effets bénéfiques de celle-ci lorsqu'elle est bien appliquée. Bien appliquée, la législation douanière vise à empêcher l'entrée au Canada de matériel qui, selon toute probabilité, est obscène, c'est-à-dire susceptible de causer un préjudice excédant le seuil de tolérance de la société. Il s'agit là d'un effet bénéfique, bien qu'il y ait peu d'éléments de preuve au dossier à cet égard, si ce n'est la mention de certains magazines pornographiques destinés aux adultes hétérosexuels qui sont contrôlés de façon régulière et apparemment de manière efficace. En comparaison, le Parlement ne voit pas d'autres effets préjudiciables pour les importateurs de matériel licite que la retenue temporaire des marchandises et les divers coûts en temps et en argent raisonnablement occasionnés par le traitement des marchandises. Si la législation douanière était appliquée de la manière envisagée, comme elle l'est apparemment en ce qui concerne un large éventail de biens — commerciaux et autres —, ses effets préjudiciables seraient surpassés par son effet bénéfique. Je le répète, le problème réside dans la mise en œuvre, et je vais maintenant me pencher sur la réparation relative à l'application déficiente de la législation douanière.

J. *La réparation*

À mon avis, les appelants ont établi les points suivants:

1. Le paragraphe 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises ne sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

2. The rights of the appellants under s. 2(b) and s. 15(1) of the *Charter* have been infringed in the following respects:

(a) They have been targeted as importers of obscene materials despite the absence of any evidence to suggest that gay and lesbian erotica is more likely to be obscene than heterosexual erotica, or that the appellants are likely offenders in this regard;

(b) In consequence of the targeting, the appellants have suffered excessive and unnecessary prejudice in terms of delays, cost and other losses in having their goods cleared (if at all) through Canada Customs;

(c) The reasons for this excessive and unnecessary prejudice include:

- (i) failure by Customs to devote a sufficient number of officials to carry out the review of the appellants' publications in a timely way;
- (ii) the inadequate training of the officials assigned to the task;
- (iii) the failure to place at the disposal of these officials proper guides and manuals, failure to update Memorandum D9-1-1 and its accompanying illustrative manual in a timely way, and the failure to develop workable procedures to deal with books consisting mostly or wholly of written text;
- (iv) failure to establish internal deadlines and related criteria for the expeditious review of expressive materials;
- (v) failure to incorporate into departmental guides and manuals relevant advice received from time to time from the Department of Justice;
- (vi) failure to provide the appellants in a timely way with notice of the basis for detention of publications, the opportunity to make meaningful submissions on

2. Il a été porté atteinte de la manière suivante aux droits qui sont garantis aux appelants par l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte*:

a) Les appelants ont été visés comme importateurs de matériel obscène malgré l'absence de tout élément de preuve tendant à indiquer que le matériel érotique gai et lesbien risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel, ou encore que les appelants sont vraisemblablement des contrevenants à cet égard.

b) Du fait qu'ils ont été ciblés, les appelants ont souffert d'un préjudice excessif et inutile en raison des délais, frais et autres pertes subis afin de faire dédouaner leurs marchandises (si tant est qu'ils y sont parvenus) par Douanes Canada.

c) Les raisons de ce préjudice excessif et inutile sont notamment:

- (i) l'omission des Douanes d'affecter un nombre suffisant de fonctionnaires au contrôle des publications des appelants pour faire effectuer cette tâche en temps utile;
- (ii) la formation inadéquate des fonctionnaires affectés à cette tâche;
- (iii) l'omission de mettre à la disposition de ces fonctionnaires des guides et manuels appropriés, l'omission de mettre à jour en temps utile le Mémoire D9-1-1 et le guide illustré connexe, et l'omission d'élaborer des procédures applicables pour évaluer les livres constitués entièrement ou essentiellement de texte;
- (iv) l'omission d'établir des délais et autres critères connexes applicables à l'interne en vue d'assurer le contrôle expéditif du matériel expressif;
- (v) l'omission d'incorporer aux guides et manuels du ministère les avis pertinents reçus du ministère de la Justice;
- (vi) l'omission de donner aux appelants, en temps utile, un avis les informant des raisons de la retenue des publications, ainsi que la possibilité de présenter des

a re-determination, and reasonable access to the disputed materials for that purpose; and

- (vii) failure to extend to the appellants the equal benefit of fair and expeditious treatment of their imported goods without discrimination based on sexual orientation.

It is apparent that this catalogue particularizes in greater detail the declaration issued by the trial judge, namely:

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1 (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Crown did not cross-appeal the grant of the declaration and neither in this Court nor in the British Columbia Court of Appeal did the appellants make submissions on whether or how a declaration under s. 24(1) of the *Charter* could be better framed to grant substantial relief. Their objective there as here was to get rid of the legislation altogether.

Having rejected that s. 52 argument, except as to the reverse onus provision, the remaining question is whether the Court should attempt to fashion a more structured s. 24(1) remedy. I conclude, with some hesitation, that it is not practicable to do so. The trial concluded on December 20, 1994. We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). Equally,

observations utiles en cas de révision ou réexamen, et, à cette fin, de consulter le matériel contesté; et

- (vii) l'omission d'accorder aux appelants l'égalité de bénéfice en matière de traitement équitable et expéditif de leurs marchandises importées, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il est apparent que cette liste vient préciser le jugement déclaratoire suivant, qui a été rendu par le juge de première instance:

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3^e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2^e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Couronne n'a pas formé d'appel incident contre le jugement déclaratoire. De plus, les appelants n'ont présenté aucune observation à notre Cour ou à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de savoir s'il est possible de mieux formuler le jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) de la *Charte* afin d'accorder une réparation substantielle et, si oui, de quelle façon. Leur objectif, tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, était de faire invalider l'ensemble des mesures législatives.

L'argument fondé sur l'art. 52 ayant été rejeté, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve, il reste à répondre à la question de savoir si notre Cour devrait tenter de façonner une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1). C'est avec une certaine réticence que je conclus que cela n'est pas réalisable. Le procès s'est terminé le 20 décembre 1994. On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la

155

156

157

however, we have not been informed by the appellants of the specific measures (short of declaring the legislation invalid or inoperative) that in the appellants' view would remedy any continuing problems.

158 The most detailed suggestion the appellants have made in the way of a s. 24(1) remedy is the following request:

... in the final alternative an injunction restraining Customs from applying and administering the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) s. 114, Schedule VII, Code 9956(a) and the *Customs Act*, S.C. 1986 (2nd Supp.), s. 58 and s. 71, as amended, permanently or until such time as there is no risk that the unconstitutional administration will continue.

The first branch of the proposed injunction ("permanently") amounts to a s. 52 declaration of inoperability, which I do not consider justified. The second branch ("until such time") sets an unrealistic standard ("no risk"). If diluted to a call for constitutional behaviour, the result would add little to the general duty that falls on any government official to act in accordance with the Constitution, injunction or no injunction, and would scarcely advance the objectives of either clarity or enforceability. A more structured s. 24(1) remedy might well be helpful but it would serve the interests of none of the parties for this Court to issue a formal declaratory order based on six-year-old evidence supplemented by conflicting oral submissions and speculation on the current state of affairs. The views of the Court on the merits of the appellants' complaints as the situation stood at the end of 1994 are recorded in these reasons and those of my colleague Iacobucci J. These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme

conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont «pas suffisantes» (par. 262) et ne sont pas d'un «grand secours» (par. 265). Dans le même ordre d'idées, toutefois, les appelants ne nous ont pas indiqué quelles sont, à leur avis, les mesures précises (à défaut de déclarer les dispositions législatives invalides ou inopérantes) qui permettraient de corriger tout problème qui subsisterait.

La suggestion la plus précise formulée par les appelants relativement à une réparation fondée sur le par. 24(1) est la demande suivante:

[TRADUCTION]... en dernier recours, une injonction interdisant aux Douanes d'appliquer le *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3^e supplément), art. 114, annexe VII, code 9956a), et la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2^e suppl.), art. 58 et 71, et leur modification, en permanence ou jusqu'à ce qu'il n'y ait plus aucun risque que l'application inconstitutionnelle se poursuive.

Le premier volet de l'injonction proposée (l'interdiction «en permanence») équivaut à une déclaration d'inapplicabilité fondée sur l'art. 52, réparation que je ne considère pas justifiée. Le deuxième volet de l'injonction proposée (l'interdiction «jusqu'à ce qu'») fixe un objectif irréaliste («aucun risque»). Si on réduit l'injonction à un appel au maintien d'un comportement conforme à la Constitution, cela ajouterait peu à l'obligation générale qui incombe à tout fonctionnaire — injonction ou non — d'agir en conformité avec la Constitution, et favoriserait très peu les objectifs de clarté et d'applicabilité. Le fait de prononcer une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) pourrait bien être utile, mais il ne servirait les intérêts d'aucune des parties que notre Cour rende une ordonnance déclaratoire formelle sur la foi d'une preuve vieille de six ans, complétée par des plaidoiries contradictoires et des conjectures quant à l'état actuel de la situation. Les vues de notre Cour sur le fond des plaintes des appelants, au regard de la situation qui existait à la fin de 1994, sont exprimées dans les présents motifs et dans ceux de mon collègue le juge Iacobucci. Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estiment nécessaires.

Court of British Columbia should they consider that further action is necessary.

VIII. Disposition

The appeal is therefore allowed in part, and a declaration will issue under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that s. 152(3) of the *Customs Act* is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

The constitutional questions stated by the Chief Justice on July 8, 1999 should be answered as follows:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian material or to both, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes, except with respect to the reverse onus provision as presently construed and applied by Canada Customs.

3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and

saire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

VIII. Le dispositif

Le pourvoi est donc accueilli en partie, et un jugement déclaratoire portant que le par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que des marchandises *ne* sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel* est rendu en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

Les questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef le 8 juillet 1999 doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956a) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu'ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

La réponse est 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*?

La réponse est oui, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve telle qu'elle est actuellement interprétée et appliquée par Douanes Canada.

3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956a) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en tota-

159

160

lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is no. The appellants' equality rights are not infringed by the Customs legislation itself.

4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The question need not be answered.

161 The appellants have been compelled to come to this Court to achieve even the limited relief they have obtained, and they are therefore entitled to their costs in this Court and in the British Columbia Court of Appeal on a party and party basis. The award of costs at trial in favour of the appellants dated March 29, 1996 is affirmed.

The reasons of Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part) —

I. Introduction and Summary

162 The individual appellants in this appeal operate a bookstore in Vancouver, the Little Sisters Book and Art Emporium ("Little Sisters"). The store is also an appellant. As described in their amended statement of claim:

6. The principal business of Little Sisters is the sale of books and magazines most of which are written by and for homosexual men and women. Little Sisters also operates a mail order business selling books to customers all across Canada.

7. Most of the books and magazines sold by Little Sisters are published in the United States and imported into Canada by Little Sisters.

lité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?

La réponse est non. La législation douanière elle-même ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité des appelants.

4. Si la réponse à la troisième 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*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Les appelants ont dû se pourvoir devant notre Cour pour obtenir la réparation, par ailleurs limitée, qui leur est accordée; ils ont en conséquence droit aux dépens, taxés entre parties, devant notre Cour et devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'ordonnance datée du 29 mars 1996 par laquelle le tribunal de première instance accordait les dépens aux appelants est confirmée.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie) —

I. Introduction et sommaire

Les personnes physiques appelantes au présent pourvoi exploitent une librairie à Vancouver, soit Little Sisters Book and Art Emporium («Little Sisters»). La librairie, également partie appelante, est décrite ainsi dans la déclaration modifiée:

[TRADUCTION]

6. La principale activité de Little Sisters est la vente de livres et de magazines, dont la plupart sont écrits pour des hommes et des femmes homosexuels par des hommes et des femmes homosexuels. Little Sisters exploite également une entreprise de vente par correspondance de livres à des clients à travers tout le pays.

7. La plupart des livres et des magazines vendus par Little Sisters sont publiés aux États-Unis et importés par celle-ci au Canada.

All commercial goods imported into Canada, including books, magazines, and other expressive materials, are subject to the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), and the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) (together, the “Customs legislation”). The appellants argue that applying these procedures to the books and magazines imported by Little Sisters violates their rights to freedom of speech, and to equality, which are guaranteed under ss. 2(b) and 15, respectively, of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Binnie J. in this case. While I agree with his conclusion that the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants’ rights under s. 2(b) of the *Charter*, it is my opinion that the legislation itself violates s. 2(b) and is not demonstrably justified in a free and democratic society. In particular, the Customs legislation does not minimally impair the appellants’ rights, nor do the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects on the right of free expression.

With regard to the appellants’ claim that the Customs legislation also violates the equality guarantee contained in s. 15(1) of the *Charter*, I agree with my colleague Binnie J. that it is only the application of the legislation, not the legislation itself, that has resulted in violations of the appellants’ equality rights. The harm-based obscenity test set out by this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, is not in need of modification and applies equally to all materials regardless of the sexual orientation of the individuals involved or the characters depicted. The Customs legislation, which imports the obscenity provision in s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and thus the test outlined in *Butler*, therefore does not in and of itself infringe s. 15(1) of the *Charter*.

Toutes les marchandises importées au Canada, y compris les livres, les magazines et autres formes de matériel expressif, sont assujetties aux dispositions du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), et de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.) (collectivement appelées ci-après la «législation douanière»). Les appelants prétendent que l’application de la procédure prévue aux livres et aux magazines importés par Little Sisters porte atteinte au droit à la liberté d’expression et aux droits à l’égalité qui leur sont garantis par l’al. 2b) et par l’art. 15, respectivement, de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J’ai eu l’avantage de lire les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie dans la présente affaire. Bien que je sois d’accord avec sa conclusion que l’application de la législation douanière aux livres, magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l’al. 2b) de la *Charte*, je suis d’avis que la législation elle-même contrevient à cet alinéa et que sa justification ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique. En particulier, la législation douanière ne porte pas atteinte le moins possible aux droits des appelants et ses avantages ne l’emportent pas sur les effets préjudiciables qu’elle a sur la liberté d’expression.

Relativement à la prétention des appelants que la législation douanière porte également atteinte à la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Binnie que seule l’application de la loi, et non la loi elle-même, a entraîné la violation du droit des appelants à l’égalité. Le critère de détermination de l’obscénité en fonction du préjudice qui a été établi par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n’a pas besoin d’être modifié et s’applique à toute forme de matériel expressif, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. La législation douanière, qui incorpore la disposition relative à l’obscénité, le par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et par conséquent le critère exposé dans l’arrêt *Butler*, ne contrevient donc pas en soi au par. 15(1) de la *Charte*.

163

164

165

166 However, the current procedures by which Customs enforces s. 163(8) at the border are grossly inadequate. With a few minor exceptions, expressive materials are classified when entering Canada in the same manner as mundane commercial goods. The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene. Compounding these legislative deficiencies is the fact that Customs officers, while no doubt well-intentioned and conscientious civil servants, lack the training, time or resources to accomplish the task set for them. In my respectful opinion, the Customs legislation makes no meaningful accommodation for the expressive freedoms raised by this appeal. Such a regime cannot be demonstrably justified in a free and democratic society.

167 The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Tariff Code 9956(a) (now Tariff Item 9899.00.00) of the *Customs Tariff*. Particularly in a case like the one before us, where there is an extensive record of the improper detention of non-obscene works, the only choice to ensure full protection of the constitutional rights at stake is to invalidate the legislation and invite Parliament to remedy the constitutional infirmities.

II. Factual and Legal Background

168 While both the courts below and my colleague Binnie J. have done an excellent job of summarizing the voluminous record in this appeal, I wish to provide my own synopsis in order to emphasize several points that are particularly relevant to my reasoning. I will first outline the Customs legislation challenged in this appeal and then describe the history of Customs' enforcement of this legislation. This examination will demonstrate that the problems with the Customs regime are not simply the product of isolated mistakes by individual Customs officers; instead, they reflect systemic

Toutefois, la procédure actuelle suivie par les Douanes pour l'application du par. 163(8) à la frontière est tout à fait inadéquate. À quelques exceptions mineures près, les diverses formes de matériel expressif sont, à leur entrée au Canada, classées de la même manière que des biens courants. La législation douanière souffre de l'absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène. Ces lacunes de la législation sont exacerbées par le fait que, quoiqu'ils soient sans nul doute des fonctionnaires bien intentionnés et consciencieux, les douaniers n'ont ni la formation, ni le temps, ni les ressources pour accomplir la tâche qui leur est confiée. À mon humble avis, la législation douanière ne comporte aucune mesure concrète pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en cause dans le présent pourvoi. La justification d'un tel régime ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique.

La réparation convenable à l'égard de cette atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956a) (maintenant le numéro tarifaire 9899.00.00) du *Tarif des douanes*. Plus particulièrement dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il y a de nombreux antécédents de retenue irrégulière d'ouvrages non obscènes, la seule façon d'assurer la protection complète des droits constitutionnels en jeu est d'invalider les dispositions législatives contestées et d'inviter le Parlement à remédier aux atteintes à la Constitution.

II. Le contexte factuel et juridique

Bien que les juridictions inférieures et mon collègue le juge Binnie aient fait un excellent résumé du volumineux dossier du présent pourvoi, je désire en donner ma propre synthèse afin de souligner plusieurs éléments particulièrement pertinents pour mon raisonnement. Je vais d'abord présenter la législation douanière contestée dans le présent pourvoi et ensuite faire l'historique de son application par les Douanes. Cet examen démontrera que les difficultés que pose le régime douanier ne sont pas simplement le fruit d'erreurs isolées commises par certains douaniers, mais témoignent plutôt de

problems that can only be adequately addressed by rewriting the applicable legislation.

A. *The Relevant Constitutional and Statutory Provisions*

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the following:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

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.

Section 163 of the *Criminal Code* prohibits the production or dissemination of obscene materials. The definition of obscenity is found in s. 163(8):

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

The *Customs Act*, ss. 58, 60, 63, 64 and 71 (as in force at the time of the trial), sets out the procedures whereby Customs determines the tariff classification of imported goods:

l'existence de problèmes systémiques qui ne peuvent être corrigés adéquatement qu'en réécrivant les dispositions législatives applicables.

A. *Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes*

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

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.

L'article 163 du *Code criminel* interdit la production et la diffusion de matériel obscène. La définition de l'obscénité se trouve au par. 163(8):

163. . . .

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

La *Loi sur les douanes*, aux art. 58, 60, 63, 64 et 71 (en vigueur au moment du procès), expose la procédure suivie par les Douanes pour déterminer le classement tarifaire des marchandises importées:

169

170

171

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for

. . . .

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

60. (1) The importer . . . may . . .

(a) within ninety days, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination . . . was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(a) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 . . . or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination . . . was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification . . . re-determined . . . under section 60

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

. . . .

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considéré[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptible[e] de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

60. (1) L'importateur [. . .] peut [. . .]:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire [. . .] prév[u] à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 [. . .];

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l'article 58.

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

64. The Deputy Minister may re-determine the tariff classification . . . of imported goods

(a) within two years after the time a determination . . . was made under section 58, where the Minister deems it advisable,

(c) at any time, where the person who accounted for the goods . . . has failed to comply with any of the provisions of this Act or the regulations or has committed an offence under this Act in respect of the goods,

(d) at any time, where the re-determination . . . would give effect to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada made in respect of the goods, and

(e) at any time, where the re-determination . . . would give effect in respect of the goods, in this paragraph referred to as the "subsequent goods", to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada . . . made in respect of

(i) other like goods of the same importer or owner imported on or prior to the date of importation of the subsequent goods, where the decision relates to the tariff classification of those other goods,

and, where the Deputy Minister makes a re-determination . . . under this section, the Deputy Minister shall forthwith give notice of that decision to the person who accounted for the goods . . . the importer of the goods or the person who was the owner of the goods at the time of release.

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

64. Le sous-ministre peut procéder au réexamen du classement tarifaire [. . .] des marchandises importées:

a) dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l'article 58, si le ministre l'estime souhaitable;

c) à tout moment, si la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] ne s'est pas conformée à la présente loi ou à ses règlements, ou a enfreint les dispositions de cette loi applicables aux marchandises;

d) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada rendue au sujet des marchandises;

e) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet, pour ce qui est des marchandises en cause, à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada [. . .] rendue au sujet:

(i) soit d'autres marchandises pareilles du même importateur ou propriétaire importées au plus tard à la même date que les marchandises en cause, si la décision porte sur le classement tarifaire des premières,

Le cas échéant, il donne avis sans délai de sa décision à la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] à l'importateur des marchandises ou à la personne qui était propriétaire des marchandises au moment de leur dédouanement.

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l'objet des révisions ou réexamens prévus aux

under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination

172 The *Customs Tariff*, s. 114, states that “[t]he importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited”. Schedule VII, Code 9956(a), prohibits importation of:

Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

173 Several aspects of this regulatory scheme warrant comment. The first is that the initial classification decision, according to s. 58 of the *Customs Act*, is to be made by “[a]n officer”. Section 2 of the Act states that a Customs officer includes any “person employed in the administration or enforcement” of the *Customs Act*, and any member of the Royal Canadian Mounted Police. In practice, these decisions are made by Customs Inspectors and Commodity Specialists, the front-line Customs officers. The statute does not designate any specialized officers to make obscenity determinations. Instead, any one of the approximately 4,000 Customs officers working at the border can prohibit a book from entering the country. The officers receive minimal training with regard to obscenity determinations and are not required to have any specialized knowledge of art or literature.

174 At high-volume border crossings, such as the Toronto region, certain Commodity Specialists are given special responsibilities over obscenity determinations. Goods suspected of being obscene are detained and forwarded to a Commodity Specialist for classification. However, John Shearer, the Director General of the Tariff Programs Division, testified that working on obscenity classifications is perceived to be more stressful and limiting career-wise. As a result, as Smith J. recognized, “Customs employees generally consider this work to be undesirable, not all officers participate in it

articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68

L’article 114 du *Tarif des douanes* précise que «[l’]importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l’annexe VII est prohibée». Le code 9956a) de l’annexe VII interdit l’importation des:

Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Plusieurs aspects de ce régime de réglementation appellent des observations. Le premier est le fait que, en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*, la décision initiale en ce qui concerne le classement est prise par un «agent». Aux termes de l’art. 2 de la Loi, est un agent des douanes toute «personne affectée à l’exécution ou au contrôle d’application» de la *Loi sur les douanes* ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada. En pratique, ces décisions sont prises par les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, c’est-à-dire les agents des douanes qui travaillent en première ligne. La Loi ne désigne aucun agent spécialisé pour prendre les décisions en matière d’obscénité. Au contraire, chacun des quelque 4 000 agents des douanes en poste aux frontières peut interdire l’entrée d’un livre au pays. Les agents ne reçoivent qu’une formation minimale à l’égard des décisions qu’ils sont appelés à prendre en matière d’obscénité, et ils ne sont pas tenus d’avoir des connaissances approfondies en art ou en littérature.

Aux postes frontaliers où le volume de marchandises est grand, la région de Toronto par exemple, certains spécialistes des marchandises se voient confier des responsabilités spéciales à l’égard des décisions en matière d’obscénité. Les marchandises soupçonnées d’être obscènes sont retenues et remises à un spécialiste des marchandises aux fins de classement. Toutefois, John Shearer, directeur général de la Division des programmes douaniers, a témoigné que le travail au classement en matière d’obscénité est considéré plus stressant et limitatif du point de vue de la carrière. Par conséquent,

and those assigned to it are regularly moved from these duties into other areas, generally after three to six months” ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 44).

Section 58 is also notable for its failure to offer any guidance as to how the tariff classification is to be made. It does not provide for even the simplest of hearings. It does not allow the importer to present evidence, call witnesses, or submit written arguments. It does not require the officer to provide reasons for the decision to prohibit. It does not even require the officer to read or view the material in question. In fact, the only guidance offered by s. 58 is that the tariff classification of imported goods “may” be determined within 30 days of its arrival.

At the time this case was heard by the Supreme Court of British Columbia, s. 60 established the first level of review for a s. 58 determination (the *Customs Act* has since been amended to remove this level of review: S.C. 1997, c. 36, s. 166). Section 60 sets out little more than the right to appeal “to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form”; there is no right to even the most rudimentary hearing. In practice, s. 60 re-determinations are made by a Tariff and Values Administrator (TVA). TVAs also serve as advisors to lower level Customs officers. While TVAs have more training than Customs Inspectors or Commodity Specialists, they can hardly be called experts. As Frank Lorito, a former TVA, testified, his obscenity training consisted of five to ten hours with his predecessor going over materials, and one day spent at the Prohibited Importations Directorate (PID). Moreover, reviewing

comme l’a reconnu le juge Smith, [TRADUCTION] «les employés des Douanes considèrent généralement ce travail comme indésirable, les agents n’y participent pas tous et ceux qui y sont affectés se voient d’ordinaire assigner d’autres fonctions, généralement au bout de trois à six mois» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 44).

Il convient également de souligner le fait que l’art. 58 ne donne pas d’indications quant à la manière d’établir le classement tarifaire. Il ne prévoit même pas la plus élémentaire audience. Il n’autorise pas l’importateur à produire des éléments de preuve, à faire entendre des témoins ou à présenter des observations écrites. Il n’oblige pas l’agent à motiver la décision de prohiber le matériel en question. Il n’exige même pas que l’agent lise ou regarde ce matériel. En fait, la seule indication fournie par l’art. 58 est que le classement tarifaire des marchandises importées «peut» être déterminé dans un délai de 30 jours de leur arrivée.

Au moment où la présente affaire a été entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l’art. 60 établissait le premier niveau de révision des décisions prises en vertu de l’art. 58 (la *Loi sur les douanes* a depuis lors été modifiée pour éliminer ce niveau de révision: L.C. 1997, ch. 36, art. 166). L’article 60 ne fait pas beaucoup plus qu’établir le droit d’appel «à l’agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu’en la forme [...] déterminé[e]»; aucun droit à une audience, même la plus sommaire, n’est prévu. En pratique, les révisions fondées sur l’art. 60 sont faites par un applicateur du tarif et des valeurs («ATV»). Les ATV servent également de conseillers aux agents des douanes de rang inférieur. Même si les ATV ont une formation plus grande que les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, on peut difficilement les qualifier d’experts. Comme l’a dit Frank Lorito, un ancien ATV, durant son témoignage, sa formation en matière d’obscénité a consisté en une période de cinq à dix heures passées à examiner des documents en compagnie de son prédécesseur, et une journée à la direction générale des importations prohibées (DGIP). De plus, l’examen de matériel qui serait

175

176

allegedly obscene material accounts for only a small percentage of a TVA's workload.

obscène ne représente qu'un faible pourcentage de la charge de travail des ATV.

177 The final level of administrative review is established by s. 63, which provides for an appeal to the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise. Under s. 2(3), the Deputy Minister is authorized to delegate his powers under the Act to any person. In practice, these powers are delegated to a handful of TVAs working at the PID. The TVAs at the PID are generally people with advanced degrees (though not necessarily in literature), and they receive several days of informal training from more senior officers upon being appointed. While the importer is allowed to put forward any information for consideration, s. 63 does not require that the Deputy Minister (or his or her delegate) consider that information, nor is there a right to a hearing of any kind.

Le dernier niveau de révision administrative est prévu à l'art. 63, qui établit un appel auprès du sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise. En vertu du par. 2(3), le sous-ministre est autorisé à déléguer à toute personne les pouvoirs que lui confère la Loi. En pratique, ces pouvoirs sont délégués à un groupe d'ATV travaillant à la DGIP. Les ATV de la DGIP détiennent généralement un diplôme d'études supérieures (quoique ce ne soit pas nécessairement en littérature) et, lorsqu'ils sont nommés, ils reçoivent plusieurs jours de formation informelle de la part d'agents plus expérimentés. Quoique l'importateur soit autorisé à soumettre de l'information pour examen, l'art. 63 n'oblige pas le sous-ministre (ou son délégué) à tenir compte de cette information, et aucun droit à une quelconque forme d'audience n'est prévu.

178 Having exhausted three levels of administrative review, an importer is entitled under s. 67 to appeal the Deputy Minister's determination. While reviews of the determinations for all other goods are made by the Canadian International Trade Tribunal, materials prohibited under Tariff Code 9956(a) are reviewed by the superior court of a province or territory. This is the scheme's only special accommodation for the expressive rights at stake in the appeal. Section 68 grants the right to seek leave to appeal from the superior court to the Federal Court.

L'importateur qui a épuisé les trois niveaux de révision administrative peut, en vertu de l'art. 67, interjeter appel de la décision du sous-ministre. Alors que la révision des décisions relatives à toutes les autres marchandises relève du Tribunal canadien du commerce extérieur, la révision des décisions relatives aux marchandises prohibées en vertu du code tarifaire 9956a) relève de la cour supérieure de la province ou du territoire concerné. Il s'agit de la seule mesure spéciale prévue par le régime pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en jeu dans ces appels. L'article 68 accorde le droit de demander à la Cour fédérale l'autorisation d'appeler de la décision de la cour supérieure.

B. *Enforcement of the Customs Legislation*

B. *L'application de la législation douanière*

179 The central documents for enforcing Tariff Code 9956(a) are: (1) Memorandum D9-1-1, "Interpretative Policy and Procedures for the Administration of Tariff Code 9956" — an internal directive for Customs staff not generally available to the public; and (2) a large binder entitled "Prohibited Importations Directorate Material to Assist in the Interpretation of Tariff Code 9956, Memorandum D9-1-1 With Respect to Obscenity" — which is also an internal Customs document not available to the

Les principaux documents relatifs à l'application du code tarifaire 9956a) sont: (1) le Mémoire D9-1-1, intitulé «Politique d'interprétation et procédure concernant l'application du code tarifaire 9956» — directive interne à l'intention du personnel des Douanes qui n'était généralement pas mise à la disposition du public; (2) un gros relieur intitulé [TRADUCTION] «Guide d'interprétation de la direction générale des importations prohibées du code tarifaire 9956 et du Mémoire

public. Both documents describe what types of materials are deemed obscene by Customs (examples include depictions of bondage, pregnant or lactating women, postures of submission or humiliation, child abuse and necrophilia), while the latter binder contains reproductions of previously seized materials.

Until September 29, 1994 — mere days before the commencement of the trial in this case — Memorandum D9-1-1 prohibited depictions of anal penetration. This prohibition persisted to that date in spite of the fact that on March 18, 1992 — a full 30 months earlier — the Department of Justice had sent an analysis of the *Butler* decision to senior counsel at Customs, reaching the following conclusion:

... as we have advised in previous opinions, there is no jurisprudence supporting the proposition that all depictions or descriptions of anal penetration are obscene in and of themselves on the basis that anal penetration is inherently degrading or dehumanizing. [Emphasis in original.]

As this episode makes clear, Memorandum D9-1-1 is only Customs' interpretation of s. 163(8); there is no guarantee that it conforms with what this Court said in *Butler*. In fact, for over two years Memorandum D9-1-1 was directly at odds with our jurisprudence.

Initial determinations by Customs officers are often not completed within the 30-day period prescribed by s. 58. Section 60 re-determinations took up to three and one-half months, and s. 63 re-determinations have taken over a year. Smith J. concluded that these problems were a result of "the inability of customs officers to deal with such a large volume of materials in the short time they have available" (para. 114).

Customs officers' review of imported materials is frequently superficial and context-insensitive. A

D9-1-1 relativement à l'obscénité» — également un document interne des Douanes qui n'était pas mis à la disposition du public. Les deux documents décrivent les divers types de matériel réputés obscènes par les Douanes (on y trouve des exemples de représentations d'asservissement, de femmes enceintes ou allaitantes, de personnes en position de soumission ou d'humiliation, d'exploitation d'enfants et de nécrophilie), et le relieur contient des reproductions de matériel saisi antérieurement.

Jusqu'au 29 septembre 1994 — quelques jours à peine avant le début du procès dans la présente affaire — le Mémorandum D9-1-1 prohibait les représentations de pénétration anale. Cette prohibition a été maintenue jusqu'à cette date malgré le fait que, le 18 mars 1992 — soit au moins 30 mois avant —, le ministère de la Justice avait fait parvenir à l'avocat principal des Douanes une analyse de l'arrêt *Butler*, dans laquelle on tirait la conclusion suivante:

[TRADUCTION] ... comme nous l'avons indiqué dans des avis antérieurs, aucune décision judiciaire n'appuie la proposition que toutes les représentations de pénétration anale sont en soi obscènes parce que cette activité est intrinsèquement dégradante ou déshumanisante. [Souligné dans l'original.]

Comme ce fait l'indique clairement, le Mémorandum D9-1-1 ne constitue que l'interprétation que font les Douanes du par. 163(8); rien ne garantit qu'elle soit conforme à ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Butler*. En fait, pendant plus de deux ans, le Mémorandum D9-1-1 était en contradiction directe avec notre jurisprudence.

Souvent, la décision initiale de l'agent des douanes n'est pas rendue dans le délai de 30 jours prescrit par l'art. 58. En effet, il a parfois fallu attendre jusqu'à trois mois et demi pour obtenir la révision prévue à l'art. 60 et plus d'un an pour le réexamen visé à l'art. 63. Le juge Smith a estimé que ces problèmes résultaient de [TRADUCTION] «l'incapacité des agents des douanes de traiter un volume aussi important de marchandises dans les courts délais dont ils disposent» (par. 114).

L'examen du matériel importé par les agents des douanes est fréquemment accompli de manière

180

181

182

typical example is provided by the testimony of Scenery Slater, a Customs Inspector at the Vancouver Mail Center, describing how she would review a videotape:

[W]e would view it on fast forward. And if there was — there was a scene or scenes we deemed might be potentially prohibited, we rewind and slow it down to verify, and do this through the entirety of the tape.

When asked whether she would typically read a book in its entirety, she responded as follows:

That was rarely necessary. It's — what you — what you would initially do is you would try to determine the gist of the book . . . If you started reading it and the general nature was sort of sensationalistic in a sexual manner, and you might flip through to make sure the entirety is like that, go to various sections throughout. . . You would find — try to find at least two to three instances of having something prohibited and then once you hit three in the — it was deemed that the rest of the book was of the same nature you would prohibit it there without reading the rest of it.

183

Several Customs officers testified that they did not even attempt to judge the political, artistic, or literary merit of a particular work. Mr. Shearer freely admitted that Customs officers do not hold themselves out to be experts on artistic or literary merit. Moreover, Customs officers often do not understand the context in which a book was written. For example, Linda Murphy, the Director of the PID, admitted her lack of understanding of “the S and M practices engaged in by some people in our society”. Another Customs officer admitted that she had not recognized Marguerite Duras as a major French novelist of the twentieth century, and that she generally did not have enough time to investigate the literary credentials of the authors whose books appear before her for review. As Smith J. noted (at para. 116), “[t]here is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers”.

superficielle et sans égard au contexte. Un exemple typique ressort du témoignage de Scenery Slater, inspecteur des douanes au Centre de courrier de Vancouver, qui a décrit la manière dont elle s'y prendrait pour examiner une vidéocassette:

[TRADUCTION] [N]ous la visionnons en défilement accéléré. Et s'il y a — s'il y avait une ou plusieurs scènes qui selon nous pourraient être prohibées nous rembobinons et visionnons à nouveau plus lentement pour vérifier, et nous faisons de même pour l'ensemble de la cassette.

Lorsqu'on lui a demandé si elle lisait habituellement les livres en entier, elle a répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est rarement nécessaire. C'est — ce qu'on — ce qu'on fait au départ c'est essayer de déterminer l'idée générale du livre [. . .] Si on commence à le lire et que la nature générale est plutôt sensationnaliste du point de vue sexuel, alors on va peut-être le feuilleter pour s'assurer que l'ensemble du livre est comme ça, on en regarde différentes parties [. . .] On trouve — on tente de trouver au moins deux à trois exemples de choses prohibées, et une fois qu'on en a trouvé trois dans le — on estime que le reste du livre est de la même nature et on le prohibe sans lire le reste.

Plusieurs agents des douanes ont témoigné qu'ils ne tentaient même pas de juger la valeur politique, artistique ou littéraire de l'ouvrage. Monsieur Shearer a volontiers reconnu que les agents des douanes ne prétendent pas être des experts de la valeur artistique ou littéraire. De plus, il arrive souvent que les agents des douanes ne comprennent pas le contexte dans lequel un livre a été écrit. Par exemple, Linda Murphy, directrice de la DGIP, a admis son manque de compréhension des [TRADUCTION] «pratiques sadomasochistes auxquelles se livrent certaines personnes dans notre société». Un autre agent des douanes a admis qu'elle ne savait pas que Marguerite Duras était une importante auteure française du vingtième siècle, et qu'elle n'avait généralement pas suffisamment de temps pour s'enquérir des antécédents littéraires des auteurs dont les livres lui sont soumis aux fins de contrôle. Comme l'a souligné le juge Smith (au par. 116), [TRADUCTION] «[i] n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire».

Incorrect determinations are the inevitable result of these factors. If Customs officers have no literary training; if they receive no arguments or submissions from importers; if they do not take artistic merit into account; if they do not attempt to investigate the literary reputation of the author; if they know nothing about the culture for which various books are written; one perhaps should not be surprised that mistakes will often be made. And indeed, the record is full of mistaken determinations by Customs. Smith J. provided the following statistical summary (at para. 100):

The plaintiffs identified 261 titles detained from imported shipments destined for Little Sisters since 1984, seventy-seven of them on more than one occasion. Of those, sixty-two were released for delivery after examination pursuant to s. 58. Little Sisters sought re-determinations pursuant to s. 60 on 210 prohibitions and were successful on twenty-eight. Of 150 re-determinations sought pursuant to s. 63, they were successful on forty-six. As mentioned, they were successful on their one appeal pursuant to s. 67. Thus, roughly 20% of prohibitions at the s. 58 level were considered to be incorrect by Tariff and Values Administrators acting pursuant to s. 60, and roughly 30% of the decisions of lower-ranking officers were considered to be incorrect by Tariff Administrators reviewing the materials pursuant to s. 63. Such high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes.

Behind the statistics are countless anecdotes of incorrect seizures. Customs have prohibited entry of photographs taken by three Vancouver artists, which had been taken abroad as part of an internationally recognized work on lesbian sexuality. Jane Rule, the winner of a prize for best Canadian novel of 1978, had her award-winning book *Contract With the World* detained for inspection by Customs. The book was released only because the supervisor of the officer reviewing the book happened to recognize Jane Rule's name. In the 1980s, Customs seized a film on male masturbation destined for the University of Manitoba's Medical School: see A. A. Borovoy, *When Freedoms Col-*

Il est inévitable que ces divers facteurs entraînent des décisions erronées. Si les agents des douanes n'ont aucune formation en littérature, s'ils ne reçoivent aucune observation — orale ou écrite — des importateurs, s'ils ne tiennent pas compte de la valeur artistique, s'ils ne tentent pas de s'enquérir de la réputation littéraire de l'auteur et s'ils ne connaissent rien de la culture à propos de laquelle différents livres sont écrits, il ne faudrait peut-être pas se surprendre qu'il survienne souvent des erreurs. D'ailleurs, le dossier regorge d'exemples de décisions erronées prises par les Douanes. Le juge Smith a fourni le résumé statistique suivant (au par. 100):

[TRADUCTION] Les demandeurs ont fait état de 261 titres faisant partie des expéditions importées destinées à Little Sisters qui ont été retenus depuis 1984, dont soixante-dix-sept à plus d'une occasion. De ces titres, soixante-deux ont été dédouanés après l'examen prévu à l'art. 58. Little Sisters a sollicité, en vertu de l'art. 60, la révision de 210 prohibitions et a eu gain dans vingt-huit cas. Des 150 réexamens qu'elle a sollicités en vertu de l'art. 63, elle a eu gain de cause dans quarante-six. Comme il a été mentionné, les demandeurs ont eu gain de cause dans le seul appel interjeté en vertu de l'art. 67. Par conséquent, environ 20 % des prohibitions prononcées en vertu de l'art. 58 ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif et des valeurs en vertu de l'art. 60, et environ 30 % des décisions des agents de niveau inférieur ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif qui ont réexaminé le matériel en vertu de l'art. 63. Des taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques.

Derrière les statistiques se cachent d'innombrables anecdotes de saisies erronées. Les Douanes ont interdit l'entrée de photographies prises par trois artistes de Vancouver, lesquelles avaient été emportées à l'étranger en tant que parties d'une œuvre reconnue internationalement sur la sexualité des lesbiennes. Jane Rule, lauréate du prix pour le meilleur roman canadien en 1978, a vu son livre primé *Contract With the World* retenu aux fins d'inspection par les Douanes. Le livre a été dédouané uniquement parce que le surveillant de l'agent qui contrôlait le livre a reconnu le nom de Jane Rule. Dans les années 1980, les Douanes ont saisi un film sur la masturbation masculine qui

lide: The Case for Our Civil Liberties (1988), at p. 62.

était destiné à la Faculté de médecine de l'Université du Manitoba: voir A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties* (1988), à la p. 62.

186 An importer or exporter with a history of dealing in pornography is also susceptible to increased scrutiny. During the time period relevant to this appeal, Customs officers in British Columbia inspected virtually every shipment of books and magazines headed to Little Sisters. The frequent detention and prohibition of imported goods caused substantial hardship to Little Sisters and its suppliers. Janine Fuller, an employee of Little Sisters, testified as follows:

I think there's many different ramifications for the store. One is accountability to the customers who come into the store having to explain over and over and over again why specific titles might not be available. We do a tremendous amount of special orders for people, having to indicate to them when we make those special orders that we can't in good conscience assure them that this book is going to arrive undetained by Canada Customs.

I don't know of many book stores that have to go through that tedious and expensive process. I think there's also a sense of self-censorship that occurs around ordering books in that you start to try and read into what you think a customs agent would be assessing a book at and you order accordingly. . . . So it certainly cuts down on what your book orders are.

187 Little Sisters' suppliers were also affected by Customs' policies. One of Little Sisters' main suppliers, Inland Distributors Ltd., routinely had its shipments inspected. Golden-Lee Book Distributors, Inc. actually ceased shipping to Little Sisters as of September 1, 1994, for the following reason:

As I am sure you are aware every shipment we send to you, whether containing questionable material or not, is detained for months at a time. When shipments are returned to us they are always missing books. Further,

Les importateurs ou exportateurs ayant des antécédents en matière de matériel pornographique sont également susceptibles de faire l'objet d'une surveillance accrue. Durant la période pertinente à l'égard du présent pourvoi, les agents des douanes en Colombie-Britannique ont inspecté pratiquement tous les envois de livres et de magazines destinés à Little Sisters. Les fréquentes retenues et prohibitions ont causé des difficultés considérables à Little Sisters et à ses fournisseurs. Voici ce qu'a dit Janine Fuller, une employée de Little Sisters, dans son témoignage:

[TRADUCTION] Je pense que cette situation a de nombreuses répercussions pour le magasin. L'une d'elles est le fait qu'il faut sans cesse expliquer aux clients qui viennent au magasin les raisons pour lesquelles certains titres pourraient ne pas être disponibles. Nous faisons énormément de commandes spéciales pour les gens, et nous devons leur expliquer lorsque nous faisons ces commandes que nous ne pouvons pas en toute bonne foi leur garantir que le livre arrivera sans avoir été retenu par Douanes Canada.

Je ne connais pas beaucoup de librairies qui doivent se soumettre à ce processus fastidieux et coûteux. Je pense qu'il se développe aussi une tendance à l'autocensure lorsque vient le temps de commander des livres, car on commence à tenter de deviner ce sur quoi l'agent des douanes évaluera un livre et on commande en conséquence. [. . .] Donc, cela limite certainement le genre de livres qu'on commande.

Les fournisseurs de Little Sisters ont également été affectés par les politiques des Douanes. Inland Distributors Ltd., l'un des principaux fournisseurs de Little Sisters, a vu ses expéditions être inspectées de façon routinière. Golden-Lee Book Distributors, Inc. a dans les faits cessé ses expéditions à Little Sisters le 1^{er} septembre 1994, et ce pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Comme vous le savez sans doute, chaque envoi que nous vous faisons est retenu pendant des mois, qu'il contienne ou non du matériel douteux. Lorsque des envois nous sont retournés, il manque tou-

the books returned to us are so damaged that we have to write them off as unsalable.

While Little Sisters and its suppliers are routinely targeted, mainstream bookstores receive more favourable treatment. For example, the operator of Duthie Books, a general interest bookstore in British Columbia, testified that at the request of Little Sisters they ordered a number of books that had been prohibited when destined for Little Sisters. The shipping instructions were intentionally made identical to those given by Little Sisters. In spite of the fact that Customs inspected the books, they arrived without incident. Similarly, books that were prohibited when destined for Little Sisters were widely available at other general interest bookstores in Vancouver, and even at the Vancouver Public Library. Moreover, Little Sisters was not the only victim. As Nadine Strossen has noted in *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), at p. 231, within two and one-half years after *Butler* was decided, over half of all Canadian feminist bookstores had had materials confiscated or detained by Customs.

There is also evidence that high-profile books receive favourable treatment. The appellants noted two instances where such books — specifically, Madonna's *Sex*, and Bret Easton Ellis's *American Psycho* — were permitted entry in spite of containing depictions that are indistinguishable from items routinely prohibited by Customs. *Sex* contains an account of a sexual encounter with a pubescent boy. *American Psycho* contains explicit accounts of sex and violence. The protagonist describes in detail how he seduces, tortures, rapes, and kills his victims.

After an earlier public relations problem caused by the detention of Salman Rushdie's book *Satanic Verses*, Customs approached *American Psycho*'s publisher, Random House, about pre-screening the

jours des livres. En outre, les livres qui nous sont retournés sont si endommagés que nous devons les passer par profits et pertes parce qu'ils sont invendables.

Tandis que Little Sisters et ses fournisseurs sont pris pour cibles de façon routinière, les librairies grand public reçoivent un traitement plus favorable. Par exemple, l'exploitant de Duthie Books, une librairie d'intérêt général située en Colombie-Britannique, a témoigné qu'à la demande de Little Sisters sa librairie avait commandé un certain nombre de livres qui avaient été frappés de prohibition lorsque destinés à Little Sisters. Les commandes avaient à dessein été formulées exactement comme Little Sisters l'avait fait. Bien que les Douanes aient inspecté les livres en question, ceux-ci se sont rendus sans incident. De même, des livres qui avaient été prohibés lorsque destinés à Little Sisters étaient largement disponibles dans des librairies d'intérêt général de Vancouver et même à la bibliothèque publique de Vancouver. De plus, Little Sisters n'était pas la seule victime. Comme l'a souligné Nadine Strossen dans *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), à la p. 231, au cours des deux ans et demi qui ont suivi l'arrêt *Butler*, plus de la moitié des librairies féministes au Canada ont eu du matériel confisqué ou retenu par les Douanes.

La preuve révèle également que les livres dont la sortie est fortement médiatisée reçoivent un traitement favorable. Les appelants ont mentionné deux cas où on a autorisé l'entrée de livres de ce genre — soit le livre de Madonna intitulé *Sex*, et celui de Bret Easton Ellis intitulé *American Psycho* — malgré le fait qu'ils contenaient des représentations qui ne peuvent être différenciées des articles régulièrement prohibés par les Douanes. *Sex* contient le récit d'une aventure sexuelle avec un garçon pubère. *American Psycho* contient des descriptions explicites de sexe et de violence. Le protagoniste explique en détail la façon dont il séduit, torture, viole et tue ses victimes.

À la suite du problème de relations publiques qu'avait causé la retenue du livre de Salman Rushdie, *Les versets sataniques*, les Douanes ont proposé à la maison d'édition de *American Psycho*,

book. The review was conducted by senior officials rather than front-line Customs Inspectors, who ultimately concluded that the book did not depict the undue exploitation of sex. I do not question the merits of that decision. However, I would note that had such attention been paid to items destined for Little Sisters, many of the mistakes detailed above might have been avoided.

191 In spite of all these problems, John Shearer, the Director General of Tariff Programs Division, saw no problems with the targeting of Little Sisters:

[T]here was no evidence that there was any harassment. Our understanding of the way the system works is that, indeed, this was a normal enforcement practice that met the practices and procedures we follow in the Department.

That Mr. Shearer could say this in light of the compelling evidence to the contrary presented in the course of this appeal emphasizes the depth of the problem.

192 The net effect of Customs' enforcement of Code 9956(a) against Little Sisters is well-summarized by Smith J. as follows (at para. 99):

The delays and disruptions caused by detained and prohibited shipments have affected Little Sisters financially and in other ways. Often, material is dated by the time it is received and has lost its sales value. Publications denied entry to Little Sisters are often successfully imported and sold by other stores. Planned events, like book launches, are sometimes jeopardized when Customs interrupts shipment of the publications involved. The proprietors often refer customers to local general-interest stores to obtain publications that Little Sisters is unable to import. More subtly, Mr. Deva and Ms. Fuller must be very circumspect in their ordering. They are uncomfortable with this self-censorship.

Random House, de faire un contrôle anticipé du livre. Le contrôle a été fait par des fonctionnaires supérieurs plutôt que par des inspecteurs de première ligne, et les fonctionnaires ont jugé que le livre ne constituait pas une exploitation indue des choses sexuelles. Je ne mets pas en doute le bien-fondé de cette décision. Toutefois, je tiens à souligner que si on avait accordé une telle attention aux biens destinés à Little Sisters, bon nombre des erreurs décrites précédemment auraient pu être évitées.

Malgré toutes ces difficultés, John Shearer, le directeur général de la Division des programmes douaniers, ne considérait pas que la prise pour cible de Little Sisters soulevait quelque problème que ce soit:

[TRADUCTION] [I]l n'y avait aucune preuve de harcèlement. Selon notre façon de concevoir le fonctionnement du système, il s'agissait de fait d'un cas d'application ordinaire, conforme aux pratiques et procédures que nous suivons au ministère.

Le fait que M. Shearer ait pu faire cette affirmation en regard de la preuve irrésistible à l'effet contraire qui a été présentée au cours du présent pourvoi fait bien ressortir l'ampleur du problème.

L'effet net de l'application du code 9956(a) à Little Sisters par les Douanes a été bien résumé par le juge Smith, qui s'est exprimé ainsi (au par. 99):

[TRADUCTION] Les délais et les inconvénients causés par la retenue et la prohibition d'envois qui lui étaient destinés ont fait du tort à Little Sisters sur le plan financier ainsi qu'à d'autres égards. Souvent, le matériel n'est plus récent au moment de sa réception et a perdu sa valeur commerciale. Les publications qu'on refuse de dédouaner en faveur de Little Sisters sont souvent importées sans problème et vendues par d'autres magasins. Des activités prévues, tels des lancements de livres, sont parfois compromises lorsque les Douanes interceptent l'envoi contenant les publications en cause. Les propriétaires dirigent souvent des clients vers des magasins d'intérêt général afin qu'ils puissent obtenir des publications que Little Sisters est incapable d'importer. Plus subtilement, M. Deva et M^{me} Fuller doivent être très circonspects dans leurs commandes. Cette autocensure les met mal à l'aise.

A discussion of the facts as brief as this cannot capture adequately the complexities of the record compiled in this appeal. Nevertheless, I hope to have conveyed a basic portrayal of the Customs legislation and its enforcement.

III. Analysis

A. *Applicability of Butler*

I agree with my colleague Binnie J.'s defence of the harm-based approach to obscenity set out by this Court in *Butler*, *supra*. In particular, I agree with his conclusions that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. It seems to me that the *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. I agree with Binnie J.'s conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials.

On this latter point, however, I wish to emphasize Binnie J.'s holding that it will be "very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or 'inherent necessities' defence" (para. 65). This is borne out by the fact that relatively few books have been held to be obscene in Canada: see, e.g., *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley's Lover* by D. H. Lawrence not obscene), and *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure* by John Cleland not obscene — a similar result was reached by the U.S. Supreme Court in *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413

Un aussi bref exposé des faits ne permet pas de cerner convenablement toutes les subtilités du dossier constitué dans le présent pourvoi. Néanmoins, j'espère avoir présenté l'essentiel de la législation douanière et de son application.

III. L'analyse

A. *L'applicabilité de l'arrêt Butler*

Je suis d'accord avec la défense que fait mon collègue le juge Binnie de l'approche fondée sur la détermination de l'obscénité en fonction du préjudice qu'a énoncée notre Cour dans l'arrêt *Butler*, précité. Je souscris notamment à sa conclusion selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Il me semble que le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudiciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Je suis également d'accord avec les conclusions du juge Binnie selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits.

Sur ce dernier point, toutefois, je désire souligner la conclusion du juge Binnie, selon laquelle il est «très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre, moyen d'expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les "besoins internes"» (para. 65). Cette conclusion est étayée par le fait que relativement peu de livres ont été jugés obscènes au Canada: voir, par exemple, *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L'Amant de Lady Chatterley* de D. H. Lawrence, non obscène), et *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*, par John Cleland, non obscène — la même conclusion a été tirée par la Cour suprême des États-Unis dans *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" c. Attorney General of Mas-*

193

194

195

(1966)). As Porter C.J.O. stated for the majority in *C. Coles Co.*, at p. 563:

The freedom to write books, and thus to disseminate ideas, opinions, and concepts of the imagination — the freedom to treat with complete candour of an aspect of human life and the activities, aspirations and failings of human beings — these are fundamental to progress in a free society. In my view of the law, such freedom should not, except in extreme circumstances, be curtailed.

196

I also wish to make it absolutely clear that a book must be read in its entirety when determining whether or not it is obscene. As Judson J. stated in the majority opinion in *Brodie*, at p. 702:

[A determination of obscenity] necessarily involves a reading of the whole book with the passages and words to which objection is taken read in the context of the whole book. Of that now there can be no doubt. No reader can find a dominant characteristic on a consideration of isolated passages and isolated words. Under this definition the book now must be taken as a whole. It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

See also the concurring opinion of Ritchie J. at p. 709. Customs must keep these points in mind when dealing with written works in the future.

197

I further agree with Binnie J. that the *Butler* test does not mean that concerns for minority expression cannot be taken into account. This is because, as my colleague points out, the national community standard relates only to harm not to taste. While *Butler* must be applied in a contextual manner, I am not convinced that homosexual pornography is so distinct from heterosexual pornography that a different standard must apply. As this Court recognized in *Butler*, at p. 502, “a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish”. Nonetheless,

sachusetts, 383 U.S. 413 (1966)). Comme l’a dit le juge en chef Porter de la Cour d’appel de l’Ontario, au nom de la majorité, dans l’arrêt *C. Coles Co.*, à la p. 563:

[TRADUCTION] La liberté d’écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l’imagination — la liberté de traiter sans retenue d’un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains — sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes.

Je désire aussi qu’il soit absolument clair qu’un livre doit être lu au complet lorsqu’on détermine s’il est obscène ou non. Comme l’a dit le juge Judson pour la majorité dans l’arrêt *Brodie*, à la p. 702:

[TRADUCTION] [Une constatation d’obscénité] suppose nécessairement la lecture de l’ensemble du livre, les extraits et les mots contestés étant considérés dans le contexte de l’ensemble du livre. Cela ne saurait maintenant être mis en doute. Aucun lecteur ne peut dégager une caractéristique dominante après examen d’extraits et de mots isolés. Suivant cette définition, le livre doit donc désormais être considéré globalement. Ce ne sont pas des passages et des mots donnés dans un certain contexte qu’on demande à la Cour de juger mais le livre en tant qu’œuvre complète. Il s’agit non pas de déterminer si certains extraits et certains mots, faisant partie d’un ouvrage, sont obscènes, mais plutôt si l’ouvrage dans son ensemble est obscène.

Voir également l’opinion concordante du juge Ritchie à la p. 709. Les Douanes devront avoir ces points à l’esprit lorsqu’ils examineront des écrits dans le futur.

Je partage en outre l’opinion du juge Binnie que le critère établi dans l’arrêt *Butler* ne signifie pas que le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité ne peut être pris en compte. Il en est ainsi parce que, comme le souligne mon collègue, la norme sociale nationale est fonction du préjudice et non du goût. Quoique l’arrêt *Butler* doive être appliqué d’une manière contextuelle, je ne suis pas convaincu que la pornographie homosexuelle soit à ce point différente de la pornographie hétérosexuelle qu’il faille lui appliquer une norme distincte. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt

we concluded that “it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs”. See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 776.

Given the near impossibility of demonstrating conclusive proof in these kinds of cases, this Court has wisely held on many occasions that the legislature is owed a certain amount of deference in fashioning solutions. The respondent Canada relied primarily on the evidence of Dr. Neil Malamuth. In his report, he concluded that “homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual pornography”. In his opinion, even allowing for differences in content, the messages conveyed in homosexual pornography were sufficiently similar to those in heterosexual pornography to raise an apprehension of harm.

The types of harms that *Butler* concluded might be exacerbated by obscenity are capable of being present in all human relationships, regardless of the sexual orientation of the individuals involved. There is no evidence that the homosexual community is immune from the kinds of problems that s. 163’s obscenity provisions are designed to address. On the contrary, the evidence is, sadly, that gay and lesbian relationships suffer from physical, sexual, and mental abuse in much the same way that heterosexual relationships do: see F. C. I. Hickson et al., “Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex” (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, at p. 281; D. Island and P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), at p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships* (1992), at p. 115; and S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Per-*

Butler, précité, à la p. 502, «il [peut] être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société». Néanmoins, nous avons jugé qu’«il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance». Voir également *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 776.

Étant donné qu’il est presque impossible de présenter une preuve concluante dans ce genre d’affaires, notre Cour a sagement conclu, à de nombreuses reprises, qu’il convenait de faire preuve d’un certain degré de déférence envers le législateur dans l’élaboration des solutions. Le Canada intimé s’est appuyé principalement sur la preuve fournie par le Dr Neil Malamuth. Dans son rapport, ce dernier a conclu que [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la pornographie hétérosexuelle». À son avis, même en tenant compte des différences de contenu, les messages transmis par la pornographie homosexuelle étaient suffisamment similaires à ceux transmis par la pornographie hétérosexuelle pour faire naître une appréhension de préjudice.

Les types de préjudices qui, a-t-on conclu dans l’arrêt *Butler*, sont susceptibles d’être exacerbés par l’obscénité, peuvent se retrouver dans toutes relations humaines, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause. Il n’y a aucune preuve que la communauté homosexuelle est à l’abri du genre de problèmes auxquels les dispositions en matière d’obscénité de l’art. 163 visent à remédier. Au contraire, la preuve indique malheureusement que les relations gaies et lesbiennes donnent lieu sensiblement aux mêmes abus physiques, sexuels et psychologiques que les relations hétérosexuelles: voir F. C. I. Hickson et autres, «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, à la p. 281; D. Island et P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), à la p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Rela-*

198

199

spective on the Lesbian Sexual Revolution (1993), at pp. 187-88. As a result, I conclude that there is a reasoned apprehension of harm from homosexual obscenity, and that *Butler* should apply to all obscenity, regardless of the sexual orientation of its audience.

B. Does the Customs Legislation Violate Section 2(b) of the Charter?

200

The respondents properly conceded that the Customs legislation violates s. 2(b). As this Court made clear in *Butler*, *supra*, at p. 489, depictions of purely physical sexual activity can be expression. This Court has ruled many times that even speech without any “redeeming” qualities deserves the protection of s. 2(b): see, e.g., *Keegstra*, *supra*, at p. 732; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1206 (the “Prostitution Reference”) (*per* Wilson J., in dissent but not on this point). Especially given the high value of the non-obscene materials affected by the Customs legislation, the violation of s. 2(b) is clear.

C. Does the Customs Legislation Violate Section 15(1) of the Charter?

201

For the reasons given by my colleague Binnie J., I agree that the Customs legislation does not itself violate s. 15(1) of the *Charter*. The Customs legislation incorporates the obscenity definition in s. 163(8) of the *Criminal Code*. As I have already made clear, the harm-based test for obscenity set out in *Butler* is the same for all materials, regardless of the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities (because these communities are defined by their sexuality and because they are minority communities), gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Any heightened need for pornogra-

ships (1992), à la p. 115; et S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution* (1993), aux pp. 187 et 188. En conséquence, j’estime que l’obscénité homosexuelle fait naître une appréhension raisonnée de préjudice, et que l’arrêt *Butler* doit s’appliquer à toute forme d’obscénité, indépendamment de l’orientation sexuelle du public visé.

B. La législation douanière viole-t-elle l’al. 2b) de la Charte?

Les intimés ont à juste titre concédé que la législation douanière contrevenait à l’al. 2b). Comme l’a clairement indiqué notre Cour dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 489, les représentations d’activités purement sexuelles peuvent constituer une forme d’expression. Notre Cour a jugé à de nombreuses reprises que même une forme d’expression dénuée de toute qualité «rachetant ses lacunes» méritait la protection de l’al. 2b): voir, par exemple, *Keegstra*, précité, à la p. 732; *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1206 (le «*Renvoi relatif à la prostitution*») (le juge Wilson, dissidente, mais non sur ce point). Compte tenu particulièrement de la grande valeur du matériel non obscène touché par la législation douanière, la violation de l’al. 2b) est claire.

C. La législation douanière viole-t-elle le par. 15(1) de la Charte?

Pour les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie, je reconnais que la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1) de la *Charte*. La législation douanière incorpore la définition d’obscénité figurant au par. 163(8) du *Code criminel*. Comme je l’ai déjà indiqué clairement, le critère de détermination de l’obscénité en fonction du préjudice qui a été établi dans l’arrêt *Butler* s’applique à tout matériel, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Quoiqu’il soit possible d’affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaie et lesbienne (parce qu’il s’agit de communautés minoritaires définies par leur sexualité), les gais et les lesbiennes ne cessent pas d’avoir accès au

phy in these communities, if such a need indeed exists, must be met through the use of non-harmful pornography. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

This said, it is crucial to keep in mind that, as Smith J. found at para. 282 of his reasons for judgment and as my colleague Binnie J. concludes at para. 123, the application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15. This is an important factor in determining the appropriate remedy in this appeal.

D. Legislation Versus Application

To this point, I have largely agreed with the conclusions of my colleague Binnie J. We differ, however, over the crucial issue of whether the Customs legislation itself is responsible for the constitutional violations documented in this case, or whether it is only the legislation's application that was at fault. We also differ over whether the infringements of the appellants' free expression rights have been justified by the government. Before turning to the s. 1 analysis, I wish to establish why I have reached the conclusion that it is the Customs legislation itself that is also responsible for the s. 2(b) violations in this case.

As noted, both my colleague Binnie J. and the courts below agreed that the legislation had been administered in an unconstitutional manner. In their opinion, the Customs legislation is capable of constitutional application and therefore a declaratory remedy is sufficient to safeguard the *Charter* rights involved. With the greatest respect, I cannot agree that this is the proper approach. This Court's precedents demand sufficient safeguards in the leg-

matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Tout besoin supérieur de pornographie dans ces communautés, à supposer bien entendu qu'un tel besoin existe, doit être comblé au moyen de pornographie non préjudiciable. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effets préjudiciables, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Cela dit, il est essentiel de se rappeler, comme ont conclu le juge Smith au par. 282 de ses motifs de jugement et mon collègue le juge Binnie au par. 123 des siens, que l'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15. Il s'agit d'un facteur important dans la détermination de la réparation qui convient dans le présent pourvoi.

D. La législation et son application

Jusqu'à maintenant, j'ai souscrit en grande partie aux conclusions de mon collègue le juge Binnie. Nous divergeons toutefois d'opinion sur la question cruciale de savoir si la législation douanière elle-même est responsable des violations de la Constitution qui sont documentées en l'espèce ou si celles-ci résultent uniquement de son application. Nous divergeons également d'opinion sur la question de savoir si les atteintes au droit à la liberté d'expression des appelants ont été justifiées par le gouvernement. Avant de passer à l'analyse relative à l'article premier, je tiens à expliquer pourquoi j'arrive à la conclusion que c'est la législation douanière elle-même qui est également responsable des violations de l'al. 2b) en l'espèce.

Comme je l'ai mentionné, tant mon collègue le juge Binnie que les juridictions inférieures sont d'avis que la loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle. Selon eux, la législation douanière peut être appliquée de manière constitutionnelle et, de ce fait, un jugement déclaratoire suffit pour sauvegarder les droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. En toute déférence, je ne peux accepter qu'il s'agit là de l'approche appropriée. La juris-

202

203

204

islative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. The legislation itself must provide an adequate process to ensure that *Charter* rights are respected when the legislation is applied at the administrative level.

205

Consequently, I disagree with my colleague Binnie J.'s interpretation of this Court's decisions in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In my opinion, these cases illustrate the vigilance of this Court in protecting *Charter* rights when the legislative scheme in question is being applied in an unconstitutional fashion. Regardless of whether the legislation is under- or over-inclusive, if it lends itself to the repeated violations of *Charter* rights, as does the legislative scheme here, the legislation itself is partially responsible and must be remedied.

206

In *Hunter v. Southam*, this Court considered a law that was, like the one at bar, capable of being applied in a constitutional manner. The law in question set out the procedures by which the Restrictive Trade Practices Commission (RTPC) authorized searches by the Combines Investigation Branch (CIB) to gather evidence of violations of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10. The law allowed the CIB to enter any premises "on which the Director [of the CIB] believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into", so long as a member of the RTPC granted an authorizing certificate available on *ex parte* application by the CIB: *Combines Investigation Act*. The government submitted that "the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be

prudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. La loi elle-même doit établir un processus propre à assurer le respect des droits garantis par la *Charte* lorsqu'elle est appliquée au niveau administratif.

Par conséquent, je suis en désaccord avec l'interprétation que fait mon collègue le juge Binnie des décisions de notre Cour dans les affaires *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. À mon avis, ces arrêts illustrent la vigilance avec laquelle notre Cour protège les droits garantis par la *Charte* lorsque le régime législatif en question est appliqué de façon inconstitutionnelle. Peu importe que la loi ait une portée trop restreinte ou trop large, si elle prête flanc aux violations répétées des droits garantis par la *Charte*, comme le fait le régime législatif en l'espèce, elle est alors partiellement responsable et doit être corrigée.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, notre Cour a examiné des mesures législatives qui, comme celles en cause en l'espèce, pouvaient être appliquées d'une manière constitutionnelle. Les dispositions en question établissaient la procédure par laquelle la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la «CPRC») autorisait la Direction des enquêtes sur les coalitions (la «DEC») à procéder à des fouilles ou perquisitions pour recueillir des éléments de preuve établissant des contraventions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10. Les dispositions contestées permettaient à la DEC de pénétrer dans tout local «où le directeur [de la DEC] cro[yait] qu'il p[ouvait] exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête», dans la mesure où un membre de la CPRC délivrait un certificat d'autorisation, que la

applied consistently with the *Charter*” (p. 153 (emphasis in original)). If such an approach had been adopted, the law probably would have been upheld. Nothing stopped RTPC members from issuing certificates only if there were reasonable and probable grounds that a search would uncover evidence.

However, Dickson J. (as he then was), writing for a unanimous Court, roundly rejected that argument. He stated, at p. 166, that to read the legislation “as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on [the legality of the search], without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate” (emphasis in original). Permissive legislation was not enough. The statute had to require prior authorization of the search by a “neutral and impartial” arbiter (at pp. 160-62). In that case, it was not thought sufficient to leave it to those applying the statute to deal with the matter; similarly here, it hardly seems appropriate to entrust the Customs bureaucracy, in its administration of the Customs legislation, to deal with the matter through proper recognition of the constitutional values in play.

Other decisions by this Court have confirmed *Hunter v. Southam*'s early promise not to entrust the vindication of constitutional rights to the executive branch. The most important case upholding this principle is *Morgentaler*, *supra*. In that case a majority of this Court (with Dickson C.J. and Beetz J. writing separately) struck down Canada's abortion law for unduly restricting access to abortions. While in *Morgentaler* the problem was a surfeit of “procedure” rather than an absence, the basic problem was the same as in this appeal: the legislation created unacceptable delays and limita-

DEC pouvait obtenir sur demande *ex parte*: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le gouvernement a prétendu qu' «en examinant la constitutionnalité de l'art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*» (p. 153 (souligné dans l'original)). Si une telle approche avait été retenue, la validité des dispositions aurait probablement été confirmée. Rien n'empêchait les membres de la CPRC de ne délivrer des certificats que s'ils croyaient, pour des motifs raisonnables et probables, que la fouille ou la perquisition permettrait de découvrir des éléments de preuve.

Toutefois, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant pour la Cour à l'unanimité, a carrément rejeté cet argument. Il a dit ceci, à la p. 166 : «[i]l serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que [les dispositions législatives] permettent simplement à la partie qui donne l'autorisation de vérifier [la légalité de la fouille], sans l'obliger à le faire» (souligné dans l'original). L'existence de dispositions législatives créant une faculté ne suffisait pas. La loi devait exiger que la fouille soit préalablement autorisée par un arbitre «neutre et impartial» (pp. 160 à 162). Dans cette affaire, on a jugé qu'il n'était pas suffisant de laisser aux responsables de l'application de la loi le soin de se charger de cette question; de même, en l'espèce, il apparaît peu judicieux de confier à la bureaucratie douanière, lorsqu'elle applique la législation douanière, la responsabilité de donner effet aux valeurs constitutionnelles en jeu.

D'autres arrêts de notre Cour ont confirmé la promesse faite plus tôt dans l'arrêt *Hunter c. Southam* de ne pas confier au pouvoir exécutif la défense des droits constitutionnels. La décision la plus importante qui a confirmé ce principe est l'arrêt *Morgentaler*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a invalidé (le juge en chef Dickson et le juge Beetz ayant rédigé des motifs distincts) les dispositions législatives canadiennes en matière d'avortement parce qu'elles restreignaient indûment l'accès aux avortements. Quoique, dans *Morgentaler*, le problème ait été non pas une absence

tions on the right to an abortion, just as the Customs legislation creates unacceptable delays and limitations on the right to import non-obscene expressive materials. As Dickson C.J. wrote in *Morgentaler*, at p. 75, “many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system”. Similarly in this appeal, a great number of non-obscene works that Parliament did not intend to prohibit have been barred from entering the country as a result of the flaws inherent in the current regime.

de «procédure» mais une procédure surabondante, le problème fondamental était le même que dans le présent pourvoi: les dispositions législatives avaient créé des délais et des restrictions inacceptables relativement au droit à l’avortement, tout comme la législation douanière crée de tels délais et restrictions relativement au droit d’importer du matériel expressif non obscène. Comme a écrit le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Morgentaler*, à la p. 75, «beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l’impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d’être tenues responsables ou de s’exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l’art. 251». De même, dans le présent pourvoi, une grande quantité d’œuvres non obscènes, que le Parlement n’entendait pas prohiber, ne peuvent entrer au pays par suite des lacunes intrinsèques du régime actuel.

209

Morgentaler also rejected the argument that any problems were a product of maladministration, not the legislation itself. As Beetz J. noted at pp. 92-93, three main factors contributed to the impugned delays in the system: “(1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself”. Only the third of these was directly imposed by the legislation. Under the legislation it was entirely open to the Canadian Council on Hospital Accreditation and the provincial Ministers of Health to approve more hospitals to perform abortions. The legislation did not prevent hospitals from appointing more therapeutic abortion committees. The legislation did not force hospitals to set insufficient abortion quotas. Nonetheless, the majority of the Court recognized that these problems were attributable to the legislation’s own shortcomings: see *ibid.*, at p. 62, *per* Dickson C.J.; at p. 98, *per* Beetz J.

L’arrêt *Morgentaler* a également rejeté l’argument selon lequel les problèmes étaient imputables non pas à la loi elle-même mais à sa mauvaise application. Comme l’a souligné le juge Beetz, aux pp. 92 et 93, trois facteurs principaux contribuaient aux délais reprochés au système: «(1) l’absence, dans bien des régions du Canada, d’hôpitaux dotés de comités de l’avortement thérapeutique, (2) les contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d’avortements thérapeutiques qu’ils pratiqueront et (3) l’obligation même de recourir à un comité». Seul le troisième de ces facteurs était directement imposé par la loi elle-même. Selon la loi, il était tout à fait loisible au Conseil canadien d’agrément des hôpitaux et aux ministres provinciaux de la Santé d’accréditer ou d’approuver davantage d’hôpitaux afin qu’ils puissent pratiquer des avortements. La loi n’empêchait pas les hôpitaux de constituer davantage de comités de l’avortement thérapeutique. La loi n’obligeait pas les hôpitaux à fixer des contingents d’avortements insuffisants. Néanmoins, notre Cour à la majorité a reconnu que ces problèmes étaient attribuables aux lacunes de la loi elle-même: voir, *ibid.*, à la p. 62, le juge en chef Dickson; à la p. 98, le juge Beetz.

A final example is *Bain, supra*, where this Court struck down Crown Attorneys' power to "stand aside" up to 48 prospective jurors without cause. Writing for a plurality, Cory J. decided at pp. 103-4, that this was unacceptable:

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. Rather the offending statutory provision should be removed. [Emphasis added.]

In concurring reasons, Stevenson J. similarly held, at p. 155, that while "the stand by may be used beneficially, I do not think we can rely on professed good intentions to uphold such a disparity".

The issue is therefore not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally, as Binnie J. suggests. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. It lacks an adequate process to ensure that s. 2(b) rights are fully considered and respected. The Customs legislation's failure in this regard practically invites violations of the right to free expression, which is exactly what has happened. It is the inevitable result of leaving the protection of fundamental *Charter* rights solely to the good faith discretion of delegated power.

In this case, Binnie J. argues that a failure at the implementation level can be addressed at that level. As will be discussed below, however, the government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will ade-

210
Un dernier exemple est l'arrêt *Bain*, précité, dans lequel notre Cour a annulé le pouvoir du substitut du procureur général d'«écarter» sans justification jusqu'à 48 candidats jurés. S'exprimant au nom d'une pluralité de juges, le juge Cory a conclu, aux pp. 103 et 104, que ce pouvoir était inacceptable:

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. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie. [Je souligne.]

Dans ses motifs concordants, le juge Stevenson a lui aussi conclu, à la p. 155, que «la mise à l'écart peut être employée de façon bénéfique, mais je ne crois pas que nous puissions nous en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité».

211
La question en litige ne consiste donc pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle, comme le suggère le juge Binnie. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Elle n'est dotée d'aucun processus propre à permettre la prise en considération et le respect intégraux des droits garantis par l'al. 2b). La déficience de la législation douanière à cet égard constitue pratiquement une invitation à la violation de la liberté d'expression, exactement ce qui s'est produit. Il s'agit du résultat inévitable du fait de s'en remettre uniquement à la bonne foi du délégataire d'un pouvoir discrétionnaire pour ce qui concerne la protection des droits fondamentaux garantis par la *Charte*.

212
En l'espèce, le juge Binnie avance qu'un manquement au niveau de la mise en œuvre peut être corrigé à ce niveau. Comme nous le verrons plus loin, cependant, le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la

quately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the “rough and ready border screening procedure”, as referred to by Binnie J. (at para. 80), that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed. Violations of expressive rights stemming from the review procedures are caused by the legislation itself and cannot be remedied at the implementation level. They require Parliament to turn its attention to the entire scheme under which expressive materials are prevented from entering Canada and to craft a response which at least makes a significant effort to take the expressive rights which are interfered with by such a regime into account.

213 In fact, the trial judge himself found that some of the violations of expressive rights in this case stemmed from the Customs legislation itself. He stated (at para. 234):

The deleterious effects of the legislation, as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials.

When the problems at the review stages are also taken into consideration, it is clear that the legislative scheme must take significant responsibility for the violations of expressive rights that have been documented in this case. This is not surprising when one considers that the Customs legislation was designed to deal with mechanical, objective determinations under a taxing regime and not nuanced judgments on literary and expressive values that are inherently subjective. I therefore conclude that it is the Customs legislation itself which is largely responsible for the infringement of s. 2(b) *Charter* rights in this case.

mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d'expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d'une conduite exemplaire. En outre, ce n'est pas seulement la «procédure sommaire de contrôle frontalier» mentionnée par le juge Binnie (au par. 80) qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l'ensemble du système de révision de ces décisions initiales. Les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression qui découlent de la procédure de révision sont causées par la loi elle-même et ne peuvent être corrigées au niveau de la mise en œuvre. Pour y remédier, le Parlement doit revoir l'ensemble du régime qui empêche l'entrée au Canada du matériel expressif et élaborer une solution par laquelle on s'efforcera à tout le moins de prendre en compte les droits à la liberté d'expression auxquels porte atteinte ce régime.

En fait, le juge de première instance lui-même a estimé que certaines atteintes aux droits liés à la liberté d'expression découlaient en l'espèce de la législation douanière elle-même. Voici ce qu'il dit (au par. 234):

[TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel.

Lorsqu'on prend également en compte les problèmes survenant aux étapes de révision, il est clair que le régime établi par la loi porte une part appréciable de responsabilité pour les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression documentées en l'espèce. Cela n'est pas étonnant si l'on considère que la législation douanière a été conçue pour permettre la prise de décisions mécaniques et objectives en application d'un régime d'imposition et non la formulation d'opinions nuancées sur des valeurs littéraires et expressives qui sont intrinsèquement subjectives. J'arrive donc à la conclusion que c'est la législation douanière elle-même qui, en l'espèce, est largement responsable de l'atteinte aux droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte*.

E. *Is the Violation of Section 2(b) Justified Under Section 1?*(i) Introduction

Having reached this conclusion, I will now turn my attention to whether the government has successfully justified the violations of expressive rights in this case. As the analysis below will establish, I do not agree with the view that the Customs legislation minimally impairs the appellants' s. 2(b) rights or that the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects. While Binnie J. concludes that it is only s. 152 of the *Customs Act* which cannot be justified under s. 1, and therefore must be read down, I believe the whole regime must fall.

The appropriate test under s. 1 is well-known. There are three essential requirements: (1) the limit on *Charter* freedoms must be "prescribed by law"; (2) the law in question must be directed at a "pressing and substantial objective"; and (3) the means chosen must be a rational, proportionate response to the legislative objective. There are three elements of the third requirement: the law must show a rational connection to the government's objective, it must minimally impair the rights in question, and the legislation's benefits must outweigh its deleterious effects on *Charter* rights. See, e.g., *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 21 and 97; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 887; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Both Smith J. and Macfarlane J.A. suggested that *Butler* controlled the s. 1 analysis in this appeal: see Smith J.'s reasons for judgment, at para. 206; Macfarlane J.A.'s reasons for judgment ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), at para. 75. With

E. *La violation de l'al. 2b) est-elle justifiée au regard de l'article premier?*(i) Introduction

Ayant tiré cette conclusion, je vais maintenant examiner la question de savoir si le gouvernement a réussi à justifier les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression dans la présente affaire. Comme l'établira l'analyse qui suit, je ne partage pas l'avis que la législation douanière porte le moins possible atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2b) ou que ses avantages l'emportent sur ses effets préjudiciables. Bien que le juge Binnie conclue que seul l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* ne peut être justifié au regard de l'article premier et doit donc recevoir une interprétation atténuante, j'estime pour ma part que l'ensemble du régime doit être invalidé.

Le critère approprié pour l'application de l'article premier est bien connu. Il comporte trois conditions essentielles: (1) la restriction des libertés garanties par la *Charte* doit être «prescrite par une règle de droit»; (2) la loi en question doit viser un «objectif urgent et réel»; (3) les moyens choisis doivent constituer une solution rationnelle et proportionnelle à l'objectif visé par la loi. La troisième condition se subdivise en trois éléments: il doit exister un lien rationnel entre la loi et l'objectif du gouvernement, la loi doit porter le moins possible atteinte aux droits en question et les avantages de la loi doivent l'emporter sur les effets préjudiciables qu'elle a sur les droits garantis par la *Charte*. Voir, par exemple, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, aux par. 21 et 97; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 887; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Tant le juge Smith, du tribunal de première instance, que le juge Macfarlane de la Cour d'appel ont avancé que, en l'espèce, l'arrêt *Butler* régit l'analyse fondée sur l'article premier: voir les motifs du juge Smith, au par. 206, et ceux du juge Macfarlane ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), au par. 75. En toute déférence, je ne peux pas être

214

215

216

respect, I cannot agree. The appellants put the point well at para. 87 of their factum:

Butler concerned Parliament's constitutional competence to proscribe the distribution of obscene material. *Butler* had nothing to do with the **process** by which material is judged to be obscene except to the extent that it is judged to be obscene after a criminal trial process. [Emphasis in original.]

While the reasoning of *Butler* is obviously instructive for many aspects of this appeal, I cannot accept that it is dispositive of the s. 1 analysis.

(ii) The Importance of Context

217 As this Court has frequently pointed out, context is indispensable to the s. 1 analysis of freedom of expression cases:

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.

(*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87)

See also *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 129-34; *Butler, supra*, at p. 500. A vitally important contextual factor is the nature of the expressive activity the state is seeking to restrict: see *Keegstra, supra*, at p. 760. In *Thomson Newspapers*, at para. 91, Bastarache J. explained that the nature of the expression in question matters "not because a lower standard is applied, but because the low value of the expression may be more easily outweighed by the government objective". Similarly, in *RJR-MacDonald, supra*, McLachlin J. (as she then was) noted at para. 134 that "nothing in the jurisprudence suggests that the contextual approach reduces the obligation on the state to meet the burden of demonstrating that the limita-

d'accord. Les appelants ont bien énoncé la question au par. 87 de leur mémoire:

[TRADUCTION] L'affaire *Butler* portait sur la compétence constitutionnelle du Parlement de proscrire la diffusion de matériel obscène. L'affaire *Butler* ne concernait aucunement le **processus** par lequel le matériel est jugé obscène, sauf dans la mesure où il est jugé obscène au terme d'un procès criminel. [En caractères gras dans l'original.]

Quoique le raisonnement suivi dans l'arrêt *Butler* soit évidemment instructif relativement à bien des aspects du présent pourvoi, je ne peux accepter l'argument qu'il a un caractère déterminant en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier.

(ii) L'importance du contexte

Comme l'a fréquemment souligné notre Cour, le contexte est un élément indispensable de l'analyse fondée sur l'article premier dans les affaires de liberté d'expression:

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*.

(*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87)

Voir également *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 63; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 129 à 134; *Butler, précité*, à la p. 500. La nature de l'activité d'expression que l'État cherche à restreindre constitue un facteur crucial: voir *Keegstra, précité*, à la p. 760. Dans *Thomson Newspapers, précité*, au par. 91, le juge Bastarache a expliqué que la nature de la forme d'expression en question avait de l'importance «pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci». De même, dans l'arrêt *RJR-MacDonald, précité*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souligné, au par. 134,

tion on rights imposed by the law is reasonable and justified". In short, neither the value of the expressive material, nor any other contextual factor, will ever be determinative.

As Sopinka J. stated in *Butler, supra*, at p. 499, the core values of freedom of expression include "the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment". Obscenity "does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the 'core' of the freedom of expression values": *Butler, supra*, at p. 500; cf. *Keegstra, supra*, at pp. 762-63. However, the very nature of a contextual approach demands attention to how the Customs legislation is actually applied. As Smith J. found, at para. 223, "much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene". Moreover, these were not isolated errors like those dismissed as constitutionally insignificant by Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at p. 783. To the contrary, Smith J. found "grave systemic problems in the Customs administration" (para. 250), not isolated instances of "illegal police harassment". Smith J.'s conclusion is confirmed by a record that is replete with detentions and seizures of award-winning novels, safe-sex manuals, celebrations of gay and lesbian identity, and other extremely meritorious items.

The government's burden under s. 1 is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. In my view, my colleague Binnie J. incorrectly analyzes the s. 1 justification with regard only to the Customs legislation when properly administered. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter*

que «la jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée». En bref, ni la valeur du matériel expressif ni aucun autre facteur contextuel n'auront jamais un rôle déterminant.

Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 499, parmi les valeurs qui constituent l'essence de la liberté d'expression mentionnons «la recherche de la vérité, [...] la participation au processus politique et [...] l'épanouissement personnel». L'obscénité «n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'«essence» des valeurs relatives à la liberté d'expression»: *Butler*, précité, à la p. 500; cf. *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763. Toutefois, une démarche contextuelle exige de par sa nature même que l'on porte attention à la manière dont la législation douanière est appliquée dans les faits. Comme a conclu le juge Smith, au par. 223, [TRADUCTION] «une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d'obscénité n'est pas, dans les faits, obscène». De plus, il ne s'agissait pas d'erreurs isolées comme celles qui ont été qualifiées de négligeables sur le plan constitutionnel par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 783. Au contraire, le juge Smith a conclu à l'existence de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves dans l'administration douanière» (par. 250), et non de cas isolés de «harcèlement policier illégal». La conclusion du juge Smith est confirmée par un dossier qui regorge d'exemples de retenues et de saisies de romans primés, de guides sur les pratiques sexuelles sans risque, d'éloges de l'identité homosexuelle et d'autres documents extrêmement valables.

Conformément à l'article premier, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de la loi. À mon avis, mon collègue le juge Binnie fait erreur en analysant la justification requise par l'article premier au regard seulement de la législation douanière lorsqu'elle est bien appliquée. L'examen d'un tel idéal hypothé-

rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. As we recognized in *Butler and Keegstra*, this will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant.

tique risque de permettre que même des violations flagrantes de la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Comme nous l'avons reconnu dans les arrêts *Butler* et *Keegstra*, cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent.

220

Many of the seized items were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(b). A number of commentators have stated that it is important that all Canadians have the freedom to criticize and challenge the dominant culture: As Wendy McElroy has noted in *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), at p. 141: "Freedom of speech is the ally of those who seek change; it is the enemy of those who seek to maintain control. Pornography is nothing more or less than freedom of speech applied to the sexual realm". Similarly, C. Paglia has described pornographic images as "shock devices to break down bourgeois norms of decorum, reserve, and tidiness": *Vamps & Tramps* (1994), at p. 66; see also L. Duggan, N. Hunter and C. S. Vance, "False Promises: Feminist Anti-pornography Legislation in the U.S.", in V. Burstyn, ed., *Women Against Censorship* (1985), 130, at p. 145; M. D. Lepofsky, "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation", in F. E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, at p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), at p. 157; and L. Nead, "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality", in N. Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, at p. 489.

Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2b). Plusieurs auteurs ont indiqué qu'il est important que tous les Canadiens soient libres de critiquer et de contester la culture dominante. Comme l'a fait remarquer Wendy McElroy, dans *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), à la p. 141: [TRADUCTION] «La liberté de parole est l'alliée de ceux qui prônent le changement; elle est l'ennemie de ceux qui désirent conserver le pouvoir. La pornographie n'est rien de plus et rien de moins que la liberté de parole appliquée au domaine sexuel». De même, C. Paglia a qualifié les images pornographiques [TRADUCTION] «d'instruments de choc pour briser les normes bourgeoises que sont les convenances, la réserve et l'ordre»: *Vamps & Tramps* (1994), à la p. 66; voir également L. Duggan, N. Hunter et C. S. Vance, «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.», dans V. Burstyn, dir., *Women Against Censorship* (1985), 130, à la p. 145; M. D. Lepofsky, «Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation», dans F. E. McArdle, dir., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, à la p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), à la p. 157; L. Nead, «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality», dans N. Mirzoeff, dir., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, à la p. 489.

Another contextual factor, identified in *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94, is whether the government is mediating between competing groups as a social policy maker. In such cases, a more deferential approach is appropriate than when the government acts as a “singular antagonist of the individual whose right has been infringed”; see also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772. In this appeal, the Customs legislation attempts to balance the right to free expression and the government interest in protecting society from obscene materials. Clearly some latitude to Parliament is appropriate. That said, I agree with McLachlin J.’s warning at para. 136 of *RJR-MacDonald, supra*:

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. . . . 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.

While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

(iii) A Limit Prescribed by Law

Section 1 of the *Charter* allows only those limits on rights that are “prescribed by law”. Citing *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 635 and 639, Smith J. described the test as follows (at para. 153):

What is required is that the law in question be sufficiently intelligible to provide fair notice to citizens, that is, “an understanding that certain conduct is the subject

Un autre facteur contextuel, dégagé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994, est la question de savoir si le gouvernement joue le rôle d’arbitre entre des groupes opposés lorsqu’il agit comme architecte de la politique sociale. Dans de tels cas, une approche empreinte d’une plus grande déférence convient davantage que dans les cas où le gouvernement agit en tant qu’«adversaire singulier de l’individu dont le droit a été violé»; voir également l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 772. Dans le présent pourvoi, la législation douanière tente de mettre en équilibre le droit à la liberté d’expression et l’intérêt qu’a l’État à protéger la société contre l’obscénité. Il est clairement approprié de laisser une certaine latitude au Parlement. Cela dit, je suis d’accord avec la mise en garde suivante, faite par le juge McLachlin au par. 136 de l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité:

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. [. . .] 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.

Quoiqu’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*.

(iii) Une restriction prescrite par une règle de droit

L’article premier de la *Charte* n’autorise que les restrictions aux droits qui sont prescrites «par une règle de droit». Citant l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 635 et 639, le juge Smith a décrit ainsi le critère (au par. 153):

[TRADUCTION] Il faut que la règle de droit en question soit suffisamment intelligible pour constituer un avertissement raisonnable aux citoyens, savoir «la conscience

of legal restrictions” (p. 635). In addition, the law must be precise enough that it sufficiently describes the boundaries of unlawful conduct and delineates “an area of risk to allow for substantive notice to citizens” (p. 639).

See also *Butler, supra*, at p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 35-11 and 35-12.

qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales» (p. 635). En outre, la règle de droit doit être assez précise pour décrire de façon suffisante les contours de la conduite illégale et pour délimiter «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis» (p. 639).

Voir également *Butler*, précité, à la p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, aux pp. 35-11 et 35-12.

223 There can be no doubt that the Customs legislation itself is relatively clear; the challenges made by the appellants and Finch J.A. focused on whether the substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard.

Il ne fait aucun doute que la législation douanière elle-même est relativement claire; les objections formulées par les appelants et le juge Finch portaient principalement sur la question de savoir si la norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d’obscénité, telle qu’elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible.

224 In his dissent Finch J.A. found, at para. 218, that Memorandum D9-1-1 was not “law”; that Customs officers could not apply the legislation without the memo; and that therefore the standard being applied was not one prescribed by law. I agree with Finch J.A. that Memorandum D9-1-1 is not “law”; indeed, this was conceded on appeal. However, and with great respect, I cannot agree that Customs officers are entirely without an intelligible standard. First of all, the fact that a law requires administrative interpretation is not necessarily fatal. For example, in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, the Court considered a law restricting political participation by public servants. The plaintiffs in that appeal claimed that the limit on their rights was not prescribed by law because it “require[d] extensive guidelines in the form of non-authoritative views” (p. 94), just as Memorandum D9-1-1 does in the present appeal. The Court rejected that claim. Even though the legislation presented “considerable difficulty in application to a specific situation”, “difficulty of interpretation cannot be equated

Dans sa dissidence, le juge Finch a conclu, au par. 218, que le Mémoire D9-1-1 ne constituait pas «une règle de droit», que les agents des douanes ne pouvaient pas appliquer la législation sans le Mémoire et que, en conséquence, la norme qui était appliquée n’était pas prescrite par une règle de droit. Je partage l’avis du juge Finch que le Mémoire D9-1-1 ne constitue pas «une règle de droit»; ce point a d’ailleurs été concédé en appel. En toute déférence, cependant, je ne peux accepter que les agents des douanes ne disposent d’absolument aucune norme intelligible. Premièrement, le fait qu’une règle de droit nécessite une interprétation administrative n’est pas nécessairement déterminant. Par exemple, dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, notre Cour a examiné une règle de droit restreignant les activités politiques des fonctionnaires. Dans ce pourvoi, les demandeurs prétendaient que la restriction apportée à leurs droits n’était pas prescrite par une règle de droit parce qu’elle «rend[ait] nécessaire des lignes directrices détaillées revêtant la forme d’opinions qui ne font pas autorité en la matière» (p. 94), tout comme le fait le Mémoire D9-1-1 dans la présente affaire. Notre Cour a rejeté cette prétention. Même si l’«application [de la loi] à un cas particulier est [. . .] fort difficile», la «difficulté d’inter-

with the absence of any intelligible standard” (pp. 96-97).

Second, and more importantly, I believe the Customs legislation (through s. 163(8)) provides an intelligible standard for the simple reason that the *Butler* test is an intelligible standard. In *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 639, we held that legislation must define “an area of risk to allow for substantive notice to citizens”. Subsection 163(8) provides “substantive notice to citizens” in the criminal context. It is equally capable of providing such notice in the Customs context. Whether the procedures in place for applying that standard are sufficient to protect the expressive rights at stake — the question to which I will soon turn — is an entirely different matter.

(iv) Pressing and Substantial Objective

In *Butler, supra*, at p. 496, this Court recognized that “the harm caused by the proliferation of materials which seriously offend the values fundamental to our society is a substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression”. The Customs legislation is similarly intended to limit the importation of obscene materials into the country, and I conclude that this objective is pressing and substantial.

That said, I would note that in *Butler, supra*, at p. 498, Sopinka J. also warned that “the objective of the impugned section is valid only in so far as it relates to the harm to society associated with obscene materials”. What is challenged primarily in this appeal is not the exclusion of obscenity from this country; instead, it is the legislation which establishes the procedural mechanism for doing so, by which a great number of non-obscene works are detained or prohibited. The narrow ambit of the government’s legitimate purpose will be important to remember when determining whether the Customs legislation is a proportional

prétation n’emporte pas absence de norme intelligible» (pp. 96 et 97).

Deuxièmement, élément encore plus important, j’estime que la législation douanière (par l’entremise du par. 163(8)) fournit une norme intelligible tout simplement parce que le critère énoncé dans l’arrêt *Butler* constitue une telle norme. Dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society, précité*, à la p. 639, nous avons jugé que la loi devait circonscrire «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis». Le paragraphe 163(8) fait en sorte que «les citoyens soient prévenus quant au fond» en matière criminelle. Il est également capable de le faire en contexte douanier. La question de savoir si les procédures qui existent actuellement aux fins d’application de cette norme suffisent pour protéger les droits liés à la liberté d’expression en cause — aspect que je vais bientôt examiner — constitue une toute autre question.

(iv) L’objectif urgent et réel

Dans l’arrêt *Butler, précité*, à la p. 496, notre Cour a reconnu que «le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l’encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d’expression». La législation douanière vise elle aussi à limiter l’importation de matériel obscène au pays, et j’estime qu’il s’agit d’un objectif urgent et réel.

Cela dit, je tiens à souligner que dans l’arrêt *Butler, précité*, à la p. 498, le juge Sopinka a également fait la mise en garde suivante: «l’objectif de la disposition attaquée est valide seulement dans la mesure où il vise le préjudice que le matériel obscène risque de causer à la société». Dans le présent pourvoi, ce n’est pas l’exclusion de l’obscénité de notre pays qui est contestée au premier chef, mais plutôt les mesures législatives qui établissent le mécanisme procédural servant à cette fin et en vertu duquel beaucoup d’œuvres non obscènes sont retenues ou prohibées. Il sera important de se rappeler le champ d’application restreint de

225

226

227

response to the danger posed by the entry of obscene materials to Canada.

(v) Proportionality

(a) *Rational Connection*

228

This test is not particularly onerous. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, a rational connection may be found “on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective”: see also *ibid.*, at para. 184, *per* Iacobucci J., concurring; *Keegstra*, *supra*, at p. 776. Applying this standard in *Butler*, *supra*, at p. 504, Sopinka J. held that scientific proof of obscenity laws’ efficacy was unnecessary:

... I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community’s disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective.

229

In my opinion, preventing obscene materials from ever entering the country is also a rational a means of protecting society from harm. While, as noted above, the Customs legislation in practice prohibits many works that are not obscene, I believe this argument is better addressed to minimal impairment than rational connection.

(b) *Minimal Impairment*

(1) Introduction

230

In light of the Customs legislation’s failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, I conclude that it is not minimally intrusive. As noted above, the only accommodation made for expressive

l’objectif légitime du gouvernement lorsque viendra le moment de déterminer si la législation douanière est une réponse proportionnée au danger que constitue l’entrée de matériel obscène au Canada.

(v) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Ce critère n’est pas particulièrement exigeant. Comme l’a dit le juge McLachlin dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 154, on peut conclure à l’existence d’un lien rationnel «sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d’une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l’objectif législatif»: voir également, *ibid.*, au par. 184, le juge Iacobucci, dans des motifs concordants; *Keegstra*, précité, à la p. 776. Appliquant cette norme dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 504, le juge Sopinka a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’apporter la preuve scientifique de l’efficacité des dispositions en matière d’obscénité:

... j’estime qu’il existe un lien suffisamment rationnel entre l’objectif et la sanction pénale, qui, d’une part, montre la désapprobation de notre société à l’égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d’autre part, restreint l’influence négative que ce genre de matériel risque d’avoir sur les changements d’attitude et de comportement.

À mon avis, le fait d’empêcher du matériel obscène d’entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Bien que, comme je l’ai mentionné précédemment, la législation douanière interdise dans les faits de nombreuses œuvres qui ne sont pas obscènes, j’estime qu’il est préférable d’examiner cet argument à l’étape de l’atteinte minimale plutôt qu’à celle du lien rationnel.

b) *L’atteinte minimale*

(1) Introduction

Étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, j’estime que ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. Comme je l’ai

materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. In my view, this is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, make it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level. Thus the one accommodation provided is not even triggered for the vast majority of prohibitions.

Context must be kept in mind at this stage of the analysis. While the Customs legislation does not engage the appellants' personal liberty interests, as is the case with an obscenity-related charge under s. 163 of the *Criminal Code*, it does engage one of the rights most central to the well-being of a free and democratic society — that of free expression. The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction.

(2) The Nature of Prior Restraint

The Customs legislation enacts a prior restraint on speech. A prior restraint is “a requirement that the censor, acting to enforce standards announced by statute, must approve before one may publish or exhibit”: A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2nd ed. 1986), at p. 135. By contrast, subsequent prohibitions depend “not on prior censorship, but on subsequent criminal prosecutions and on their *in terrorem* effect”: *ibid.*, at p. 136. Prior restraints are particularly severe restrictions on speech.

mentionné précédemment, la seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. À mon avis, cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67. Par conséquent, la seule mesure spéciale qui a été prévue n'entre même pas en jeu dans la vaste majorité des prohibitions.

Il faut avoir le contexte à l'esprit à cette étape de l'analyse. Quoique la législation douanière ne fasse pas intervenir les droits à la liberté personnelle des appelants, comme le fait une accusation relative à l'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*, elle fait intervenir l'un des droits les plus fondamentaux pour le bien-être d'une société libre et démocratique — la liberté d'expression. La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale.

(2) La nature des restrictions préalables

La législation douanière édicte une restriction préalable à la liberté de parole. Constitue une restriction préalable [TRADUCTION] «l'obligation que le censeur, lorsqu'il applique des normes annoncées par la loi, doit donner son autorisation avant la publication ou l'exposition»: A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2^e éd. 1986), à la p. 135. À l'opposé, les prohibitions subséquentes reposent [TRADUCTION] «non pas sur une censure préalable, mais sur des poursuites criminelles subséquentes et sur leur effet *in terrorem*»: *ibid.*, à la p. 136. Les restrictions préalables constituent des restrictions particulièrement sérieuses à la liberté de parole.

231

232

233

The common law has a long tradition disfavouring prior restraint. For example, in the famous English case of *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, the plaintiff sued several of the King's messengers in trespass for entering into his home, searching through his private papers, and seizing certain items. The defence relied on a King's warrant authorizing them to search for seditious writings. The court rejected their defence, holding that the State could not invade a person's privacy without any evidence that he was guilty of libel (at p. 817):

The warrant in our case was an execution in the first instance, without any previous summons, examination, hearing the plaintiff, or proof that he was the author of the supposed libels; . . . it was left to the discretion of these defendants to execute the warrant in the absence or presence of the plaintiff, when he might have no witness present to see what they did . . .

234

Similarly, in his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book IV, at pp. 151-52, Blackstone equates prior restraints with the death of free speech:

The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no *previous* restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every free-man has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this, is to destroy the freedom of the press; but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity. [Italics in original; underlining added.]

Interpreting this common law history as incorporated into the First Amendment to the United States Constitution, former United States Chief Justice Hughes wrote in *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), at p. 713, that the "chief purpose"

La common law a comme tradition de longue date de décourager les restrictions préalables. Par exemple, dans la célèbre affaire anglaise *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, le demandeur avait poursuivi plusieurs des messagers du Roi pour intrusion parce qu'ils avaient pénétré dans sa demeure, fouillé dans ses documents personnels et saisi certains articles. La défense a invoqué le mandat du Roi autorisant les messagers à exécuter la fouille en vue de trouver des écrits séditeux. La cour a rejeté ce moyen de défense, jugeant que l'État ne pouvait pas violer la vie privée d'une personne en l'absence de toute preuve qu'elle était coupable de libelle (à la p. 817):

[TRADUCTION] En l'espèce, le mandat était un cas d'exécution immédiate, sans citation préalable à comparaître, sans interrogatoire préalable, sans audition du demandeur et sans preuve qu'il était l'auteur des libelles reprochés; [. . .] Les défendeurs avaient le pouvoir discrétionnaire d'exécuter le mandat soit en présence du demandeur soit en son absence, alors même que ce dernier pouvait n'avoir aucun témoin présent pour observer ce qu'ils faisaient. . .

De même, dans *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), Livre IV, aux pp. 151 et 152, Blackstone assimile les interdictions préalables à la mort de la liberté d'expression:

La liberté de la presse est véritablement essentielle à la nature d'un État libre: mais ce qui la constitue, c'est l'affranchissement de tout obstacle, de toute restriction *avant* la publication, et non de toute répression de toute punition *après* la publication, si l'objet en est criminel. Tout homme libre a le droit incontestable de publier telles opinions qu'il lui plaît; le lui défendre, ce serait détruire la liberté de la presse; mais si ce qu'il publie est inconvenant, nuisible, ou illégal, il doit supporter les conséquences de sa propre témérité. [En italique dans l'original; je souligne.]

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, aux pp. 453 et 454)

Considérant que cette tradition de la common law avait été incorporée au Premier Amendement de la Constitution américaine, l'ancien juge en chef des États-Unis Hughes a écrit, dans *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), à la p. 713, que [TRADUC-

of the right to free speech is “to prevent previous restraints upon publication”.

I would stop short of asserting, like Blackstone, that any prior restraint is necessarily destructive of freedom of the press. As the respondent Attorney General of British Columbia points out, this Court has not universally adhered to a rule against prior restraints: see, e.g., *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. (The same is true of the United States Supreme Court: see *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) However, we have demanded that prior restraint only be used where necessary to vindicate the societal interests at stake. For example, in *Dagenais, supra*, the Court put constitutional limits on the use of publication bans. The Court placed the burden of proof on the party seeking the ban; required the trial judge to consider all reasonable alternatives to a ban; directed the trial judge to limit the scope of the ban as much as possible; and permitted a ban only where the privacy rights at stake outweighed the right to free speech (at pp. 881 and 890-91). In short, a prior restraint was permitted only when it was necessary, and when it was as narrowly tailored as possible. Similarly, in *Taylor, supra*, the prior restraint was only imposed after the appellants had been held in contempt of a prior order to cease and desist disseminating hate speech. Moreover, neither of these cases involved a pure prior restraint on speech. In both cases, the bans were enforced by subsequent punishment, not by a requirement, like the one in the Customs legislation, to submit materials for approval.

There are very good reasons for the traditional reticence of English, American, and Canadian

TION] «[l']objet premier» du droit à la liberté d'expression est «d'empêcher les restrictions préalables à la publication».

Je n'irais pas jusqu'à affirmer, comme Blackstone, que toute restriction préalable a nécessairement pour effet de détruire la liberté de la presse. Comme le souligne le procureur général de la Colombie-Britannique intimé, notre Cour n'a pas adhéré universellement à une règle prohibant les restrictions préalables: voir, par exemple, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. (Il en est également de même pour la Cour suprême des États-Unis: voir *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) Nous avons toutefois exigé que les restrictions préalables ne soient utilisées que dans les cas où cela est nécessaire pour défendre les intérêts sociétaux en jeu. Par exemple, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, notre Cour a imposé des restrictions d'ordre constitutionnel à l'usage des interdictions de publication. Notre Cour a imposé la charge de la preuve à la partie qui sollicite l'interdiction et elle a précisé que le juge de première instance devait examiner toutes les solutions de rechange raisonnables à l'interdiction, restreindre autant que possible la portée de l'interdiction et ne prononcer l'interdiction que dans les cas où les droits à la vie privée en jeu l'emportent sur le droit à la liberté d'expression (aux pp. 881, 890 et 891). En résumé, le recours à une restriction préalable n'a été autorisé que lorsque cela était nécessaire et que la restriction était aussi limitée que possible. De même, dans *Taylor*, précité, l'interdiction préalable a été imposée seulement après que les appelants eurent été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir refusé d'obtempérer à une ordonnance antérieure leur interdisant de diffuser de la propagande haineuse. Qui plus est, ni l'une ni l'autre de ces affaires ne portaient sur une authentique restriction préalable de la liberté d'expression. Dans les deux affaires, le respect des interdictions était assuré par voie de sanction subséquente, et non pas, comme le prévoit la législation douanière, par l'obligation de soumettre le matériel aux fins d'approbation.

De très bonnes raisons expliquent la réticence traditionnelle des tribunaux anglais, américains et

courts to impose prior restraints on speech. As Thomas Emerson argued in “The Doctrine of Prior Restraint” (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648, at pp. 656-59, all systems of prior restraint have certain inherent flaws. These include the breadth of potential censorship, delays in publication of time-sensitive material, a lack of transparency, and a propensity to favour censorship over speech. This last flaw is perhaps the most important, as Emerson’s prediction is a chillingly accurate prediction of how the Customs legislation at issue has been applied (at p. 659):

The function of the censor is to censor. He has a professional interest in finding things to suppress. His career depends upon the record he makes. He is often acutely responsive to interests which demand suppression — interests which he himself represents — and not so well attuned to the more scattered and less aggressive forces which support free expression . . . The long history of prior restraint reveals over and over again that the personal and institutional forces inherent in the system nearly always end in a stupid, unnecessary, and extreme suppression.

See also Bickel, *supra*, at p. 141. Moreover, Emerson argued, at p. 670, that the “worst evils of the system are likely to accumulate” where the system “entrusts the prevention of communication to an executive official”. This is not to criticize the character of those charged with enforcing the Customs legislation. I have no doubt that they are generally honest, well-intentioned, hard-working civil servants. Emerson’s point, to the contrary, is that the institutional dynamics of prior restraint commonly produce the kinds of “grave systemic problems” found in this case by Smith J. A constitutional scheme of prior restraint at the border must, at the very least, recognize and make accommodations for the inherent dangers in such a system.

canadiens à imposer des restrictions préalables en matière de liberté d’expression. Comme a soutenu Thomas Emerson dans «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648, aux pp. 656 à 659, tout régime de restriction préalable comporte certaines lacunes intrinsèques. Parmi ces lacunes, mentionnons le champ d’application de la censure potentielle, les délais dans la publication de matériel à durée de vie critique, le manque de transparence et la propension à favoriser la censure par rapport à la liberté d’expression. Cette dernière lacune est peut-être la plus importante, car la prédiction d’Emerson a été confirmée avec une troublante exactitude par la manière dont la législation douanière en cause a été appliquée (à la p. 659):

[TRADUCTION] Le rôle du censeur est de censurer. Il a un intérêt professionnel à trouver des choses à supprimer. Sa carrière dépend des résultats qu’il obtient. Il est souvent extrêmement sensible aux intérêts qui exigent la suppression — intérêts qu’il représente lui-même — et moins en accord avec les forces plus éparses et moins agressives qui appuient la liberté d’expression [. . .] La longue histoire des restrictions préalables révèle invariablement que le jeu des forces personnelles et institutionnelles inhérentes au système aboutit presque toujours à des suppressions stupides, inutiles et extrêmes.

Voir également Bickel, *op. cit.*, à la p. 141. De plus, Emerson a affirmé, à la p. 670, que les [TRADUCTION] «pires maux du système tendent à s’accumuler» lorsque le système «confie la prévention de la communication à un fonctionnaire de l’administration». Ce qui précède ne se veut pas une critique de l’intégrité des personnes chargées de l’application de la législation douanière. Je n’ai aucun doute que ces personnes sont des fonctionnaires généralement honnêtes, bien intentionnés et travailleurs. L’argument d’Emerson, au contraire, est que la dynamique institutionnelle d’un régime d’interdiction préalable produit généralement le genre de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves» dont le juge Smith a constaté l’existence en l’espèce. Pour être constitutionnel, un régime de restriction préalable à la frontière doit à tout le moins reconnaître les dangers inhérents à une telle procédure et prévoir des mécanismes permettant d’y parer.

(3) The Customs Regime Is Not Minimally Intrusive

The facts of this appeal are consistent with Emerson's critique. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given these inherent dangers it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize the dangers posed by prior restraint. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

In my respectful opinion, a minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. A work that may appear to be obscene may in fact be a biting political satire or critique. Customs officers have consistently failed to apply *Butler's* command to consider the context and artistic merit of items under consideration.

In short, the Customs legislation displays all the hallmarks of prior restraint criticized by *Entick v. Carrington*, Blackstone, and Emerson. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

(3) Le régime douanier n'est pas le moins attentatoire possible

Les faits du présent pourvoi concordent avec la critique faite par Emerson. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu de ces dangers intrinsèques, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum les dangers créés par la restriction préalable. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier, principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

À mon humble avis, un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Une œuvre peut paraître obscène mais être en réalité une satire ou critique politique mordante. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés.

En bref, la législation douanière présente toutes les caractéristiques des régimes de restriction préalable qu'ont critiquées le tribunal dans l'affaire *Entick c. Carrington* ainsi que les auteurs Blackstone et Emerson. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer bon nombre de ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

237

238

239

240

And indeed, the Customs legislation is readily distinguishable from all previous cases in which this Court has upheld a restriction on freedom of speech. In *Keegstra, supra, R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, and *Butler, supra*, the person whose speech was restricted had the benefit of a criminal trial and all its concomitant procedural safeguards. *Irwin Toy, supra*, involved a similar scheme of subsequent punishment. In *Dagenais, supra*, a prior restraint was only justified after a careful judicial balancing process that took into account the free speech interests at stake. In *Taylor, supra*, the restriction on free speech was imposed by an independent, specialized tribunal that had many of the trappings of a judicial body. A prior restraint was imposed only after a determination, in an adversarial setting, that Mr. Taylor had violated Canada's provisions regarding hate speech. The Customs legislation, by contrast, offers none of the protections of a criminal trial; it is enforced by relatively untrained bureaucrats rather than a judge or specialized adjudicator; and it targets expressive material, often of high literary value, aimed at adults.

241

I disagree with the suggestion that a less intrusive system is difficult to envision. A less intrusive scheme is clearly possible. One obvious option is that of expeditious judicial determination, which is favoured in the United States. The United States Supreme Court held, in *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), at p. 58, that: "[B]ecause only a judicial determination in an adversary proceeding ensures the necessary sensitivity to freedom of expression, only a procedure requiring a judicial determination suffices to impose a valid final restraint". The court went even further in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), where it considered a Customs regime that provided for immediate referral to a federal district

D'ailleurs, la présente affaire concernant la législation douanière peut facilement être différenciée de toutes les autres affaires où notre Cour a confirmé la validité d'une restriction à la liberté d'expression. Dans les arrêts *Keegstra*, précité, *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Butler*, précité, la personne dont la liberté d'expression était restreinte avait profité d'un procès criminel et de toutes les garanties procédurales qui l'accompagnaient. L'arrêt *Irwin Toy*, précité, portait sur un régime de sanction subséquente analogue. Dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la restriction préalable n'a été considérée justifiée qu'au terme seulement d'un délicat processus de pondération judiciaire ayant pris en compte les droits à la liberté d'expression en jeu. Dans l'arrêt *Taylor*, précité, la restriction à la liberté d'expression avait été imposée par un tribunal administratif spécialisé indépendant, qui possédait plusieurs des caractéristiques d'un tribunal judiciaire. La restriction préalable n'avait été imposée qu'après la prise, dans le cadre d'une procédure contradictoire, d'une décision portant que M. Taylor avait contrevenu aux dispositions législatives canadiennes sur la propagande haineuse. La législation douanière, par contraste, ne comporte aucune des mesures de protection qu'offre un procès criminel; elle est appliquée par des bureaucrates relativement peu formés plutôt que par un juge ou un décideur spécialisé; de plus, elle vise du matériel expressif qui a souvent une grande valeur littéraire et qui est destiné à des adultes.

Je ne partage pas l'opinion selon laquelle il est difficile d'imaginer un régime moins attentatoire. Un tel régime est clairement possible. Une solution évidente, qui est celle que l'on privilégie aux États-Unis, consiste à faire trancher la question de manière expéditive par un tribunal judiciaire. La Cour suprême des États-Unis a tiré la conclusion suivante, dans *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), à la p. 58: [TRADUCTION] «[P]arce que seule une décision judiciaire prise dans le cadre d'une procédure contradictoire assure la nécessaire attention à la liberté d'expression, seule une procédure exigeant une décision judiciaire permet d'imposer une restriction finale valide». La cour est allée encore plus loin dans *United States c.*

court of any material suspected of being obscene. The court held that such proceedings must be instituted within 14 days, and completed within 60 days of commencement. Such expeditious review was essential to ensure that “administrative delay does not in itself become a form of censorship” (p. 367).

While I do not believe that expeditious judicial determination is necessary for the Customs regime to be minimally impairing, I would like to point out several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently required by the Customs legislation:

- Allowing importers to examine the prohibited goods.
- Establishing a time limit within which importers are entitled to a final determination.
- Placing the burden of proof on the government to prove that something is obscene.
- Requiring Customs officers to consider evidence or arguments submitted in support of detained goods.
- Requiring Customs officers making determinations under ss. 58, 60, and 63 to compile a record and give reasons for their decisions.
- Entitling importers to at least a rudimentary hearing, which could be done by written submissions.
- Ensuring that Customs officers enjoy a large degree of independence, so that the role of “prosecutor” and “judge” is not merged into a single Customs officer position.
- Setting up a specialized tribunal at high-volume entry points, such as Vancouver and Fort Erie, to review front-line decisions regarding obscenity determinations.
- Compiling a database of items that have been reviewed and determined to be non-obscene.

Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971), où elle a examiné un régime douanier prévoyant le renvoi immédiat à une cour de district fédérale de tout matériel soupçonné d’être obscène. La cour a estimé qu’une telle procédure devait être engagée dans un délai de 14 jours et complétée dans un délai de 60 jours de son introduction. Une révision aussi expéditive était essentielle pour faire en sorte que [TRADUCTION] «le délai administratif ne devienne pas en soi une forme de censure» (p. 367).

Bien que je ne croie pas qu’une décision judiciaire expéditive soit nécessaire pour que le régime douanier soit le moins attentatoire possible, je désire souligner plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d’expression qui sont en jeu:

- Permettre aux importateurs d’examiner les marchandises prohibées.
- Fixer le délai dans lequel les importateurs ont droit à une décision finale.
- Imposer au gouvernement la charge de prouver qu’une chose est obscène.
- Obliger les agents des douanes à prendre en considération les éléments de preuve ou les arguments présentés à l’égard des marchandises retenues.
- Obliger les agents des douanes qui rendent des décisions en vertu des art. 58, 60 et 63 à constituer un dossier et à motiver leurs décisions.
- Accorder aux importateurs à tout le moins le droit à une audience sommaire, qui pourrait être tenue par présentation d’observations écrites.
- Assurer aux agents des douanes une grande indépendance, afin qu’ils ne jouent pas à la fois le rôle de «poursuivant» et celui de «juge».
- Établir aux points d’entrée très occupés, tels Vancouver et Fort Erie, un tribunal spécialisé chargé de réviser les décisions rendues en première ligne en matière d’obscénité.
- Constituer une banque de données à l’égard d’articles contrôlés et jugés non obscènes.

Some of these suggestions are outlined by Professors B. Cossman and B. Ryder, "Customs Censorship and the *Charter: The Little Sisters Case*" (1996), 7 *Constitutional Forum* 103, at p. 109.

Certaines de ces suggestions sont abordées par les professeurs B. Cossman et B. Ryder dans «*Customs Censorship and the Charter: The Little Sisters Case*» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103, à la p. 109.

243 I do not believe that all of these safeguards are constitutionally necessary. However, the absence of all of them is, in my opinion, strong evidence that Parliament has not made any significant attempt to accommodate the free speech rights at stake in this appeal. Such a law cannot be minimally intrusive.

Je ne crois pas que toutes ces mesures de protection soient nécessaires sur le plan constitutionnel. Toutefois, le fait qu'elles soient toutes absentes constitue à mon avis une solide indication que le Parlement n'a pas fait d'effort appréciable pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en jeu dans le présent pourvoi. Une telle loi ne peut pas être la moins attentatoire possible.

244 In short, the legislation does almost nothing to accommodate the free speech rights at stake in this appeal:

En résumé, la législation douanière ne fait presque rien pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu dans le présent pourvoi:

Apart from the right to appeal the deputy minister's redetermination to court (sections 67 and 71), no special procedures are established by the act for determining whether publications should be classed as prohibited. The legislative policy of the Canadian government appears to be that such determinations are to be treated as raising legal issues no different in difficulty or importance than those raised by the determination of the correct tariff on other goods. The elementary point that other tariff classifications have nothing to do with freedom of expression appears to have been overlooked in the drafting of the legislation.

[TRADUCTION] Hormis le droit d'interjeter appel auprès des tribunaux de la décision du sous-ministre en cas de révision ou réexamen (articles 67 et 71), la loi n'établit aucune procédure spéciale en vue de déterminer si les publications devraient être déclarées prohibées. La politique du gouvernement canadien dans cette loi semble être que ces décisions ne doivent pas être considérées comme soulevant des questions de droit plus difficiles ou importantes que celles soulevées par la détermination du tarif applicable à d'autres marchandises. Le fait élémentaire que le classement tarifaire d'autres marchandises n'a rien à voir avec la liberté d'expression semble avoir été négligé dans le cours de la rédaction de la loi.

(B. Ryder, "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada", in K. Petersen and A. C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, at p. 133)

(B. Ryder, «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada», dans K. Petersen et A. C. Hutchinson, dir., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, à la p. 133)

245 The respondent Canada replies that "since Canada imports much of its pornography, the appellants' suggested alternative to the impugned legislation would bring the legitimate work of Customs to a standstill" (factum, at para. 68). In essence, the respondent asserts that the costs of a minimally intrusive scheme would outweigh its benefits. Since this issue is more appropriately addressed under the third prong of the proportionality test, I will now turn to that question.

Le Canada intimé répond que, [TRADUCTION] «comme le Canada importe une large part de sa pornographie, la solution que proposent les appellants en remplacement des dispositions contestées aurait pour effet de paralyser le travail légitime accompli par les Douanes» (mémoire, au par. 68). Essentiellement, l'intimé affirme que les coûts d'un régime qui serait le moins attentatoire possible l'emporteraient sur ses avantages. Étant donné qu'il est préférable d'examiner cette question au troisième volet du critère de la proportionnalité, je vais maintenant passer à ce volet.

(c) *Proportionality of Effects*

I have concluded that the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. As discussed, 75 of 210 prohibitions challenged by Little Sisters were overturned. Added to the 62 out of 261 detained items that were eventually released, this is a disturbing rate of error. This rate would likely have been higher had the appellants possessed the resources to challenge all prohibitions to the level of s. 71 review by the superior court. As it is, they only challenged one prohibition to that level, where they were successful. Such a high rate of error results in a substantial number of non-obscene materials being wrongfully detained or prohibited. This is a significant deleterious effect. Every book wrongfully prohibited from entering Canada inflicts a wound on our literary and cultural freedoms; every unjustified interference with intellectual freedom to some extent embarrasses our country on the world stage.

Aside from such abstract harms, these detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores like Little Sisters have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. This effect is particularly significant for homosexuals. That homosexuals are a disadvantaged group in Canadian society cannot be disputed: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, *Egan*, *supra*. Homosexual literature is an important means of self-discovery and affirmation for gay, lesbian and bisexual individuals. In a society which marginalizes sexual difference, literature has the potential to show individuals that they are not alone and that others share their experience. To ban books carrying these messages can

c) *La proportionnalité des effets*

J'ai jugé que les effets préjudiciables du régime douanier existant excédaient ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Comme il a été mentionné plus tôt, 75 des 210 prohibitions qu'a contestées Little Sisters ont été levées. Si on les ajoute aux 62 articles sur 261 qui ont été retenus puis finalement dédouanés, cela donne un taux d'erreur troublant. Ce taux aurait probablement été plus élevé si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour contester toutes les prohibitions jusqu'à l'étape de la révision par la cour supérieure en vertu de l'art. 71. Dans les faits, ils n'ont contesté qu'une prohibition devant cette juridiction et ils ont eu gain de cause. Du fait de ce taux d'erreur aussi élevé, un nombre considérable d'articles non obscènes sont erronément retenus ou prohibés. Il s'agit là d'un effet préjudiciable important. Chaque fois qu'on empêche à tort un livre d'entrer au Canada, on porte atteinte à nos libertés littéraires et culturelles; chaque atteinte injustifiée à notre liberté intellectuelle crée dans une certaine mesure une situation embarrassante pour notre pays sur la scène internationale.

Hormis ces préjudices abstraits, ces retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles telle Little Sisters ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essuyé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Cet effet a une incidence particulière sur les homosexuels. Le fait que les homosexuels constituent un groupe défavorisé dans la société canadienne ne peut être contesté: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Egan*, précité. La littérature homosexuelle est un important moyen de découverte et d'affirmation de soi pour les gais, les lesbiennes et les bisexuels. Dans une société qui marginalise la différence sexuelle, la littérature peut leur permettre de découvrir qu'ils ne sont pas seuls et que

only reinforce the existing perceptions gay, lesbian and bisexual individuals have of their marginalization by society.

248 Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. We are not concerned in this appeal with the benefits of keeping obscenity out of Canada, as the appellants do not challenge the government's right to exclude genuinely obscene materials. What the appellants challenge, and what the respondents must justify, are the lack of safeguards in the Customs legislation for expressive rights protected by s. 2(b) of the *Charter*.

249 The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. Our jurisprudence has never said that the Constitution mandates luxurious responses. But having no adequate response is not constitutionally acceptable. In my opinion, the benefits of the current system cannot outweigh the costs imposed by the Customs legislation.

250 All this said, it is unlikely that complying with the Constitution's mandates will be costless. However, this Court has rarely allowed that fact alone to be determinative. Going back to *Hunter v. Southam, supra*, this Court has not hesitated to impose potentially costly requirements on government in the interest of vindicating *Charter* freedoms: see also *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; see also A. Lajoie, "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338. Moreover, the government has not presented any evidence that a

d'autres partagent leur expérience. Le fait de prohiber des livres véhiculant ces messages ne peut que renforcer les perceptions qu'ont les gais, les lesbiennes et les bisexuels de leur marginalisation par la société.

Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Le présent pourvoi ne porte pas sur les avantages qui découlent du fait d'empêcher le matériel obscène d'entrer au Canada, puisque les appelants ne contestent pas le droit du gouvernement d'exclure le matériel véritablement obscène. Ce que les appelants contestent, et ce que les intimés doivent justifier, c'est l'absence, dans la législation douanière, de mesures visant à protéger les droits liés à la liberté d'expression garantis par l'al. 2b) de la *Charte*.

Les avantages de la législation actuelle sont principalement d'ordre financier, car les réformes sollicitées par les appelants exigeront la dépense de deniers publics. Il importe toutefois de ne pas surestimer ces coûts. La Cour n'a jamais dit dans sa jurisprudence que la Constitution commande des solutions fastueuses. Toutefois, l'absence de solution adéquate n'est pas acceptable sur le plan constitutionnel. À mon avis, les avantages du système actuel ne peuvent pas l'emporter sur les coûts qu'impose la législation douanière.

Cela dit, il est peu probable que la conformité aux prescriptions de la Constitution se fasse sans frais. Toutefois, notre Cour a rarement accepté que ce seul fait soit déterminant. Si on remonte à l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, notre Cour n'a pas hésité à imposer des obligations potentiellement coûteuses au gouvernement dans le but de faire respecter des libertés garanties par la *Charte*: voir également *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; voir également A. Lajoie, «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338. En outre, le gouver-

scheme with more procedural safeguards would be impossible: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 163, *per* McLachlin J.; *ibid.*, at para. 188, *per* Iacobucci J. In the absence of any such evidence I am loathe to assume that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

On the other hand, I recognize the context in which any new legislative scheme must operate. As Smith J. pointed out at trial (at para. 48):

There are approximately 240 ports of entry in Canada, and in the fiscal year 1993-1994, for example, almost 230,000 shipments, made up of about 330,000,000 goods, were imported through them. Customs officials estimate that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center daily in Vancouver alone.

Canada is a huge importer of expressive materials. A large reason why this case arose is that Little Sisters, and other bookstores catering to the gay and lesbian community, need to import many of the books and magazines they stock from the United States. Given the tremendous volume of materials that must be processed at our borders, leeway must be accorded to Parliament in striking an appropriate balance between administrative efficiency and the protection of expressive rights. I realize that a front-line screening process is a necessity under a prior restraint approach, that government resources are limited, that the border cannot be policed perfectly, and that mistakes in obscenity determinations will occur. For these reasons, I agree with my colleague Binnie J. that Parliament must be accorded some flexibility in establishing an appropriate Customs regime. However, I cannot agree that the Customs legislation presently in force, which makes almost no effort to accom-

nement n'a présenté aucune preuve indiquant qu'il serait impossible d'établir un régime comportant davantage de garanties procédurales: voir *RJR-MacDonald*, précité, au par. 163, le juge McLachlin; *ibid.*, au par. 188, le juge Iacobucci. En l'absence de preuve à cet effet, je suis réticent à supposer que le Parlement est absolument incapable d'élaborer un régime législatif qui, tout en étant efficient, protégerait mieux les droits constitutionnels en cause.

Par ailleurs, je suis conscient du contexte dans lequel tout nouveau régime législatif devrait s'appliquer. Comme l'a souligné le juge Smith au procès (au par. 48):

[TRADUCTION] Il y a environ 240 points d'entrée au Canada, et au cours de l'exercice 1993-1994, par exemple, presque 230 000 envois, constitués d'environ 330 000 000 biens, ont été importés par ces points. Les agents des douanes estiment qu'environ 10,5 millions de déclarations de marchandises sont faites chaque année et que le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit à lui seul de 20 000 à 40 000 pièces postales chaque jour.

Le Canada est un très grand importateur de matériel expressif. L'une des principales raisons pour lesquelles la présente affaire s'est présentée est que Little Sisters et d'autres librairies desservant la communauté gaie et lesbienne doivent importer des États-Unis bon nombre des livres et magazines qu'elles vendent. Compte tenu de l'énorme volume de matériel qui doit être traité à nos frontières, il faut accorder au Parlement la latitude requise pour établir l'équilibre approprié entre l'efficience administrative et la protection des droits liés à la liberté d'expression. Je reconnais que l'existence d'un mécanisme de contrôle en première ligne est une nécessité dans le cadre d'un régime de restriction préalable, que les ressources de l'État sont limitées, que la surveillance frontalière ne peut pas être parfaite et que des décisions erronées seront prises en matière d'obscénité. Pour ces motifs, je partage l'opinion de mon collègue le juge Binnie selon laquelle il faut accorder au Parlement une certaine souplesse dans l'établissement du régime douanier approprié. Toutefois, je ne peux accepter que la législation douanière actuellement en vigueur — et dans laquelle pratiquement aucun

moderate constitutionally protected expressive rights, has struck the appropriate balance.

(vi) Conclusions

252

My colleague Binnie J. concludes that part of the Customs legislation violates s. 2(b) and that this violation was not justified under s. 1. As a result, he holds that the reverse onus requirement in s. 152 of the *Customs Act* is unconstitutional and must be read down (para. 105). I am not convinced that it is only part of the Customs legislation that is unconstitutional. As the Customs legislation makes only the most meagre of efforts to accommodate expressive rights and as it has created deleterious effects that far outweigh the primarily monetary benefits which result from the chosen legislative approach, I believe the Customs legislation as a whole cannot survive s. 1 scrutiny. The fact is that this legislation has resulted in an appalling level of over-censorship. The government has simply not established that the serious violation of the appellants' s. 2(b) rights caused by this legislation is demonstrably justified in our free and democratic society. The remaining question is the appropriate remedy.

F. *What Is the Appropriate Remedy?*

253

Given Smith J.'s finding that there were "grave systemic problems" in the administration of the law — a conclusion with which I whole-heartedly agree — the primarily declaratory remedy relied on by Binnie J. is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. I believe that Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation in question will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. Having

effort n'est déployé pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression protégés par la Constitution — réalise l'équilibre approprié.

(vi) Conclusions

Mon collègue le juge Binnie conclut qu'une partie de la législation douanière viole l'al. 2b) et que cette violation ne peut être justifiée au regard de l'article premier. En conséquence, il estime que la disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue à l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* est inconstitutionnelle et doit recevoir une interprétation atténuante (par. 105). Je ne suis pas convaincu que seule une partie de la législation douanière soit inconstitutionnelle. Comme la législation douanière ne comporte que des mesures minimales en vue de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression et qu'elle crée des effets préjudiciables qui excèdent considérablement les avantages — principalement d'ordre financier — qui résultent de la solution législative choisie, j'estime que l'ensemble de la législation douanière ne peut résister à l'examen fondé sur l'article premier. Le fait est que cette législation a entraîné un degré consternant de censure excessive. Le gouvernement n'a tout simplement pas démontré que l'atteinte grave causée par ces mesures législatives aux droits garantis aux appelants par l'al. 2b) pouvait se justifier dans le cadre de notre société libre et démocratique. La question qu'il reste à résoudre est celle de la réparation qu'il convient d'accorder.

F. *Quelle est la réparation qui convient?*

Étant donné que le juge Smith a conclu à l'existence de «problèmes systémiques graves» dans l'application de la loi — conclusion à laquelle je souscris entièrement —, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet le juge Binnie est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. J'estime que les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Ayant jugé que ces

concluded that the law must fall, I will offer some broad guidelines for future reform.

(i) Legislation Must Ensure Constitutional Application

As was already illustrated in reviewing this Court's decisions in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam*, and *Bain*, it is legislation itself, not merely its application, that must make an effort to ensure that constitutionally protected rights are not infringed. In this case, it is true that nothing in the Customs legislation itself forces Customs to ignore evidence of literary and artistic merit; to make decisions without even allowing written submissions from the parties affected; and to discriminate against gay and lesbian materials. However, the legislation does call for prior restraint by an investigatory rather than adjudicatory body, and does not provide for any meaningful safeguards aimed at preventing the inevitable flaws that result from such a system.

Effectively, the respondents call on this Court to trust them. Indeed, when questioned at oral arguments about what guarantee we have that the mistakes of the past will not continue, counsel for the respondent Canada replied "what may have occurred then, I trust will not occur now". Our jurisprudence, most explicitly in *Bain* has consistently rejected such flimsy constitutional protections. In *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain*, this Court rejected the government's invitation to trust them. Instead, we demanded that the legislature enact laws that affirmatively safeguarded constitutional rights, rather than leaving them to the mercy of administrators.

In fact, the respondents' approach would mean that every unconstitutional law requires no more than a declaratory remedy; after all, Parliament is fully capable of amending a law to bring it into

mesures législatives doivent être invalidées, je vais fournir quelques indications générales en vue d'une future réforme.

(i) Un texte de loi doit pourvoir à la constitutionnalité de son application

Comme l'a illustré l'examen que j'ai fait plus tôt des arrêts de notre Cour *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, c'est dans la loi elle-même, et non pas simplement dans le cadre de son application, qu'il faut s'efforcer de prévenir la violation des droits protégés par la Constitution. En l'espèce, il est vrai que rien dans la législation douanière ne contraint les Douanes à faire abstraction de la preuve de la valeur littéraire ou artistique, à rendre des décisions sans même permettre aux parties touchées de présenter des observations écrites et à réserver un traitement discriminatoire au matériel gai et lesbien. Toutefois, la législation douanière implique l'application d'un régime de restriction préalable par un organisme jouant un rôle d'enquête plutôt que juridictionnel, et elle ne comporte aucune mesure de protection concrète visant à prévenir les inévitables dérapages d'un tel système.

Dans les faits, les intimés demandent à notre Cour de s'en remettre à eux. D'ailleurs, lorsqu'on lui a demandé durant des plaidoiries quelle garantie nous avons que les erreurs du passé ne se reproduiraient pas, l'avocat du Canada intimé a répondu ceci: [TRADUCTION] «j'ai confiance que ce qui a pu se passer à l'époque ne se reproduira plus». Notre Cour a toujours rejeté, et ce de façon on ne peut plus explicite dans l'arrêt *Bain*, des mesures de protection constitutionnelle aussi fragiles. Dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, notre Cour a refusé l'invitation que lui faisait le gouvernement de s'en remettre à lui. Nous avons plutôt demandé au législateur d'édicter des lois protégeant de façon positive les droits constitutionnels plutôt que de laisser ceux-ci à la merci d'administrateurs.

En fait, suivant l'approche proposée par les intimés, toute règle de droit inconstitutionnelle n'exigerait rien de plus qu'un jugement déclaratoire comme réparation; après tout, le Parlement

254

255

256

compliance with the Constitution at any time. I therefore disagree with Binnie J.'s conclusion that, with the exception of s. 152(3) of the *Customs Act*, a declaratory remedy is sufficient in this case. While the government is free to delegate powers, it must do so in a way that ensures — or at the very least attempts to ensure — that *Charter* rights will be respected.

257

The respondents' request for trust is particularly inappropriate in this appeal, where there is a voluminous record of discriminatory enforcement. Counsel for the intervener the Canadian AIDS Society summed up the point well in his oral submissions:

What the Customs is saying to us in effect is, having [been] in your henhouse for almost twenty years, this fox has now become vegetarian, and should remain in charge with no further restrictions. Well, speaking for the chickens, we are not very reassured. . . .

As a matter of logic, reason, and constitutional precedent, the appellants are entitled to more. Even leaving aside the precedents of *Hunter v. Southam*, *Morgentaler*, and *Bain*, Customs have proven themselves unworthy of trust. In such a situation, in my respectful opinion, the only proper solution is to give Parliament the opportunity to re-write the legislation.

(ii) Declaratory Relief Is Insufficient

258

The need to strike down the Customs legislation as it applies to expressive materials is reinforced by comparison with the alternate remedy adopted by both the courts below, and by Binnie J. in this Court. Declarations are, in many cases, an appropriate constitutional remedy. As Kent Roach has summarized in his *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf ed.), at para. 12.30, declarations are often preferable to injunctive relief because they are more flexible, require less supervision, and are more deferential to the other

est parfaitement capable de modifier une loi à tout moment pour la rendre conforme à la Constitution. Je suis donc en désaccord avec la conclusion du juge Binnie selon laquelle, à l'exception du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, un jugement déclaratoire est une réparation suffisante en l'espèce. Quoique le gouvernement soit libre de déléguer des pouvoirs, il doit le faire d'une manière qui assure — ou qui à tout le moins tente d'assurer — que les droits garantis par la *Charte* seront respectés.

La demande des intimés qu'on s'en remette à eux est particulièrement malvenue dans le présent pourvoi, où il y a un volumineux bilan d'application discriminatoire. L'avocat de la Société canadienne du SIDA intervenante a bien résumé la question dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Ce que les Douanes nous disent dans les faits c'est ceci, après avoir passé presque vingt ans dans le poulailler, le renard est devenu végétarien et il devrait demeurer en charge sans restriction supplémentaire. Et bien, au nom des poulets, nous disons que nous ne sommes pas très rassurés. . . .

La logique, la raison et les précédents en matière constitutionnelle nous disent que les appelants ont droit à plus. Indépendamment même des arrêts *Hunter c. Southam*, *Morgentaler* et *Bain*, les Douanes se sont montrées totalement indignes de confiance. Vu la situation, à mon humble avis, la seule solution convenable consiste à donner au Parlement la possibilité de réécrire les mesures législatives.

(ii) Une réparation de nature déclaratoire ne suffit pas

La nécessité de déclarer la législation douanière inopérante à l'égard du matériel expressif ressort avec plus d'acuité si on compare cette réparation avec celle retenue tant par les juridictions inférieures que par le juge Binnie de notre Cour. Dans bien des cas, le jugement déclaratoire constitue la réparation constitutionnelle convenable. Kent Roach résume bien ce point dans son ouvrage intitulé *Constitutional Remedies in Canada* (éd. feuilles mobiles), au par. 12.30, lorsqu'il dit qu'un jugement déclaratoire est souvent préférable à une

branches of government. However, declarations can suffer from vagueness, insufficient remedial specificity, an inability to monitor compliance, and an ensuing need for subsequent litigation to ensure compliance: see *ibid.*, at para. 12.320.

Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342, illustrates the appropriate role of declaratory relief. In that case the Court held that Edmonton's school system violated s. 23 of the *Charter* because it did not grant sufficient "management and control" over French-language education to the linguistic minority. In determining the appropriate remedy, Dickson C.J. recognized, at pp. 391-92, that the impugned provisions of the *School Act* were "'permissive' provisions, that is, they do not prevent authorities from acting in accordance with the *Charter*, but neither do they guarantee that such compliance will occur". The Chief Justice declined to strike down the legislation, instead choosing to issue a declaration. He feared that "the result of a declaration of invalidity would be to create a legislative vacuum" (p. 392), which would potentially leave the appellants worse off. The Court therefore simply issued "a declaration in respect of the concrete rights which are due to the minority language parents in Edmonton under s. 23" (p. 392). Similarly in *Eldridge, supra*, the Court simply declared that services must be provided to the deaf instead of striking down the entire legislative scheme.

The rationale behind the remedial choice in those cases does not apply to the present appeal. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials will not make the appellants worse off; it will fully vindicate their rights. While the appellants are admittedly not entitled to any particular legislative scheme, they are entitled to a remedy that will prevent further

injonction parce qu'il constitue une réparation plus souple, exigeant moins de surveillance et permettant de faire montre d'une plus grande déférence envers les autres pouvoirs de l'État. Toutefois, les jugements déclaratoires peuvent souffrir des maux suivants: imprécision, spécificité insuffisante de la réparation, impossibilité de contrôler le respect du jugement et, de ce fait, obligation de recourir de nouveau aux tribunaux pour le faire respecter: voir *ibid.*, au par. 12.320.

L'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, illustre bien le rôle que doit jouer le jugement déclaratoire. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le système scolaire d'Edmonton contrevenait à l'art. 23 de la *Charte* parce qu'il ne conférait pas à la minorité linguistique un pouvoir de «gestion et de contrôle» suffisant sur l'éducation en langue française. En déterminant la réparation convenable, le juge en chef Dickson a reconnu, aux pp. 391 et 392, que les dispositions contestées de la *School Act* étaient «des dispositions "créant une faculté", c'est-à-dire qu'elles n'empêchent pas les autorités d'agir conformément à la *Charte*, mais elles ne garantissent pas non plus que celle-ci sera respectée». Le Juge en chef a refusé d'invalider les dispositions en cause, préférant plutôt rendre un jugement déclaratoire. Il craignait qu'«une déclaration d'invalidité aurait pour effet de créer un vide législatif» (p. 392) susceptible d'aggraver la situation des appelants. La Cour a donc simplement prononcé «une déclaration à l'égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l'art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton» (p. 392). De même, dans l'arrêt *Eldridge*, précité, notre Cour a simplement déclaré que des services devaient être fournis aux personnes sourdes au lieu de déclarer inopérant l'ensemble du régime établi par loi.

La raison qui justifiait la réparation choisie dans ces arrêts ne s'applique pas dans le présent pourvoi. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif n'aggraverait pas la situation des appelants; elle assurerait le respect complet de leurs droits. Bien qu'il soit vrai que les appelants n'ont pas droit à un régime législatif particulier, ils ont néanmoins droit à une réparation

systematic and consistent violations of their constitutional rights. Only invalidating the impugned Customs legislation will achieve that goal.

261 A final reason that declaratory relief is inappropriate in this case is the difficulties the appellants face in enforcing it. This case has been a massive undertaking for the appellants. Proving the constitutional violations recognized by Smith J. required the production of an enormous record. Unfortunately, if the appellants are unsatisfied with the government's compliance with the declaration affirmed by this Court, they have little choice but to try to assemble a similar record documenting the enforcement of the Customs regime since the declaration was made. This is obviously a heavy burden, and indeed unfair. A stronger remedy is necessary to vindicate the appellants' rights.

(iii) Reforms Undertaken Since Smith J.'s Declaration Are Insufficient

262 In my respectful opinion, declaratory relief has already proven ineffective. As Roach, *supra*, at para. 13.884 has noted, "declaratory relief does not facilitate continued judicial supervision and may not be effective where governments do not take prompt and good faith steps to comply with the declaration". While obviously we lack evidence of the enforcement of the Customs regime since Smith J.'s declaration, I believe that the reforms thus far are not sufficient.

263 The first remedial measure, effected almost immediately, was to put in place "interim procedures . . . designed to prevent the detention of books with literary, artistic, scholarly or instructional merit which would override Schedule VII,

qui empêchera qu'on continue de violer systématiquement leurs droits constitutionnels. Seule l'invalidation de la législation douanière contestée permettra de réaliser cet objectif.

La dernière raison pour laquelle un jugement déclaratoire n'est pas une réparation convenable en l'espèce découle des difficultés qu'éprouvent les appelants à faire respecter une telle mesure. La présente affaire a constitué une entreprise colossale pour les appelants. La preuve des violations constitutionnelles dont le juge Smith a constaté l'existence a exigé la production d'un énorme dossier. Malheureusement, si les appelants ne sont pas satisfaits de la manière dont le gouvernement se conforme au jugement déclaratoire dont notre Cour a confirmé la validité, ils n'auront pas d'autre choix que de tenter d'assembler à nouveau un dossier semblable, documentant l'application du régime douanier depuis le prononcé du jugement déclaratoire. Il s'agit évidemment d'une tâche très lourde et du reste injuste. Une réparation plus énergique est nécessaire pour faire respecter les droits des appelants.

(iii) Les réformes apportées depuis le jugement déclaratoire du juge Smith sont insuffisantes

À mon humble avis, le jugement déclaratoire s'est déjà révélé une réparation inefficace en l'espèce. Comme l'a mentionné Roach, *op. cit.*, au par. 13.884, [TRADUCTION] «le respect d'un jugement déclaratoire n'est pas quelque chose qui peut être facilement contrôlé de façon continue par les tribunaux et une réparation peut ne pas se révéler efficace lorsque les gouvernements n'agissent pas promptement et de bonne foi pour s'y conformer». Quoique nous ne n'ayons évidemment pas de preuve concernant l'application du régime douanier depuis le jugement déclaratoire rendu par le juge Smith, j'estime que les réformes apportées jusqu'à présent ne sont pas suffisantes.

La première mesure correctrice — qui a été apportée pratiquement sur-le-champ — a consisté à mettre en place [TRADUCTION] «une procédure temporaire [. . .] visant à prévenir la retenue de livres ayant une valeur littéraire, artistique, savante

Tariff Code 9956(a) consideration” (respondent Canada’s factum, at p. 8). Specifically, before detaining any book Customs Inspectors were instructed to consult designated officers, who in turn would consult the Prohibited Importations Directorate. Any detained book would be read by one of the designated officers, and the determination would be reviewed by another officer. Any prohibition would be reviewed by a Tariff and Values Administrator.

Subsequently, over two years after Smith J.’s reasons for judgment were released, Customs effected seven specific reforms which are described in the respondent Canada’s factum (at pp. 8-9):

- (a) Memorandum D9-1-1 was re-written with particular attention being given to s. 2(b) *Charter* rights, artistic merit and importers [*sic*] rights.
- (b) A series of Information Bulletins were issued by the Prohibited Importations Unit of Customs, with the purpose of clarifying issues relating to the administration of Tariff Item 9899.00.00. These Bulletins are available to the public through the Prohibited Importations Unit.
- (c) The somewhat complicated B2 form by which an importer appealed a determination was replaced by a simple written request for re-determination or review.
- (d) Importers may submit with their re-determination request any evidence which they view as relevant.
- (e) When goods are detained and suspected of being obscene, the importer receives a written notice containing the following information: a brief description of the goods; port of entry; date of detention; statement of reasons for the detention, and a contact name and telephone number. The importer is also invited to view the materials and submit evidence in writing attesting to their admissibility.
- (f) If the goods are determined to be obscene according to the legislation, the importer receives a written notice of determination containing the following information: a brief description of the goods; the

ou instructive qui écarterait l’examen fondé sur le code tarifaire 9956a) de l’annexe VII» (mémoire du Canada intimé, à la p. 8). Plus précisément, on a ordonné aux inspecteurs des douanes de ne pas retenir de livre avant d’avoir consulté un agent désigné, qui à son tour devait consulter la direction générale des importations prohibées. Tout livre retenu doit être lu par l’un des agents désignés et la décision doit être révisée par un autre agent. Toute interdiction doit être révisée par un applicateur du tarif et des valeurs.

Subséquentement, soit plus de deux ans après le dépôt des motifs de jugement du juge Smith, les Douanes ont apporté sept réformes précises, qui sont décrites dans le mémoire du Canada intimé (aux pp. 8 et 9):

[TRADUCTION]

- a) Le Mémoire D9-1-1 a été réécrit en accordant une attention particulière aux droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*, à la valeur artistique et aux droits des importateurs.
- b) Une série de bulletins d’information ont été établis par l’Unité des importations prohibées des Douanes dans le but de clarifier certaines questions touchant l’application du numéro tarifaire 9899.00.00. Le public peut obtenir ces bulletins en s’adressant à l’Unité des importations prohibées.
- c) Le formulaire B2, qui était relativement complexe et au moyen duquel l’importateur interjetait appel de la décision, a été remplacé par une simple demande écrite de révision ou réexamen.
- d) Les importateurs peuvent joindre à leur demande de révision tout élément de preuve qu’ils considèrent pertinent.
- e) Lorsque des marchandises qu’on soupçonne d’être obscènes sont retenues, on transmet à l’importateur un avis écrit faisant état des renseignements suivants: une description sommaire des marchandises; l’identité du bureau d’entrée; la date de la retenue; les motifs de retenue ainsi que le nom et le numéro de téléphone d’une personne-ressource. On invite également l’importateur à examiner le matériel et à présenter par écrit des éléments de preuve justifiant leur admissibilité.
- f) Si les marchandises sont jugées obscènes au regard de la loi, l’importateur est informé de la décision au moyen d’un avis écrit donnant les renseignements suivants: une brève description des marchandises; les

reasons for prohibition; a contact name and telephone number; a list of options available, including instructions for appeal. If the goods are not obscene, they are forwarded immediately to the importer after any duties and taxes, if applicable, are paid.

- (g) Customs officers are instructed to resolve all doubts in favour of freedom of expression.

265

With respect, I am not satisfied that these measures will remedy the “grave systemic problems” found by Smith J. They are largely hortatory or permissive. The new provisions also seem to rely heavily on the expertise of the Prohibited Importations Directorate. This is not reassuring. Linda Murphy, the Director of that group, testified that she was completely unaware of the cultural practices of various sexual minorities, and that she did not consider it her job to consider a book’s purpose and effect. Given the absence of any legislative provisions to ensure that importers’ arguments and evidence will be considered and that decisions will be rendered in a timely fashion, these reforms offer little comfort.

266

By the foregoing, I do not mean to suggest that the reforms effected thus far are without merit. Many of them may prove extremely valuable. However, both constitutional precedent and common sense suggest that when a government agency has systematically violated constitutional rights, structural reforms are necessary. In *Morgentaler*, *supra*, the Court could also have simply issued a declaration. The various federal and provincial ministries could have approved more hospitals, eliminated quotas, and otherwise solved the problems identified by this Court. However, the Court recognized that such a solution was inappropriate. Where the problems are a direct result of flaws in the legislation itself, as I believe is the case here, patchwork measures aimed at various symptoms will not cure the underlying ailment. As Smith J. found, and as I have endeavoured to demonstrate in these reasons, the flaws in the Cus-

raisons justifiant la prohibition; le nom et le numéro de téléphone d’une personne-ressource; la liste des solutions qui s’offrent à l’importateur, y compris les instructions à suivre pour interjeter appel. Si les marchandises ne sont pas obscènes, elles sont remises immédiatement à l’importateur après paiement des droits et taxes, s’il y a lieu.

- g) Les agents des douanes ont comme instruction d’interpréter tout doute en faveur de la liberté d’expression.

En toute déférence, je ne suis pas convaincu que ces mesures remédieront aux «problèmes systémiques graves» constatés par le juge Smith. Elles participent largement de la nature d’une recommandation ou faculté. Les nouvelles dispositions semblent également s’en remettre beaucoup à l’expertise de la direction générale des importations prohibées. Cela n’a rien de rassurant. Linda Murphy, directrice de ce groupe, a témoigné qu’elle ignorait totalement les pratiques culturelles des différentes minorités sexuelles et qu’elle n’estimait pas que l’examen de l’objet et de l’effet d’un livre faisait partie de ses fonctions. Vu l’absence de toute disposition législative visant à assurer que les arguments et éléments de preuve présentés par les importateurs seront pris en considération et que les décisions seront rendues en temps utile, ces réformes ne sont pas d’un grand secours.

Je ne veux pas dire par ce qui précède que les réformes apportées jusqu’ici sont sans mérite. Nombre d’entre elles pourraient se révéler extrêmement valables. Toutefois, tant les précédents en matière constitutionnelle que le bon sens suggèrent que, dans les cas où un organisme gouvernemental a porté atteinte de façon systématique à des droits garantis par la Constitution, des réformes structurelles s’imposent. Dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, notre Cour aurait également pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire. Les différents ministères fédéraux et provinciaux auraient pu accréditer plus d’hôpitaux, éliminer les contingents et résoudre autrement les problèmes relevés par notre Cour. Celle-ci a toutefois reconnu qu’une telle solution ne convenait pas. Lorsque les problèmes résultent directement de lacunes existant dans la loi elle-même, ce qui à mon avis est le cas en l’espèce, des mesures disparates s’attaquant à

toms regime are systemic. They flow from the very nature of prior restraint, and require careful consideration by Parliament. Declaratory relief, in my opinion, is not appropriate.

The need for structural reform is reinforced by Customs' long history of excessive, inappropriate censorship. Before the appellants launched this case, Customs illegally prohibited depictions of anal penetration; it systematically targeted Little Sisters and other alternative bookstores; it favoured books by mainstream authors like Bret Easton Ellis and Madonna, in comparison to gay and lesbian authors; and it failed to consider artistic merit in spite of *Butler's* clear instruction to always err on the side of protecting expressive freedom. Customs has entirely fulfilled Emerson's dire predictions of how a system of prior restraint will work in practice.

These are not the kinds of problems that can be solved by simply directing Customs to behave themselves. In all the circumstances, further indulgence misses the mark; what is needed is the firm guidance that only new legislation from Parliament can provide. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials is consistent with the "Charter Dialogue Between Courts and Legislatures", as it was described by Peter Hogg and Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. This Court has frequently recognized the importance of fostering a dialogue between courts and legislatures: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 57; *Vriend, supra*, at para. 139. Particularly where, as here, it appears that Parliament has not turned its mind to the issue at hand,

divers symptômes ne feront pas disparaître la cause profonde du mal. Comme l'a constaté le juge Smith et comme je me suis efforcé de le démontrer dans les présents motifs, les lacunes du régime douanier ont un caractère systémique. Elles découlent de la nature même d'un régime de restriction préalable et elles doivent être examinées avec soin par le Parlement. À mon avis, le jugement déclaratoire n'est pas la réparation qui convient.

La nécessité d'une réforme structurelle est renforcée par la longue histoire de censure excessive et inappropriée de la part des Douanes. Avant que les appelants n'engagent la présente affaire, les Douanes prohibaient illégalement les représentations de pénétration anale, visaient systématiquement Little Sisters et d'autres librairies parallèles, accordaient un traitement favorable aux livres d'auteurs faisant partie du courant dominant tels Bret Easton Ellis et Madonna, comparativement à ceux d'auteurs et auteures gais et lesbiennes, et ne tenaient pas compte de la valeur artistique malgré l'instruction claire de l'arrêt *Butler* de toujours privilégier la protection de la liberté d'expression. Les Douanes ont entièrement réalisé les sinistres prédictions d'Emerson sur la façon dont un régime de restriction préalable fonctionnera en pratique.

Il ne s'agit pas de problèmes qui peuvent être réglés simplement en ordonnant aux Douanes de bien se comporter. Compte tenu de toutes les circonstances, on se tromperait en continuant à faire preuve d'indulgence; ce qui est requis, ce sont des indications fermes, que seule une nouvelle loi du Parlement est à même de fournir. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif est conforme au [TRADUCTION] «dialogue sur la Charte entre les tribunaux et le législateur» qu'ont décrit Peter Hogg et Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Notre Cour a fréquemment reconnu l'importance de favoriser le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 57; *Vriend*, précité, au par. 139. Particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il apparaît que le Parlement n'a pas prêté attention à la question en litige, l'invalidation des mesures légis-

267

268

striking down the legislation may encourage much needed changes.

269

This would not be the first time a court has struck down the Customs provisions for obscenity. In 1985, the Federal Court held that the existing Customs legislation was an unjustifiable infringement of the right to free expression: see *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.). The law had prohibited “immoral and indecent” works, a standard the Federal Court correctly held to be unduly vague. The government almost immediately introduced new legislation tying the standard to the *Criminal Code* definition of obscenity, and in the House of Commons debates various Members applauded the Court’s ruling: see *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, at pp. 3605-6, 3608 and 3611.

270

It required a court ruling to force Parliament to rethink the substantive standard Customs is to apply at the border. It seems to me that the same should be done for the procedural mechanisms used to apply that standard. Broad, structural reforms are necessary to remedy the manifold problems identified through the course of this appeal, and I fear those remedies will only come if this Court acts decisively, as the Federal Court did in 1985, to invalidate the existing legislation.

(iv) Remedial Options

271

Given the remedy adopted by Binnie J., Parliament will not, strictly speaking, have to amend the current legislation. However, Parliament is not restricted to acting only when this Court tells it to. Even accepting my colleague’s conclusion in this appeal, I would quote the wise words of Frankfurter J., dissenting, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 670:

latives contestées peut susciter des changements grandement nécessaires.

Ce ne serait pas la première fois qu’un tribunal invalide des dispositions douanières en matière d’obscénité. En 1985, la Cour fédérale a jugé que la législation douanière de l’époque portait atteinte de manière injustifiable au droit à la liberté d’expression: voir *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.). Le texte de loi prohibait les ouvrages «immoraux ou indécents», norme que la Cour fédérale a avec raison jugé indûment imprécise. Le gouvernement a presque sur-le-champ présenté de nouvelles dispositions législatives rattachant la norme à la définition d’obscénité figurant dans le *Code criminel*, et, lors des débats de la Chambre des communes, différents députés ont applaudi à la décision de la cour: voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1^{re} sess., 33^e lég., 2 avril 1985, aux pp. 3605, 3606, 3608 et 3611.

Il a fallu une décision judiciaire pour forcer le Parlement à repenser la norme substantielle que les Douanes doivent appliquer à la frontière. Il me semble qu’il faudrait faire de même à l’égard des mécanismes procéduraux servant à l’application de cette norme. De vastes réformes structurelles sont nécessaires pour corriger les divers problèmes constatés dans le cadre du présent pourvoi, et je crains que ces corrections ne viendront que si, à l’instar de la Cour fédérale en 1985, notre Cour agit de façon décisive et invalide la loi existante.

(iv) Les réparations possibles

Vu la réparation retenue par le juge Binnie, le Parlement ne sera pas à strictement parler tenu de modifier la loi actuelle. Le Parlement n’est toutefois pas contraint d’agir uniquement lorsque notre Cour lui dit de le faire. Même si j’acceptais la conclusion tirée par mon collègue dans le présent pourvoi, je citerais quand même les judicieux propos qui suivent, qu’a formulés le juge Frankfurter, en dissidence, dans *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 670:

Our constant preoccupation with the constitutionality of legislation rather than with its wisdom tends to preoccupation of the . . . mind with a false value. The tendency of focussing attention on constitutionality is to make constitutionality synonymous with wisdom, to regard a law as all right if it is constitutional. Such an attitude is a great enemy of liberalism.

The constitutional is not always synonymous with the optimal: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, *per* Lamer C.J. Sometimes “constitutional-ity” means only that an unimpressive, minimal threshold has been met. I hope that Parliament, recognizing this truth, will address the problems identified in this appeal even without an order from this Court.

Books are different from other goods crossing the border. As Voltaire noted, “Liberty of thought is the life of the soul”: *Essay on Epic Poetry* (1727). While he was writing in the context of political speech, I believe the words of Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, are apt here:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. . . . The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Cory J. went on to cite (at p. 1337) the following passage from John Stuart Mill, “On Liberty” in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person,

[TRADUCTION] Notre constante préoccupation pour la constitutionnalité des lois plutôt que pour leur sagesse répond à une préoccupation de [. . .] l’esprit pour une fausse valeur. La tendance à s’attacher à la question de la constitutionnalité a pour effet d’assimiler la constitutionnalité à la sagesse, de faire en sorte qu’une loi est considérée adéquate si elle est constitutionnelle. Une telle attitude constitue une grande ennemie du libéralisme.

Le fait qu’une mesure soit constitutionnelle ne signifie pas toujours qu’elle est aussi la mesure optimale: *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, le juge en chef Lamer. Parfois, la «constitutionnalité» d’une mesure signifie tout simplement que celle-ci respecte un critère minimal et peu impressionnant. Je ne peux qu’espérer que, reconnaissant cette vérité, le Parlement s’attaquera aux problèmes mentionnés dans le présent pourvoi, même en l’absence d’ordonnance de notre Cour.

Les livres sont différents des autres marchandises qui traversent la frontière. Comme l’a souligné Voltaire, [TRADUCTION] «La liberté de pensée est la vie de l’âme»: *Essay on Epic Poetry* (1727). Même si le juge Cory s’exprimait dans le contexte de l’expression politique, j’estime que ses propos dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, sont pertinents en l’espèce:

Il est difficile d’imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d’expression dans une société démocratique. [. . .] On ne peut trop insister sur l’importance primordiale de cette notion. C’est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l’al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l’art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l’al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

Le juge Cory a poursuivi en citant, à la p. 1337, les propos suivants de John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), à la p. 14:

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu’une seule personne fût d’avis contraire, il ne serait pas justifié que l’ensemble des hommes bâil-

than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

273 Books with no political context must not be undervalued. John Milton recognized the universal value of literature in his *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

[A]s good almost kill a Man as kill a good Book; who kills a Man kills a reasonable creature, God's Image; but he who destroys a good Book, kills reason itself, kills the Image of God, as it were in the eye. Many a man lives a burden to the Earth; but a good Book is the precious life-blood of a master spirit, embalmed and treasured upon purpose to a life beyond life.

Obviously this Court has previously recognized that some expressive materials merit suppression. But we must do so only with sombre recognition that we are choosing the lesser of two very great evils.

274 Freedom of speech means not just the right to question the dominant political structure, but to question the dominant society and culture. Unfortunately, the Customs legislation has systematically stifled that right. I sincerely hope that Parliament will recognize this grave injustice. In that hope, I will offer several suggestions as to how the current legislative scheme could be constitutionally improved. I have already set out a list, at para. 242, of several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently mandated by the Customs legislation. While not all of these protections are constitutionally required, some are worthy of special emphasis. I should also emphasize the point made above that, because of the volume and complexity of materials imported into Canada, Parliament must be accorded flexibility in fashioning its response.

lonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Il ne faut pas sous-estimer la valeur des livres qui n'ont aucun aspect politique. John Milton a reconnu la valeur universelle de la littérature dans son ouvrage intitulé *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

[TRADUCTION] [A]utant presque, tuer un Homme que tuer un bon Livre! Qui tue un Homme tue une créature de raison à l'Image de Dieu; mais celui-là qui détruit un bon Livre tue la raison elle-même, tue l'Image et comme le regard de Dieu. Plus d'un homme vit qui n'est que fardeau pour la Terre; mais un bon Livre est le sang vital d'un esprit supérieur, précieux trésor embaumé et gardé à dessein, en vue d'une vie qui dépasse la vie.

Certes, notre Cour a reconnu dans le passé que certaines formes de matériel expressif méritaient d'être supprimées. Mais nous ne devons le faire qu'en reconnaissant à regret que nous choisissons le moindre de deux très grands maux.

La liberté d'expression ne s'entend pas seulement du droit de remettre en cause le régime politique dominant, mais aussi celui de remettre en cause la société et la culture dominantes. Malheureusement, la législation douanière a systématiquement étouffé ce droit. Je souhaite sincèrement que le Parlement reconnaisse cette grave injustice. À cette fin, je vais faire plusieurs suggestions sur la manière dont le régime législatif actuel pourrait être amélioré sur le plan constitutionnel. J'ai déjà énuméré, au par. 242, plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Quoique ces mesures de protection ne soient pas toutes requises par la Constitution, certaines méritent une attention particulière. Je dois également rappeler le point mentionné précédemment, selon lequel en raison de la masse et de la complexité du matériel qui est importé au Canada, il faut accorder au Parlement la souplesse requise dans l'élaboration de la solution.

First, I believe that new legislation must provide for a number of basic standards to properly safeguard the fundamental expressive rights at stake. At a minimum, there should be a procedure to allow citizens to be promptly informed of the fact that expressive materials which they are attempting to import have been detained, along with the preliminary reasons for this detention. The importer should then have a right to examine the detained materials and to make effective representations as to why the detained materials are not obscene. A right to make "effective representations" would include, among other things, the right to make at least written submissions, to present evidence, and a statutory guarantee that these submissions and evidence will be considered by the decision-maker. As pointed out by Binnie J., the onus must be on the state to establish, on a balance of probabilities, that the detained materials are in fact obscene under s. 163(8) of the *Criminal Code*. Determinations should be made in a prompt fashion, and brief reasons must be given when materials are determined to be obscene. A time limit to exhaust the administrative decision and internal appeal mechanisms should be provided, with any materials not released or prohibited within the prescribed time being automatically released. Of course, a further right of appeal must continue to exist to the superior court of a province. The goal would be to create an open, expeditious process that allows for greater interaction between the individuals affected and the state.

Second, I believe that Parliament should give consideration to the establishment of a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by front-line Customs officers. The animating principles in establishing such a tribunal should be independence and effectiveness. A model could be the boards that currently review and classify all films that are publicly displayed in each province. While front-line Customs Inspectors would still make the initial determination as to whether something should be detained, the questionable materials should then immediately be passed on to the tribunal for a

Premièrement, j'estime que les nouvelles dispositions législatives devraient établir un certain nombre de règles de base afin de protéger adéquatement les droits fondamentaux liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. À tout le moins, il faudrait établir une procédure permettant aux citoyens d'être informés promptement du fait que le matériel expressif qu'ils désirent importer a été retenu, ainsi que des raisons préliminaires de cette décision. L'importateur devrait alors avoir le droit d'examiner le matériel retenu et de présenter des arguments utiles quant aux raisons pour lesquelles le matériel retenu n'est pas obscène. Le droit de présenter des «arguments utiles» comporterait entre autres le droit de présenter au moins des arguments écrits et des éléments de preuve ainsi que la garantie légale que ces arguments et éléments de preuve seront pris en considération par le décideur. Comme l'a souligné le juge Binnie, il incombe à l'État de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel retenu est effectivement obscène au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Les décisions devraient être rendues promptement et accompagnées de brefs motifs lorsque le matériel est jugé obscène. Un délai devrait être prévu pour l'épuisement des mécanismes de décision administrative et d'appel interne, et le matériel non dédouané ni prohibé dans le délai prescrit serait automatiquement dédouané. Il va de soi que le droit d'appel supplémentaire à la cour supérieure de la province doit être maintenu. L'objectif serait de créer un processus ouvert et expéditif, permettant une plus grande interaction entre les personnes touchées et l'État.

Deuxièmement, j'estime que le Parlement devrait envisager d'établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d'obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Les principes qui devraient guider l'établissement d'un tel tribunal seraient l'indépendance et l'efficacité. Les commissions chargées d'examiner et de classer les films présentés au public dans chaque province pourraient servir de modèle. Les inspecteurs de première ligne des Douanes continueraient de décider initialement si une chose doit être retenue, mais dans les cas dis-

prompt decision. The procedures of such a tribunal should provide for similar rights to those just discussed in relation to the drafting of new Customs legislation.

277 As the great majority of commercial shipments of books enter Canada at a handful of high-volume ports of entry, it would be efficient for a tribunal of this nature to operate in these places. In my opinion, such a system would not necessarily be much more onerous on the government than the existing one. It would free ordinary Customs officers to fulfil the many other functions that they are far better equipped to perform. Moreover, by separating the function of screening the material from actually determining its status, it would avoid the problem identified in *Hunter v. Southam, supra*, of merging the investigatory and adjudicatory functions. As Dickson J. noted in that case at p. 164: "A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo iudex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization."

278 Implicit in such a regime is that the tribunal will be properly staffed and have access to adequate resources. For any administrative agency to be independent and efficacious, its members must be at arm's length from government, its procedures must be sufficiently developed, its resources must be proportionate to its workload (perhaps with some sort of case management system), it must be properly managed, and its staff and members must receive adequate training and legal advice.

279 Finally, and as a further alternative, I believe that Parliament may wish to consider relying on the criminal law to deal with the importation of

cutables le matériel serait transmis immédiatement au tribunal pour qu'il statue promptement à cet égard. La procédure d'un tel tribunal devrait comporter les mêmes droits que ceux qui ont été mentionnés relativement à la rédaction de la nouvelle législation douanière.

Étant donné que la vaste majorité des expéditions commerciales de livres arrivent au Canada par un petit nombre de points d'entrée, où sont traités de larges volumes de marchandises, il serait efficace d'établir un tel tribunal à ces endroits. À mon avis, un tel système ne serait pas nécessairement beaucoup plus coûteux pour le gouvernement que le système actuel. Il aurait pour effet de libérer les agents des douanes ordinaires, qui pourraient vaquer à leurs nombreuses autres fonctions pour lesquelles ils sont beaucoup mieux préparés. De plus, le fait de séparer les fonctions de contrôle préliminaire du matériel et de qualification de celui-ci préviendrait le problème mentionné dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, soit celui de la fusion des rôles d'enquêteur et de décideur. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans cet arrêt, à la p. 164: «Un membre de la CPRC qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo iudex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.»

Dans un tel régime, il est entendu que le tribunal devrait disposer des ressources suffisantes, notamment du personnel approprié. Pour qu'un organisme administratif soit indépendant et efficace, il ne doit exister aucune lien de dépendance entre ses membres et le gouvernement, sa procédure doit être suffisamment sophistiquée, ses ressources doivent être proportionnées à sa charge de travail (le tribunal pourrait peut-être être doté d'un genre de système de gestion des dossiers), il doit être bien géré et son personnel ainsi que ses membres doivent recevoir la formation et les avis juridiques dont ils ont besoin.

Enfin, une autre solution de rechange qui, selon moi, pourrait être envisagée par le Parlement serait de s'en remettre au droit criminel, plutôt qu'à un

obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime. In 1958, the Tariff Board was asked to re-determine the admissibility of the novel *Peyton Place*, which had been banned in 1956. The majority of the Board, by a 2-1 margin, found it to be non-obscene: see *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. The decision itself is unremarkable; what is remarkable is what the majority said in a postscript not found in the reported version cited above:

The Board, with great respect, wishes to draw to the attention of the Government an opinion which it has formed as a consequence of performing this rather distasteful responsibility. We cannot bring ourselves to believe that either the officers of the Department of National Revenue, Customs and Excise, or ourselves are qualified to make the kind of decision involved in classifying books under tariff item 1201. Essentially, this is a decision that a book would constitute an offence under the Criminal Code if publicly sold or publicly offered for sale in Canada. Such decisions, we believe, should be made by courts with appropriate jurisdiction in criminal matters.

Therefore, unless there are compelling reasons to the contrary, we suggest that tariff item 1201 be amended so as to apply only to books which have been adjudged to constitute an offence under the Criminal Code. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, RG 79, vol. 276, file 471)

As a matter of public policy, I agree with the Tariff Board majority's suggestion. However, as a matter of law, I am quite rightly restricted to determining what is constitutional; and, as already noted, that does not necessarily overlap perfectly with what is optimally right or just. A system of prior restraint which sufficiently respects the expressive rights of Canadians may well be constitutional. But in the digital and information age in which we now find ourselves, I question whether such an approach continues to be either fair or effective. In my respectful opinion, a better approach would be to have Customs officers alert

régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays. En 1958, on a demandé à la Commission du tarif de procéder au réexamen de l'admissibilité du roman *Peyton Place*, qui avait été prohibé en 1956. La Commission, à une majorité de deux contre un, a jugé le livre non obscène: voir *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. La décision elle-même n'a rien de remarquable; ce qui l'est toutefois ce sont les propos suivants, qui ont été ajoutés par la majorité en post-scriptum mais ne figurent pas dans la version publiée susmentionnée de sa décision:

[TRADUCTION] En toute déférence, la Commission souhaite faire part au gouvernement de l'opinion que lui a inspirée l'exécution de cette tâche désagréable. Nous ne pouvons pas nous résoudre à croire que les fonctionnaires du ministère du Revenu national, Douanes et Accise, ou nous-mêmes soyons qualifiés pour prendre le genre de décision que comporte le classement des livres sous le numéro tarifaire 1201. Essentiellement, il s'agit de décider si le livre donnerait lieu à une infraction au Code criminel s'il était vendu ou offert en vente au public au Canada. Nous croyons que ces décisions devraient être prises par les tribunaux compétents en matière criminelle.

Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire, nous suggérons que le numéro tarifaire 1201 soit modifié de façon à ne viser que les livres dont on a jugé qu'ils donnaient lieu à une infraction au Code criminel. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, GA 79, vol. 276, dossier 471)

Du point de vue des politiques d'intérêt général, je suis d'accord avec la suggestion de la majorité de la Commission du tarif. Sur le plan juridique, toutefois, mon rôle se limite à juste titre à déterminer si une mesure est constitutionnelle; et, comme il a été souligné plus tôt, cette mesure ne correspond pas nécessairement de façon parfaite à celle qui serait optimalement appropriée ou juste. Un régime de restriction préalable qui respecte suffisamment les droits liés à la liberté d'expression des Canadiens peut fort bien être constitutionnel. Toutefois, dans l'ère de l'information et du numérique dans laquelle nous vivons aujourd'hui, je me

the proper authorities when questionable materials come to their attention, and leave the obscenity determination to prosecutorial discretion and the courts. This accords with Blackstone's view, outlined above (at para. 234), that every individual should have the right to put their views forward, but if these views happen to be illegal they must "take the consequence of [their] own temerity". Under this approach, every Canadian would be able to import any expressive material they desire into the country, but if those materials are obscene they must be ready to accept the consequences of their action, which may include seizure of the materials and, possibly, the laying of criminal charges.

demande si une telle approche continue d'être équitable ou efficace. À mon humble avis, une meilleure façon de faire serait que les agents des douanes alertent les autorités compétentes lorsqu'ils voient du matériel suspect et qu'ils laissent au ministère public, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre, et en bout de ligne aux tribunaux, le soin de prendre les décisions en matière d'obscénité. Cette façon de faire est conforme à l'opinion de Blackstone, citée plus tôt (au par. 234), selon laquelle il faut respecter le droit de toute personne d'exprimer ses opinions, mais que si ces opinions se révèlent illégales, cette personne doit «supporter les conséquences de sa propre témérité». Suivant cette approche, chaque Canadien pourrait importer au pays tout le matériel expressif qu'il désire, mais si le matériel était obscène, il devrait être prêt à accepter les conséquences de ses actes, notamment le fait que ce matériel pourrait être saisi et que des accusations criminelles pourraient être portées.

281 No doubt there are many other steps that could be taken to improve the current system. I put these suggestions forward to show that there is a variety of approaches available to Parliament to underscore the importance of ensuring Canadians have access to as many expressive materials as possible while realizing the practical constraints that are involved. Because the present regime essentially treats books like any other commodity, I hope that Parliament will review and revise the current Customs legislation to reflect the seminal importance of freedom of expression in our Canadian democracy.

Il ne fait aucun doute que de nombreuses autres mesures pourraient être prises pour améliorer le système actuel. Je fais ces suggestions pour illustrer l'éventail des solutions dont dispose le Parlement afin de souligner qu'il est important de garantir aux Canadiens l'accès à autant de sources de matériel expressif que possible, tout en tenant compte des contraintes d'ordre pratique qui entrent en jeu. Étant donné que le régime actuel traite les livres essentiellement comme toute autre marchandise, j'espère que le Parlement examinera la législation douanière actuelle et la modifiera pour qu'elle reflète l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans notre démocratie canadienne.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

282 In conclusion, I respectfully cannot agree with my colleague Binnie J. that the only amendment needed to the existing legislation is to shift the onus from the importer to the government. Without the opportunity for importers to make effective representations and a statutory guarantee that decisions will be made in a timely fashion, I question the significance of a shift in onus. In my opinion, the record in this appeal amply bears out Smith J.'s

En conclusion, je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue le juge Binnie que la seule modification que requiert la loi actuelle consiste à déplacer la charge de la preuve, de façon qu'elle incombe non plus à l'importateur mais au gouvernement. Étant donné que les importateurs n'ont pas la possibilité de présenter des arguments utiles et que la loi ne comporte aucune garantie que les décisions seront rendues en temps opportun, je

conclusion that there are “grave systemic” flaws in the enforcement of the Customs legislation. But I cannot agree that the remedy is simply to issue a declaration and take it on faith that Canada Customs — an agency which, it bears repeating, has a long and ignominious record of excessive censorship throughout this century — will reform its ways.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and declare, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that Schedule VII, Tariff Code 9956(a) (now Tariff Item 9989.00.00) is of no force and effect. I would suspend this declaration of invalidity for a period of 18 months to allow the government time to choose the preferred remedial option described in these reasons, and to take the related steps necessary to make the implementation of the chosen option effective.

Appeal allowed in part with costs, IACOBUCCI, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue: The Department of Justice, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott & Kim, Toronto.

m’interroge sur la portée qu’aura ce déplacement de la charge de la preuve. À mon avis, le dossier produit en l’espèce confirme amplement la conclusion du juge Smith selon laquelle l’application de la législation douanière comporte des lacunes «systémiques graves». Je ne peux toutefois accepter que la réparation qui convienne consiste simplement à rendre un jugement déclaratoire et à avoir confiance que Douanes Canada — organisme qui, il convient de le répéter, a une longue et honteuse histoire de censure excessive au cours de ce siècle — changera sa façon de faire.

Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi, j’infirmerais l’arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et, en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je déclarerais inopérant le code tarifaire 9956a) de l’annexe VII (maintenant le numéro tarifaire 9989.00.00). Je suspendrais la prise d’effet de cette déclaration d’invalidité pour une période de 18 mois, afin de donner au gouvernement le temps de choisir la solution correctrice qu’il préfère parmi celles décrites dans les présents motifs, et de prendre les mesures requises pour mettre en œuvre efficacement la solution qu’il aura retenue.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges IACOBUCCI, ARBOUR et LEBEL sont dissidents en partie.

Procureurs des appelants: Arvay Finlay, Victoria.

Procureur des intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national: Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l’intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l’intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott & Kim, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of the Arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Solicitors for the intervener PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Karen Busby and Claire Klassen, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Karen Busby et Claire Klassen, Winnipeg.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Abuse of process — Delay — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's ability to have fair hearing compromised — Whether lengthy delay amounted to denial of natural justice or abuse of process.

BLENCOE V. BRITISH COLUMBIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

R. V. MORRISEY, 90.

2. Charter of Rights — Application — Human Rights Commission — Commission implementing specific governmental program and exercising statutory authority — Commission independent from government and acting judicially — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to Commission's actions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

BLENCOE V. BRITISH COLUMBIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

3. Charter of Rights — Liberty and security of person — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's constitutional rights to liberty and security of person engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

BLENCOE V. BRITISH COLUMBIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

4. Education — Funding — School boards — Discrimination — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether allowing only separate school boards to opt out of scheme constituted discrimination within meaning of s. 17(2) of Alberta Act — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act,

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 409.

5. Education — Funding — School boards — Mirror equality — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether s. 17(1) of Alberta Act importing principle of mirror equality — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, c. G-8.5, s. 13.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 409.

6. Education — Funding — School boards — Reasonable autonomy — Provincial legislation creating new scheme for funding education in Alberta — Separate but not public school boards could opt out of scheme and continue to raise funds directly from ratepayers — Whether school boards have constitutionally guaranteed rights to reasonable autonomy — Constitution Act, 1867, s. 93 — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — School Act, S.A. 1988, c. S-3.1.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 409.

7. Charter of Rights — Fair trial — Right to make full answer and defence — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether substantive aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to make full answer and defence or his right to a fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(1), (2)(c), 276.2(2).

R. V. DARRACH, 443.

8. Charter of Rights — Right to silence — Right not to be compelled to be a witness in proceedings against oneself — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether procedural aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to silence and his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276.1(2), 276.2(2).

R. V. DARRACH, 443.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

9. Charter of Rights — Self-incrimination — Voir dire — Whether s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protecting accused against self-incrimination on voir dire — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.2.

R. v. DARRACH, 443.

10. Charter of Rights — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Post-apprehension hearing — Six-month delay between apprehension of child and child protection hearing — Whether delay in post-apprehension child protection hearing infringing parental rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES v. K.L.W., 519.

11. Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child infringing parental right to security of person — If so, whether infringement contrary to principles of fundamental justice — Whether prior judicial authorization of apprehension in “non-emergency” situations needed to comply with principles of fundamental justice — Whether fair and prompt post-apprehension hearing needed to comply with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES v. K.L.W., 519.

12. Charter of Rights — Equality rights — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 1120.

13. Charter of Rights — Freedom of expression — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Legislation placing onus on importer to establish that goods are not obscene — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Supp.), ss. 58, 71, 152(3) — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 1120.

CONTRACTS

Tenders — Obligation to treat all bidders fairly — Whether tender-calling authority breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally — If so, whether bidder's loss caused by contractual breach.

MARTEL BUILDING LTD. v. CANADA, 860.

CRIMINAL LAW

1. Appeal — Court of Appeal — Standard of appellate review — Voluntariness of confessions — Court of Appeal disagreeing with trial judge as to weight to be given various pieces of evidence — Whether disagreement grounds to reverse trial judge's finding on voluntariness of confession.

R. v. OICKLE, 3.

2. Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Common law limits on police interrogation — Proper scope of confessions rule — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police improperly induced suspect's confession.

R. v. OICKLE, 3.

3. Evidence — Confessions — Voluntariness — Polygraph — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police's failure to tell suspect that polygraph results inadmissible producing involuntary confession — Whether misleading of suspect concerning accuracy of polygraph rendered confession involuntary — Whether polygraph creating oppressive atmosphere — Whether tactical disadvantage to defence when suspect confessed following polygraph test relevant to voluntariness of confession.

R. v. OICKLE, 3.

4. Sentencing — Minimum sentences — Cruel and unusual punishment — Pre-trial custody — Accused convicted of criminal negligence causing death with a firearm — Criminal Code providing for minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Whether pre-trial custody should be taken into account — Canadian Charter of

CRIMINAL LAW—Continued

Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(a).

R. v. MORRISEY, 90.

5. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge explained concept of reasonable doubt to jury in adequate manner.

R. v. STARR, 144.

6. Evidence — Hearsay — Admissibility — Present intentions exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting statement of intention made by deceased — Whether statement admissible under “present intentions” exception to hearsay rule — Whether statement admissible under principled approach to hearsay admissibility — Whether exceptions to hearsay rule must conform to principled approach to hearsay admissibility — Whether hearsay that fits within traditional exception may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary.

R. v. STARR, 144.

7. Evidence — Hearsay — Admissibility — Prior identification exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting police officers’ testimony regarding out-of-court identification by witness — Witness not testifying at trial that she had made out-of-court identification — Whether police evidence admissible under traditional exception to hearsay rule — Whether police evidence admissible under principled approach to hearsay admissibility.

R. v. STARR, 144.

8. Evidence — Statements — Admissibility.

R. v. CAOUCETTE, 271.

9. Evidence — Expert evidence — Sexual offences — Whether trial judge erred in failing to take expert testimony into account.

R. v. HAMELIN, 273.

10. Evidence — Admissibility — Expert evidence — General approach to necessity requirement — Young child complaining about alleged sexual assaults 30 months after incidents — Defence counsel indicating that lengthy delay in reporting incidents suggested that complainant had fabricated story — Child psychologist testifying that length of time before disclosure was not indicative of truth of allegation because many factors and circumstances may affect timing of complaint — Whether trial judge erred in admitting expert evidence — Whether necessity requirement met — Whether principle concerning timing of complaint should be set out in trial judge’s instructions to jury instead of in expert evidence.

R. v. D.D., 275.

CRIMINAL LAW—Continued

11. Evidence — Fresh evidence — Appeals against sentence — Criteria applicable to admission of fresh evidence on appeal from sentence — Whether criteria are the same regardless of whether appeal relates to verdict or to sentence — Whether Court of Appeal erred in admitting fresh evidence.

R. v. LÉVESQUE, 487.

12. Sexual assault — Consent — Mistaken belief in consent.

R. v. M.O., 594.

13. Charge to jury — Misdirections — Court of Appeal setting aside accused’s acquittal and ordering new trial — Crown and defence agreeing that trial judge made errors in his formulation of test for determining admissibility of co-conspirator hearsay evidence — Whether Crown established that verdict would not necessarily have been the same had errors not occurred.

R. v. SUTTON, 595.

14. Evidence — Expert evidence — Admissibility — Mohan criteria — Accused charged with sexual assaults on two young male children — Expert witness testifying that accused’s personality incompatible with any predisposition to commit such offences — Whether trial judge erred in excluding expert evidence.

R. v. J.-L.J., 600.

15. Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused’s appeal from conviction — Whether Court of Appeal erred in applying Criminal Code proviso to cure trial judge’s errors — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. CHARLEBOIS, 674.

16. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. BEAUCHAMP, 720.

R. v. RUSSELL, 731.

17. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of assault and extortion — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. AVETYSAN, 745.

18. Charge to jury — Reasonable doubt — Different versions of events — Whether trial judge adequately charged jury on how to deal with conflicting evidence.

R. v. AVETYSAN, 745.

CRIMINAL LAW—Concluded

19. Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to unlawful possession of an explosive substance and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and receiving conditional sentence plus probation — Conditions of sentence and probation order requiring accused to reside in a psychiatric treatment unit — Whether conditional sentence could be imposed on facts of this case — Whether court can require that a conditional sentence be served in a secure mental health institution — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. KNOBLAUCH, 780.

20. Standard of proof — Evidence of propensity.

R. v. SIMARD, 911.

21. Evidence — Fresh evidence — Supreme Court of Canada — Crown seeking to introduce fresh evidence consisting of transcript of “discussions” between trial judge and two jurors 10 days after accused convicted of first degree murder — Motion denied.

R. v. KHAN, 915.

22. Appeals — Question of law — Crown’s appeal against acquittals — Issues on appeal concerning application and interpretation of legal standard of investigative necessity for obtaining wiretap authorization — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear Crown’s appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. ARAUJO, 992.

23. Interception of communications — Affidavits — Kind of affidavit to be submitted on application for wiretap authorization.

R. v. ARAUJO, 992.

24. Interception of communications — Investigative necessity requirement — Nature and interpretation of requirement — Whether affidavit materials submitted to obtain wiretap authorization established investigative necessity — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186(1)(b).

R. v. ARAUJO, 992.

25. Interception of communications — Standard of review for wiretap authorization — Whether trial judge applied proper standard — Approach to amplification.

R. v. ARAUJO, 992.

CUSTOMS AND EXCISE

Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression or equality rights — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71 — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 1120.

FAMILY LAW

Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child without prior authorization in non-emergency situations constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).

WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES V. K.L.W., 519.

INDIANS

Reserve land — Leases — Interpretation — Meaning of phrase “current land value” used in leases for reserve land — Whether costs of servicing leased land to be deducted from “current land value”.

MUSQUEAM INDIAN BAND V. GLASS, 633.

LABOUR LAW

Collective agreement — Arbitral award — Judicial review — Standard of patently unreasonable error — Arbitrator’s award containing no error justifying intervention of superior court.

SYNDICAT DE L’ENSEIGNEMENT DU GRAND-PORTAGE V. MORENCY, 913.

LAND TITLES

Subdivision of land — Transfer of title to Crown — Land title legislation providing in certain circumstances for a deemed transfer of title to Crown and extinguishment of fee simple — Water lots part of subdivided area on subdivision plan — Whether land

LAND TITLES—Concluded

title legislation applicable to any subdivided land or only to adjoining land — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2).

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. V. VICTORIA (CITY), 919.

MUNICIPAL LAW

Zoning — Development of lands — Developer suing municipality for breach of contract following “down-zoning” of lots — Whether municipality liable to pay damages under implied contractual term that municipality would not rezone before expiration of reasonable period of time — Whether implied term ultra vires and contrary to public policy — Whether implied term illegally fettering municipality’s discretionary legislative powers.

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. V. VICTORIA (CITY), 919.

PATENTS

1. Infringement — Validity — Scope and ambit of patent owner’s monopoly — Anticipation by publication — Extent to which patent monopoly protects “substance” of invention — Whether claims patented sufficiently elastic to catch competitor’s machine.

FREE WORLD TRUST V. ÉLECTRO SANTÉ INC., 1024.

2. Claims construction — Whether “purposive construction” proper approach to claims construction for both validity and infringement issues.

WHIRLPOOL CORP. V. CAMCO INC., 1067

WHIRLPOOL CORP. V. MAYTAG CORP., 1116

3. Validity — Double patenting — Whether patent should be invalid as double patenting.

WHIRLPOOL CORP. V. CAMCO INC., 1067

WHIRLPOOL CORP. V. MAYTAG CORP., 1116

PRACTICE

1. Stay — Federal elections — Spending limits — Plaintiff granted interlocutory injunction against enforcement of third-party spending limits pending decision on his constitutional challenge to legislation — Whether injunction should be stayed.

HARPER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 764.

2. Intervention — Motion to intervene on application for leave to appeal — Leave to intervene prior to granting of leave to appeal granted only in exceptional circumstances.

R. V. N.M.P., 857.

TORTS

1. Negligence — Economic loss — Whether Canadian law recognizes duty of care on parties in commercial negotiations — Whether tort of negligence extends to damages for pure economic loss arising out of conduct of pre-contractual negotiations.

MARTEL BUILDING LTD. V. CANADA, 860.

2. Negligence — Economic loss — Whether tender-calling authority owed duty of care to bidders in drafting tender specifications — Whether sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover circumstances surrounding preparation of tender specifications.

MARTEL BUILDING LTD. V. CANADA, 860.

INDEX

BREVETS

1. Contrefaçon — Validité — Étendue et portée du monopole du titulaire d'un brevet — Antériorité par publication — Mesure dans laquelle le monopole d'un brevet protège l'«essentiel» de l'invention — Les revendications de brevets sont-elles suffisamment extensibles pour englober l'appareil d'un concurrent?

FREE WORLD TRUST C. ÉLECTRO SANTÉ INC., 1024.

2. Interprétation des revendications — L'«interprétation téléologique» est-elle la méthode qui doit être utilisée pour interpréter les revendications en ce qui concerne à la fois les questions de validité et les questions de contrefaçon?

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC., 1067.

WHIRLPOOL CORP. C. MAYTAG CORP., 1116.

3. Validité — Double brevet — Le brevet est-il invalide pour cause de double brevet?

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC., 1067.

WHIRLPOOL CORP. C. MAYTAG CORP., 1116.

CONTRATS

Appel d'offres — Obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement — L'administration adjudicative a-t-elle manqué à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité? — Dans l'affirmative, la perte subie par le soumissionnaire a-t-elle été causée par ce manquement à une obligation contractuelle?

MARTEL BUILDING LTD. C. CANADA, 860.

DOUANES ET ACCISE

Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou aux droits à l'égalité? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.),

DOUANES ET ACCISE—Fin

art. 58, 71 — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 1120.

DROIT ADMINISTRATIF

Abus de procédure — Délai — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — La capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable a-t-elle été compromise? — Le long délai écoulé constituait-il un déni de justice naturelle ou un abus de procédure?

BLENCOE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

R. C. MORRISEY, 90.

2. Charte des droits — Application — Commission des droits de la personne — Commission mettant en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerçant un pouvoir conféré par la loi — Commission indépendante du gouvernement et agissant de manière judiciaire — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle aux actes de la Commission? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

BLENCOE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

3. Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — Les droits constitutionnels de l'intimé

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent-ils? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

BLENCOE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 307.

4. Éducation — Financement — Conseils scolaires — Autonomie raisonnable — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — Les conseils scolaires possèdent-ils des droits constitutionnels à une autonomie raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 409.

5. Éducation — Financement — Conseils scolaires — Discrimination — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — Le fait d'autoriser uniquement les conseils des écoles séparées à se retirer du régime est-il discriminatoire au sens de l'art. 17(2) de la Loi sur l'Alberta? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1, 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 409.

6. Éducation — Financement — Conseils scolaires — Égalité intégrale — Loi provinciale créant un nouveau régime de financement des écoles en Alberta — Les conseils des écoles séparées sont autorisés à se retirer du régime et à continuer à faire appel directement aux contribuables, mais les conseils des écoles publiques ne jouissent pas d'un tel droit — L'article 17(1) de la Loi sur l'Alberta importe-t-il un principe d'égalité intégrale? — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 157.1(8), 158 — Government Organization Act, S.A. 1994, ch. G-8.5, art. 13.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 409.

7. Charte des droits — Auto-incrimination — Voir-dire — L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés protège-t-il un accusé contre l'auto-incrimination lors d'un voir-dire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.2.

R. C. DARRACH, 443.

8. Charte des droits — Droit de garder le silence — Droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui — Agression sexuelle —

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de l'art. 276 du Code criminel qui énoncent la procédure à suivre portent-elles atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.1(2), 276.2(2).

R. C. DARRACH, 443.

9. Charte des droits — Procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de fond de l'art. 276 du Code criminel portent-elles atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou à son droit à un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(1), (2)c), 276.2(2).

R. C. DARRACH, 443.

10. Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant porte-t-elle atteinte aux droits des parents à la sécurité de leur personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils la tenue d'une audience prompte et équitable après l'appréhension? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG C. K.L.W., 519.

11. Charte des droits — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Audience après appréhension — Délai de six mois écoulé entre l'appréhension de l'enfant et l'audience relative à la protection de l'enfant — Le délai de l'audience relative à la protection de l'enfant à la suite de l'appréhension porte-t-il atteinte aux droits des parents garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG C. K.L.W., 519.

12. Charte des droits — Droits à l'égalité — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

douanière porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 1120.

13. Charte des droits — Liberté d'expression — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importateurs tenus par la législation douanière de prouver que les marchandises ne sont pas obscènes — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gay et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71, 152(3) — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 1120.

DROIT CRIMINEL

1. Appel — Cour d'appel — Norme de contrôle en appel — Caractère volontaire des confessions — Désaccord entre la Cour d'appel et le juge du procès quant au poids à accorder aux différents éléments de preuve — Un tel désaccord justifie-t-il l'infirmité de la décision du juge du procès en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession?

R. C. OICKLE, 3.

2. Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Limites imposées par la common law aux interrogatoires policiers — Portée de la règle des confessions — Suspect dans une affaire d'incendie criminel informé par les policiers qu'il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d'un interrogatoire long et habile — Les policiers ont-ils obtenu la confession du suspect de manière irrégulière?

R. C. OICKLE, 3.

3. Preuve — Confessions — Caractère volontaire — Test polygraphique — Suspect dans une affaire d'incendie criminel informé par les policiers qu'il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d'un interrogatoire long et habile — L'omission par les policiers d'informer le suspect de l'inadmissibilité des résultats du test polygraphique a-t-elle eu pour effet de rendre la confession involontaire? — Le fait d'avoir trompé le suspect quant à l'exactitude du test polygraphique a-t-elle rendu la confession involontaire? — Le

DROIT CRIMINEL—Suite

test polygraphique crée-t-il une atmosphère oppressive? — Le fait que la défense subisse un désavantage d'ordre tactique si l'accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique est-il pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession?

R. C. OICKLE, 3.

4. Détermination de la peine — Peines minimales — Peine cruelle et inusitée — Période passée sous garde avant le procès — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu — Peine minimale de quatre ans prévue par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — La période passée sous garde avant le procès devrait-elle être prise en compte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220a).

R. C. MORRISEY, 90.

5. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

R. C. STARR, 144.

6. Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception des intentions existantes — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès de la déclaration d'intention de la victime — La déclaration est-elle admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire? — La déclaration est-elle admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — Les exceptions à la règle du ouï-dire doivent-elles être conformes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — La preuve par ouï-dire qui relève d'une exception traditionnelle peut-elle tout de même être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire?

R. C. STARR, 144.

7. Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception de l'identification antérieure — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès du témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par un témoin — Témoin n'affirmant pas au procès avoir procédé à une identification extrajudiciaire — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire? — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire?

R. C. STARR, 144.

8. Preuve — Déclarations — Admissibilité.

R. C. CAOUCETTE, 271.

DROIT CRIMINEL—Suite

9. Preuve — Preuve d'expert — Infractions d'ordre sexuel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du témoignage de l'expert?

R. C. HAMELIN, 273.

10. Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Analyse générale de l'exigence de nécessité — Une jeune enfant allègue avoir été agressée sexuellement, 30 mois après la survenance des incidents — Selon l'avocat de la défense, le fait que la plaignante ait attendu si longtemps avant de rapporter les incidents laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire — Le psychologue pour enfants a témoigné que le délai avant que l'enfant révèle l'incident n'était pas une indication de la véracité de l'allégation, vu que de nombreux facteurs et circonstances peuvent avoir une incidence sur le choix du moment pour faire une plainte — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'admissibilité de la preuve d'expert? — L'exigence de nécessité a-t-elle été respectée? — Le principe relatif au choix du moment pour faire une plainte devrait-il être énoncé, au lieu de la présentation d'une preuve d'expert, dans le cadre des directives que donne le juge du procès au jury?

R. C. D.D., 275.

11. Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Appels de la sentence — Critères applicables à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence — Ces critères sont-ils les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou sur une sentence? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en admettant les éléments de preuve nouveaux?

R. C. LÉVESQUE, 487.

12. Agression sexuelle — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement.

R. C. M.O., 594.

13. Exposé au jury — Directives erronées — Acquittement de l'accusé annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Ministère public et défense reconnaissant que le juge du procès avait commis des erreurs dans son exposé sur le critère relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire d'un coauteur d'un complot — Le ministère public a-t-il établi que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si les erreurs n'avaient pas été commises?

R. C. SUTTON, 595.

14. Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Critères de l'arrêt Mohan — Accusé inculpé d'avoir agressé sexuellement deux garçonnettes — Expert témoignant que la personnalité de l'accusé ne permet pas de conclure qu'il est prédisposé à commettre de telles infractions — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve d'expert?

R. C. J.-L.J., 600.

DROIT CRIMINEL—Suite

15. Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice du Code criminel pour les erreurs commises par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. CHARLEBOIS, 674.

16. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

R. C. BEAUCHAMP, 720.

R. C. RUSSELL, 731.

17. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de voies de fait et d'extorsion — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

R. C. AVETYSAN, 745.

18. Exposé au jury — Doute raisonnable — Versions différentes des événements — Les directives du juge au jury sur la façon de traiter des témoignages contradictoires étaient-elles adéquates?

R. C. AVETYSAN, 745.

19. Détermination de la peine — Peines d'emprisonnement avec sursis — Plaidoyer de culpabilité de l'accusé à des infractions de possession d'une substance explosive et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — Condamnation de l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis suivie d'une période de probation — Conditions de la peine et de l'ordonnance de probation intimant à l'accusé de demeurer dans un service de soins psychiatriques — L'emprisonnement avec sursis pouvait-il être infligé eu égard aux faits de l'espèce? — Le tribunal qui prononce une peine d'emprisonnement avec sursis peut-il exiger qu'elle soit purgée dans un établissement psychiatrique sécuritaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. C. KNOBLAUCH, 780.

20. Norme de preuve — Preuve de propension.

R. C. SIMARD, 911.

21. Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Cour suprême du Canada — Demande par le ministère public de présentation de nouveaux éléments de preuve consistant en la transcription de «discussions» entre le juge du procès et deux jurés 10 jours après

DROIT CRIMINEL—Fin

la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré — Requête rejetée.

R. C. KHAN, 915.

22. Appels — Question de droit — Appel du ministère public contre des acquittements — Questions relatives à l'application et à l'interprétation de la norme juridique de la nécessité pour l'enquête relativement à l'obtention d'une autorisation d'écoute électronique — La Cour d'appel avait-elle compétence pour connaître de l'appel du ministère public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. ARAUJO, 992.

23. Interception de communications — Affidavits — Genre d'affidavit à présenter à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

R. C. ARAUJO, 992.

24. Interception de communications — Exigence de nécessité pour l'enquête — Nature et interprétation de l'exigence — L'affidavit soumis pour l'obtention d'une autorisation d'écoute électronique établit-il la nécessité pour l'enquête? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186(1)b).

R. C. ARAUJO, 992.

25. Interception de communications — Norme de révision applicable à l'autorisation d'écoute électronique — Le juge du procès a-t-il appliqué la norme appropriée? — Démarche en matière d'amplification.

R. C. ARAUJO, 992.

DROIT DE LA FAMILLE

Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).

OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG C. K.L.W., 519.

DROIT DU TRAVAIL

Convention collective — Sentence arbitrale — Révision judiciaire — Norme de l'erreur manifestement déraisonnable — Sentence arbitrale ne comportant aucune erreur justifiant une intervention d'un tribunal supérieur.

SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DU GRAND-PORTAGE C. MORENCY, 913.

DROIT MUNICIPAL

Zonage — Aménagement de terrains — Promoteur immobilier poursuivant une municipalité pour inexécution de contrat à la suite de la modification du zonage de certains lots — La municipalité est-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle elle ne modifiera pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable? — La clause implicite est-elle ultra vires et contraire à l'ordre public? — La clause implicite constitue-t-elle une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité?

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. C. VICTORIA (VILLE), 919.

INDIENS

Terrains faisant partie d'une réserve — Baux — Interprétation — Signification de l'expression «valeur courante du terrain» utilisée dans des baux visant des terrains faisant partie d'une réserve — Les frais de viabilisation du terrain loué doivent-ils être déduits de la «valeur courante du terrain»?

BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM C. GLASS, 633.

PRATIQUE

1. Sursis d'exécution — Élections fédérales — Plafonnement des dépenses — Obtention par le demandeur d'une injonction interlocutoire interdisant l'application du plafonnement des dépenses des tiers jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa contestation de la constitutionnalité de la loi — Faut-il surseoir à l'exécution de l'injonction?

HARPER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 764.

2. Intervention — Requête en intervention dans une demande d'autorisation de pourvoi — Intervention autorisée seulement dans des circonstances exceptionnelles lorsque l'autorisation de pourvoi n'a pas encore été accordée.

R. C. N.M.P., 857.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

1. Négligence — Perte économique — L'administration adjudicative a-t-elle une obligation de diligence envers les soumissionnaires lorsqu'elle établit le devis descriptif? — Les catégories de cas dans lesquels une perte purement économique est susceptible d'indemnisation doivent-elles être élargies pour englober la préparation du devis descriptif?

MARTEL BUILDING LTD. C. CANADA, 860.

2. Négligence — Perte économique — Le droit canadien impose-t-il une obligation de diligence aux parties à des négociations? — Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?

MARTEL BUILDING LTD. C. CANADA, 860.

TITRES DE PROPRIÉTÉ

Lotissement — Cession du droit de propriété à l'État — Mesure législative concernant les titres fonciers établissant, dans certaines circonstances, une présomption de cession du droit de propriété à l'État et d'extinction de la propriété en fief simple — Plans d'eau faisant partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement — La mesure législative concernant les titres fonciers s'applique-t-elle à tout terrain loti ou uniquement aux biens-fonds contigus? — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 108(2).

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. C. VICTORIA (VILLE), 919.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9